

NN 25/2017 (20.3.2017.), Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-60/1991 i dr. od 21. veljače 2017. i Izdvojeno mišljenje

USTAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

564

Ustavni sud Republike Hrvatske, u sastavu Miroslav Šeparović, predsjednik, te suci Andrej Abramović, Ingrid Antičević-Marinović, Mato Arlović, Snježana Bagić, Branko Brkić, Mario Jelušić, Lovorka Kušan, Josip Leko, Davorin Mlakar, Rajko Mlinarić, Antun Palarić i Miroslav Šumanović, rješavajući o prijedlozima za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.), na sjednici održanoj 21. veljače 2017. donio je

RJEŠENJE

I. Ne prihvaćaju se prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece (»Narodne novine« broj 18/78., 31/86., 47/89. i 88/09.).

II. Nalaže se Hrvatskom saboru da u roku od dvije (2) godine donese novi zakon u skladu s utvrđenjima Ustavnog suda iz točaka 49. i 50. obrazloženja ovog rješenja.

III. Ovo rješenje objavit će se u »Narodnim novinama«.

Obrazloženje

I. POSTUPAK PRED USTAVNIM SUDOM

1. Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece donijelo je 21. travnja 1978. nadležno vijeće Sabora Socijalističke Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: SRH), a objavljen je u »Narodnim novinama« broj 18 od 4. svibnja 1978.

Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece izmijenjen je tri puta, i to:

- člankom 40. Zakona o izmjenama zakona kojima su određene novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje (»Narodne novine« broj 31/86.);
- člankom 58. Zakona o izmjenama i dopunama zakona kojima su određene novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje (»Narodne novine« broj 47/89.);
- člankom 56. Zakona o medicinskoj oplodnji (»Narodne novine« broj 88/09.).

U trenutku donošenja ovog rješenja na snazi je Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece s izmjenama (»Narodne novine« broj 18/78., 31/86., 47/89. i 88/09.; u daljnjem tekstu: Zakon).

1.1. Prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti Zakona s Ustavom podnijeli su:

- Nike Karabaić iz Rijeke i Antun Lisec iz Vetova (predmet broj: U-I-60/1991);
- Hrvatski pokret za život i obitelj iz Zagreba, koji je u vrijeme podnošenja prijedloga zastupala predsjednica Ružica Čavar, a sada zastupa predsjednica Katarina Kovačević, koju od 14. listopada 2016. zastupa punomoćnik mr. sc. Marijo Vojvodić, odvjetnik u Ogulinu (predmet broj: U-I-94/1991); 12. i 20. prosinca 2016. predlagatelj je dostavio (obimne) dopune prijedloga;
- Hrvatski katolički zbor »MI« iz Zagreba, koji zastupa glavni tajnik dr. sc. Ante Vukasović (predmet broj: U-I-173/1995);
- Stjepan Herceg, odvjetnik u Zagrebu (predmet broj: U-I-39/2008); iako je taj predlagatelj nakon podnošenja prijedloga preminuo, Ustavni sud je, s obzirom na to da je riječ o predmetu apstraktne ustavnosudske kontrole te da je osporeni Zakon i dalje na snazi, osnovanost navoda iz njegovog prijedloga razmotrio zajedno s prijedlozima ostalih predlagatelja;
- Udruga »U ime obitelji« iz Zagreba, koju zastupa predsjednica dr. Željka Markić (predmet broj: U-I-5089/2016);
- Saša Čajić iz Zagreba (predmet broj: U-I-5639/2016);
- Daniel Majer iz Požege (predmet broj: U-I-5807/2016).

2. Tijekom postupka Ustavni sud zatražio je i zaprimio sljedeća stručna i znanstvena mišljenja:

- Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu od 14. ožujka 2008.;
- Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu od 14. ožujka 2008.;
- Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci od 12. svibnja 2008.;
- Katoličkog bogoslovnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Teologije u Rijeci od 21. travnja 2008.;
- Katoličkog bogoslovnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu od 25. travnja 2008.;
- prof. dr. sc. Biljane Kostadinov s Katedre za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu od 29. studenoga 2016.

Stručno mišljenje zatraženo je 24. siječnja 2008. i od Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, koja ga nije dostavila.

2.1. Na temelju članka 49. stavka 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske («Narodne novine» broj 99/99., 29/02. i 42/02. - pročišćeni tekst; u daljnjem tekstu: Ustavni zakon) održana je 19. veljače 2009. savjetodavna rasprava s liječnicima i stručnjacima s područja medicinske etike, nakon koje je prof. dr. sc. Niko Zurak s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, kao koordinator Povjerenstva za izradu mišljenja stručnjaka s područja medicinske etike, 25. kolovoza 2009. dostavio zajedničko stručno mišljenje. Pojedinačna stručna mišljenja dostavili su i:

- prof. dr. sc. Zvonko Rumboldt s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Splitu 19. ožujka 2009.;
- prof. dr. sc. Mirna Saraga-Babić s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Splitu 1. lipnja 2009.;
- prof. dr. sc. Miljenko Kapović s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 8. lipnja 2009.;
- prof. dr. sc. Anđelka Radojčić Badovinac s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 15. lipnja 2009.

Akademik Željko Reiner dostavio je 18. rujna 2009. stručno mišljenje užeg vodstva Klinike za ženske bolesti i porode.

2.2. Ženska mreža Hrvatske, koju zastupaju koordinatorice Biserka Momčinović, Đurđica Kolarec, Mirjana Kučer, Nela Pamuković i Sanja Juras, dostavila je 29. prosinca 2015. podnesak uz koji su priloženi Zaključni komentari Odbora Ujedinjenih naroda (u daljnjem tekstu: UN) za praćenje Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz četvrtog i petog periodičnog izvješća za Republiku Hrvatsku od 24. srpnja 2015.

2.3. Zastupnik u Hrvatskom saboru, Arsen Bauk dostavio je 3. studenoga 2016. presliku dijelova zapisnika s VI. sjednice Komisije za ustavna pitanja Sabora Republike Hrvatske održane 3. prosinca 1990. s izvještajem o rezultatima javne rasprave o nacrtu Ustava Republike Hrvatske.

2.4. Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje iz Zagreba dostavio je 14. studenoga 2016. podnesak uz koji su priložena stručna mišljenja dr. sc. Ivane Radačić i Karoline Wieckiewicz o standardima zaštite reproduktivnih prava.

2.5. Centar za reproduktivna prava (Center for Reproductive Rights) dostavio je 5. siječnja 2017. stručno mišljenje o ustavnosti osporenog Zakona, s osvrtom na »europske zakonodavne standarde o pobačaju«, te na europski ustavni pristup pravu na život i prekid trudnoće, uz nabranje međunarodnih javnozdravstvenih smjernica.

2.6. U postupku su razmotreni i sljedeći znanstveni i stručni članci:

- Rittossa, Dalida. 2005. Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj. Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. v. 26. br. 2. str. 971. - 997.;
- Hrabar, Dubravka. 2015. Pravo na pobačaj - pravne i nepravne dvojbe. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. br. 65(6). str. 791. - 831.;

- Radačić, Ivana. 2016. Regulacija pobačaja - praksa Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava u svjetlu globalnih standarda. Zagrebačka pravna revija. br. 5(3). str. 251. - 270.;

- Gjurić, Gorjana. Pravo na pobačaj: činjenice i činjenicama usuprot. 25. svibnja 2016. (<https://pametnomdosta.wordpress.com>);

- Gjurić, Gorjana. O zloupotrebi znanosti na štetu žena: žena kao fetalni kontejner. 10. svibnja 2016. (<https://pametnomdosta.wordpress.com>).

II. TEKST OSPORENOG ZAKONA

3. Osporeni Zakon donesen je na temelju članka 272. Ustava SRH (»Narodne novine« broj 8/74., 31/81., 5/86., 28/89. i 33/89. - ispravak) koji je glasio:

»Član 272.

Pravo je čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece.

To se pravo može ograničiti samo radi zaštite zdravlja.«

3.1. Predlagatelji osporavaju Zakon u cjelini. Međutim, Zakon je od njegova stupanja na snagu dva puta izmijenjen u dijelu IV. Kaznene odredbe kojima su propisane novčane kazne. Također danom stupanja na snagu Zakona o medicinskoj oplodnji 30. srpnja 2009. prestali su važiti članci od 29. do 34. i članak 42. stavak 1. točka 3. osporenog Zakona (članak 56. Zakona o medicinskoj oplodnji - v. točku 1. obrazloženja ovog rješenja). Stoga se u nastavku daje redakcijski pročišćeni tekst osporenog Zakona koji je danas na snazi:

»I. OPĆE ODREDBE

Član 1.

Radi ostvarivanja prava čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece, ovim se zakonom uređuju prava i dužnosti građana, koja se odnose na sprečavanje neželjenog začeća, prekid neželjene trudnoće, kao i na medicinsku pomoć onima koji iz zdravstvenih razloga ne mogu ostvariti želju za vlastitim potomstvom.

Član 2.

Pravo čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece može se ograničiti samo radi zaštite zdravlja, a pod uvjetima i na način koji određuje ovaj zakon.

Član 3.

U cilju ostvarivanja prava građanina na upoznavanje s metodama i prednostima planiranja porodice organiziraju se u djelatnosti zdravstva, odgoja i obrazovanja, socijalne zaštite i drugim djelatnostima savjetovališta i drugi oblici pomoći građanima u vezi s planiranjem porodice.

Član 4.

Radnici i drugi radni ljudi u osnovnim organizacijama udruženog rada i drugim samoupravnim organizacijama i zajednicama, na načelima solidarnosti i uzajamnosti a u okviru materijalnih mogućnosti, osiguravaju uvjete za ostvarivanje prava čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece.

II. SPREČAVANJE NEŽELJENOG ZAČEĆA

Član 5.

Sprečavanje neželjenog začeća može biti privremeno (kontracepcija) ili trajno (sterilizacija).

Član 6.

Kontracepcija je oblik medicinske pomoći kojim se, u svrhu planiranja porodice, privremeno sprečava neželjeno začeće.

Građani u okviru zdravstvene zaštite ostvaruju:

- pravo na upoznavanje s metodama i prednostima planiranja porodice i sa značajem i posljedicama primjene metoda i sredstava za reguliranje vremena i broja porođaja i druge oblike pomoći u vezi s planiranjem porodice,
- pravo da koriste sredstva za privremeno sprečavanje začeća kao i na izbor tih sredstava.

Član 7.

Sterilizacija je medicinski zahvat za trajno sprečavanje začeća.

Sterilizacija se može izvršiti pod uvjetima i po postupku propisanom ovim zakonom.

Član 8.

Sterilizirati se može osoba koja je navršila 35 godina života.

Bez obzira na godine života sterilizirati se može žena čiji bi život bio ugrožen trudnoćom ili rađanjem.

Bez obzira na godine života sterilizirati se može i osoba za koju se na temelju saznanja medicinske znanosti utvrdi da bi se dijete rodilo s teškim prirođenim tjelesnim ili duševnim manama.

Član 9.

Sterilizacija se može izvršiti samo na zahtjev osobe koja želi biti sterilizirana.

Član 10.

Za osobu koja je navršila 35 godina života, a nije poslovno sposobna, zahtjev za sterilizaciju mogu podnijeti, njezini roditelji kojima je produženo roditeljsko pravo ili staratelj uz suglasnost organa starateljstva.

Za osobu koja nije navršila 35 godina, a trajno je poslovno nesposobna iz zdravstvenih razloga, zahtjev za sterilizaciju mogu podnijeti njezini roditelji koji vrše roditeljsko pravo ili staratelj uz suglasnost organa starateljstva samo u slučajevima i pod uvjetima iz člana 8. stava 2. i 3. ovoga zakona.

Član 11.

Smatra se da je u zahtjevu za sterilizaciju sadržan i pristanak za izvršenje tog medicinskog zahvata.

Član 12.

Zahtjev za sterilizaciju podnosi se zdravstvenoj organizaciji udruženog rada u kojoj se vrši sterilizacija.

Član 13.

O zahtjevu za sterilizaciju u slučaju iz člana 8. stava 2. i 3. i člana 10. stava 2. ovoga zakona rješava komisija prvog stupnja.

Protiv odluke komisije kojom se odbija zahtjev za sterilizaciju, podnosilac zahtjeva može u roku osam dana od prijema odluke uložiti prigovor komisiji drugog stupnja.

Odluka komisije drugog stupnja je konačna.

Član 14.

Sterilizacija žene može se izvršiti u bolnicama koje imaju organiziranu jedinicu za ginekologiju i porodiljstvo, a sterilizacija muškarca u bolnicama koje imaju organiziranu jedinicu za urologiju, i u drugim zdravstvenim organizacijama udruženog rada koje za to posebno ovlasti republički organ uprave nadležan za poslove zdravstva.

Zdravstvena organizacija udruženog rada koja izvrši sterilizaciju dužna je to u roku 30 dana prijaviti organu nadležnom za vođenje zdravstvene statistike.

III. PREKID TRUDNOĆE

Član 15.

Prekid trudnoće je medicinski zahvat.

Prekid trudnoće se može izvršiti do isteka deset tjedana od dana začeća.

Nakon isteka deset tjedana od dana začeća, prekid trudnoće može se izvršiti samo po odobrenju komisije, a pod uvjetima i po postupku utvrđenom ovim zakonom.

Član 16.

Prekid trudnoće ne smije se izvršiti kad se utvrdi da bi mogao teže narušiti zdravlje žene.

Član 17.

Prekid trudnoće se može izvršiti u bolnicama koje imaju organiziranu jedinicu za ginekologiju i porodiljstvo i u drugim zdravstvenim organizacijama udruženog rada koje za to posebno ovlasti republički organ uprave nadležan za poslove zdravstva.

Član 18.

Prekid trudnoće se vrši na zahtjev trudne žene.

Uz zahtjev za prekid trudnoće koji podnosi maloljetnica, koja nije navršila 16 godina života, potreban je i pristanak roditelja ili staratelja uz suglasnost organa starateljstva.

Član 19.

Trudna žena obraća se sa zahtjevom za prekid trudnoće zdravstvenoj organizaciji udruženog rada koja vrši prekid trudnoće prema svom izboru.

Ako su ispunjeni uvjeti za prekid trudnoće trudna žena se upućuje liječniku koji vrši prekid trudnoće.

Član 20.

Ako se utvrdi da je isteklo deset tjedana od dana začeća ili da bi prekid trudnoće mogao teže narušiti zdravlje žene, trudna žena se sa zahtjevom upućuje na komisiju prvog stupnja.

Kad se u slučaju iz stava 1. ovoga člana radi o maloljetnici koja je navršila 16 godina života, a nije stupila u brak, o upućivanju maloljetnice na komisiju prvog stupnja obavijestit će se roditelji odnosno staratelj maloljetnice.

Član 21.

U slučaju iz člana 19. stava 2. ovoga zakona prekid trudnoće može se izvršiti odmah nakon što se trudna žena javi liječniku koji vrši prekid trudnoće, a u slučaju iz člana 20. stava 1. ovoga zakona prekid trudnoće izvršit će se odmah po odobrenju komisije prvog stupnja, ali najkasnije u roku sedam dana od dana odobrenja.

Član 22.

Nakon isteka deset tjedana od dana začeća komisija prvog stupnja može odobriti prekid trudnoće, uz pristanak odnosno na zahtjev trudne žene, u slučajevima:

- kad se na temelju medicinskih indikacija utvrdi da drugi način ne može spasiti život ili otkloniti narušenje zdravlja žene za vrijeme trudnoće, porođaja ili poslije porođaja;
- kad se na temelju medicinskih indikacija i saznanja medicinske znanosti može očekivati da će se dijete roditi s teškim prirođenim tjelesnim ili duševnim manama;
- kad je do začeća došlo u vezi s izvršenjem krivičnog djela silovanja, obljube nad nemoćnom osobom, obljube zloupotrebom položaja, obljube s djetetom ili rodoskvrnuća.

Član 23.

Postupak po zahtjevu za prekid trudnoće je hitan.

Komisija prvog stupnja dužna je odlučiti o zahtjevu za prekid trudnoće u roku osam dana od dana prijema zahtjeva.

Član 24.

Trudna žena koja je nezadovoljna odlukom komisije prvog stupnja može uložiti prigovor komisiji drugog stupnja u roku tri dana.

Komisija drugog stupnja dužna je odlučiti o prigovoru protiv odluke komisije prvog stupnja u roku osam dana od dana prijema prigovora.

Odluka komisije drugog stupnja o zahtjevu za prekid trudnoće je konačna.

Član 25.

Bez obzira na uvjete i postupak propisan ovim zakonom prekid trudnoće će se izvršiti ili dovršiti:

- kad prijeti neposredna opasnost za život ili zdravlje trudne žene,
- kad je prekid trudnoće već započet.

Prekid trudnoće u slučaju iz stava 1. ovoga člana izvršit će se u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada koja vrši prekid trudnoće, a izuzetno taj se zahvat može izvršiti i u drugoj zdravstvenoj organizaciji udruženog rada.

Član 26.

Zdravstvena organizacija udruženog rada dužna je u roku 30 dana od dana izvršenja prekida trudnoće obavijestiti o prekidu trudnoće organ nadležan za vođenje zdravstvene statistike.

Član 27.

Ako se kod dovršenja već započetog prekida trudnoće pojavi sumnja da je prekid trudnoće započet suprotno odredbama ovoga zakona, odgovorna osoba u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada u kojoj je dovršen prekid trudnoće dužna je o tome odmah podnijeti prijavu nadležnom organu gonjenja.

Član 28.

Zdravstvena organizacija udruženog rada u kojoj se vrši prekid trudnoće mora osigurati vršenje prekida trudnoće uz primjenu suvremenih medicinskih metoda.

Zdravstvena organizacija udruženog rada iz stava 1. ovoga člana, dužna je u slučaju potrebe omogućiti da žena nakon izvršenog prekida trudnoće produži boravak u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada.

V. OSNIVANJE I RAD KOMISIJA

Član 35.

Komisiju prvog stupnja koja odlučuje o zahtjevu za sterilizaciju odnosno o zahtjevu za prekid trudnoće čine dva liječnika od kojih jedan mora biti ginekolog, te socijalni radnik ili medicinska sestra, koji su u radnom odnosu u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada koja vrši sterilizaciju odnosno prekid trudnoće.

Komisiju prvog stupnja osniva zdravstvena organizacija udruženog rada koja vrši sterilizaciju odnosno prekid trudnoće.

Član 36.

Komisiju drugog stupnja koja, u smislu člana 13. i 24. ovoga zakona, odlučuje o prigovoru protiv odluke komisije prvog stupnja čine dva liječnika ginekologa, liječnik specijalist odgovarajuće grane medicine obzirom na medicinske indikacije zbog kojih se odlučuje o dozvoli za sterilizaciju odnosno o dozvoli za prekid trudnoće, socijalni radnik i sudac kojeg na zahtjev ovlaštene zdravstvene organizacije udruženog rada odredi predsjednik općinskog suda, na području kojega se nalazi ta zdravstvena organizacija.

Komisiju iz stava 1. ovoga člana osniva zdravstvena organizacija udruženog rada koju za to posebno ovlasti republički organ uprave nadležan za poslove zdravstva.

Član 37.

Komisije iz člana 35. i 36. ovoga zakona rade u sjednicama, a odluke donose većinom glasova.

Komisija može, radi dopune medicinskih nalaza i mišljenja, uputiti podnosioca zahtjeva u odgovarajuću zdravstvenu organizaciju udruženog rada radi utvrđivanja činjenica od kojih ovisi donošenje odluke o zahtjevu.

VI. CIJENE I TROŠKOVI

Član 38.

Cijena zdravstvenih usluga za medicinske zahvate predviđene ovim zakonom utvrdit će se na temelju zajedničkih osnova i mjerila dogovorenih u okviru Saveza zajednica zdravstvenog osiguranja i zdravstva Hrvatske između samoupravnih interesnih zajednica zdravstvenog osiguranja i zdravstva.

Član 39.

Ako se sterilizacija vrši kao samostalan medicinski zahvat, troškove sterilizacije snosi podnosilac zahtjeva za sterilizaciju, ukoliko samoupravnim općim aktom samoupravne interesne zajednice zdravstvenog osiguranja i zdravstva nije drukčije određeno.

Član 40.

Troškove liječenja sterilnosti, kao i troškove umjetne oplodnje snosi samoupravna interesna zajednica zdravstvenog osiguranja i zdravstva.

Član 41.

Troškove prekida trudnoće snosi trudna žena, ukoliko samoupravnim općim aktom samoupravne interesne zajednice zdravstvenog osiguranja i zdravstva nije drukčije određeno.

Ako se prekid trudnoće vrši zbog kojeg od razloga iz člana 22. ovoga zakona, kao i u slučaju neželjene trudnoće žena koje koriste intrauterina sredstva za kontracepciju, troškove prekida trudnoće snosi samoupravna interesna zajednica zdravstvenog osiguranja i zdravstva.

Za trudnu ženu koja je u stanju socijalno-zaštitne potrebe, troškove prekida trudnoće snosi samoupravna interesna zajednica socijalne zaštite u općini na području koje trudnica ima prebivalište, a pod uvjetima i na način utvrđen samoupravnim općim aktom.

IV. KAZNENE ODREDBE

Član 42.

Novčanom kaznom od 2.000 do 10.000 dinara kaznit će se za prekršaj zdravstvena organizacija udruženog rada;

1. koja izvrši sterilizaciju, prekid trudnoće ili umjetnu oplodnju a za to nije ovlaštena (član 14, 17. i 31),
2. koja izvrši sterilizaciju ili prekid trudnoće bez prethodne odluke komisije kad je takva odluka potrebna (član 13, 20. i 22),

Za prekršaj iz stava 1. ovoga člana kaznit će se novčanom kaznom od 500 do 3.000 dinara zdravstveni radnik koji izvrši sterilizaciju, prekid trudnoće ili umjetnu oplodnju.

Član 43.

Novčanom kaznom od 1.000 do 5.000 dinara kaznit će se za prekršaj zdravstvena organizacija udruženog rada koja u roku 30 dana ne podnese prijavu o izvršenoj sterilizaciji odnosno ne obavijesti o izvršenom prekidu trudnoće (član 14, stav 2. i član 26).

Za prekršaj iz stava 1. ovoga člana kaznit će se novčanom kaznom od 500 do 2.000 dinara odgovorna osoba u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada.

Član 44.

Novčanom kaznom od 1.000 do 3.000 dinara kaznit će se za prekršaj odgovorna osoba u zdravstvenoj organizaciji udruženog rada u kojoj je dovršen započeti prekid trudnoće ako u slučaju sumnje da je prekid započeo suprotno odredbama ovoga zakona odmah ne podnese prijavu nadležnom organu gonjenja (član 27).

VIII. PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Član 45.

Rukovodilac republičkog organa uprave nadležan za poslove zdravstva propisat će u roku šest mjeseci od dana stupanja na snagu ovoga zakona uputstvo za izvršavanje ovoga zakona i odrediti ovlaštene zdravstvene organizacije udruženog rada za vršenje umjetne oplodnje (član 31).

Član 46.

Ovaj zakon stupa na snagu osmoga dana nakon objave u 'Narodnim novinama'.«

III. PRIGOVORI PREDLAGATELJA

- 1) Predlagatelji Nike Karabaić i Antun Lisec

4. Predlagatelji Nike Karabaić iz Rijeke i Antun Lisec iz Vetova neustavnost Zakona zasnivaju na činjenici da je proglašenjem Ustava Republike Hrvatske iz 1990. godine prestao važiti Ustav SRH, a s time i članak 272. Ustava SRH na temelju kojeg je osporeni Zakon donesen. Posebice ističu da je Zakon suprotan članku 21. Ustava.

2) Predlagatelj Hrvatski pokret za život i obitelj

4.1. Hrvatski pokret za život i obitelj iz Zagreba ističe da osporeni Zakon, koji dopušta »umjetni, nasilni prekid života nerođene djece«, nije u skladu s člankom 21. stavkom 1. Ustava. Smatra da osporeni Zakon nije u skladu ni s člankom 3. Opće deklaracije o ljudskim pravima UN-a koja propisuje da svatko ima pravo na život, ni s Deklaracijom o pravima djeteta. Ističe da ne treba dostavljati posebne dokaze da je nerođeno dijete doista ljudsko biće te da i ono ima pravo na život, kao temeljno i najvažnije ljudsko pravo iz kojega proistječu sva ostala ljudska prava.

Posebno napominje da se osporenim Zakonom prekid trudnoće regulira kao apsolutno pravo žene do desetog tjedna trudnoće, a nakon tog vremena po odobrenju komisije.

Tvrdi da »krajnje neznanstveno taj Zakon tretira novozačeto dijete, posebnu osobu, s potpuno različitom genetskom strukturom u odnosu na majku, oca ili bilo koje drugo ljudsko biće, kao organ žene s kojim ona može raditi što hoće, kao da je dijete njezino vlasništvo ili bolestan organ koji treba ukloniti.«

Navodi da je s medicinskog stajališta Zakon neprihvatljiv jer dopušta, odnosno odobrava liječniku i pomoćnom medicinskom osoblju da protivno medicinskoj etici prekidaju život fetusa, a neprihvatljive su i odredbe o sterilizaciji, umjetnoj kontracepciji i umjetnoj oplodnji, kojima se »narušava psiho-fizički integritet zdravih osoba, dovodi se u rizik i narušava njihovo zdravlje pretvarajući ih u objekte lažnog seksualnog zadovoljstva, što se sve apsolutno protivi ljudskom dostojanstvu. Umjetnom oplodnjom se ... manipulira ljudskim zametcima, neki se održavaju, neki uništavaju, neki zamrzavaju, odabiru se i pokušava se proizvoditi ljude«, što se sve protivi dostojanstvu čovjeka.

Smatra da je Zakon neprihvatljiv i s moralnog stajališta jer se postavlja pitanje otkuda pravo jednom ljudskom biću da raspolaže životom i smrću drugog ljudskog bića, čime se narušava ravnopravnost svih ljudi jer neki imaju, a neki nemaju pravo na život. Ističe da je novo začeto čedo ljudsko biće, te da nitko nema pravo raspolagati njegovim životom.

4.1.1. Predlagatelj je zatražio od Ustavnog suda uvid u spis predmeta. Uvid je obavljen 9. studenoga 2016., nakon kojega je 12. prosinca 2016. dostavio Ustavnom sudu podnesak naslovljen »dopuna ustavne tužbe«. U tom podnesku predlagatelj u znatnoj mjeri ponavlja (preuzima) sadržaj spisa zajedno sa sadržajem pribavljenih stručnih mišljenja. Uz navedeno, dodatno ističe da »pobačaj znači smrt - prekid potencijalne životne aktivnosti, a njegova zabrana potencijalno novi život.« Navodi da postoje četiri argumenta kojima se dokazuje dostojanstvo ljudskog embrija: argument vrste, argument kontinuuma, argument identiteta i argument potencijaliteta. Smatra da je zakon najniža stepenica morala, te da treba poštovati privatnu sferu svakog pojedinca sve dok nije ugroženo zajedničko dobro. Zaključuje da »pozitivni zakon ne smije ići protiv naravnog zakona, protiv moralnih vrednota, protiv savjesti«. U odnosu na

postojanje »prava na pobačaj« prema osporenom Zakonu, ističe tri glavna vrijednosna pitanja, i to:

»- je li ljudski embrij u pravnom smislu ljudsko biće i ako jest, je li onda ujedno posjednik ljudskog dostojanstva i titular prava

- dugujemo li ljudskom embriju ikakvo poštovanje

- dugujemo li ljudskom embriju zakonsku zaštitu.«

Naglašava da osporeni Zakon ima velik broj nedostataka, a posebice da ne postoji obveza psihološkog tretmana i potpore ženi koja se odluči na prekid trudnoće; pravni status maloljetnice nije uređen sukladno suvremenim dosezima u pravima djeteta i izražavanju autonomije volje djeteta; nije uređen prekid trudnoće u odnosu na osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost kao ni status muškarca - oca; nisu predviđeni oblici obveznog ili dobrovoljnog savjetovanja prije prekida trudnoće; ne traže se HIV ili drugi testovi; ne postoji zabrana prekida trudnoće u svrhu odabira spola; ne navode se metode izvršenja prekida trudnoće, a nije uređen ni priziv savjesti medicinskog osoblja koje obavlja prekid trudnoće.

Opširno obrazlažući svoja stajališta o pojmu »ljudsko biće« iz članka 21. stavka 1. Ustava, praksu međunarodnih sudova, te pozivajući se na članak 14. stavak 2. Ustava, predlagatelj navodi da »po svojim svojstvima obavljanje pobačaja ne može biti tretirano kao pravo već kao negacija prava«. U svrhu teleološke interpretacije osporenog Zakona smatra bitnom i demografsku sliku Hrvatske, obnovu i posljedice Domovinskog rata na cijelu zajednicu. Osvrćući se na međunarodne dokumente koji su relevantni za ocjenu ustavnosti osporenog Zakona, ističe da »svrha prava žene na slobodno i odgovorno planiranje rađanja uključuje planiranje trudnoće, od rigidnijih do liberalnijih stavova o metodama planiranja. Takvo pravo i sloboda žene ne znači nužno i slobodu pobačaja.« U odnosu na praksu Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) zaključuje:

»- ona ne isključuje prenatalni život iz svoje zaštite, a ni Sud ga isto tako nikada do sada nije isključio iz polja njezine primjene;

- Konvencija ne sadržava niti ne stvara pravo na pobačaj;

- u većini europskih nacionalnih sustava pobačaj znači ukidanje zaštite koja se u načelu jamči životu nerođenog djeteta.«

Također ističe kako se iz prakse ESLJP-a može zaključiti da se otvara vrlo opasno područje »pretvaranja bilo kojih želja koje mogu biti i seksualne provenijencije, kao npr. incest ili pedofilija, u individualne slobode i prava koja su obuhvaćena područjem privatnog ... iz članka 8. EKLJP-a«, te da »tzv. pravo na pobačaj podrazumijeva dominaciju individualne volje nad životom, subjektivnosti nad objektivnošću; prihvaćanje tog prava dovelo bi do preslagivanja EKLJP-a u liberalnu i individualističku filozofiju u kojoj nema mjesta legitimitetu prava«.

U odnosu na priziv savjesti ističe da liječnici, u skladu s člankom 20. Zakona o liječništvu (»Narodne novine« broj 121/03. i 117/08.), mogu izjaviti prigovor savjesti u odnosu na neizvršenje prekida trudnoće, ali ne ukoliko trudnoća ugrožava život žene. Slično pravo sadrži i članak 3. Zakona o sestinstvu (»Narodne novine« broj 121/03., 117/08. i 57/11.).

Smatra da osporeni Zakon nije u suglasnosti s člancima 5., 14. i 17. stavkom 3. Ustava, te navodi da je u 2015. u Hrvatskoj prijavljeno 8362 prekida trudnoće od kojih je 3002 bilo na zahtjev trudnice (35,9%), te da se na 100 poroda bilježi 8 namjernih prekida trudnoće, s time što se najviše prekida trudnoće odnosi na žene između 30 i 39 godina. Zaključuje da se i u 2015. godini prekid trudnoće »koristi kao sredstvo kontracepcije«. U odnosu na pravo na život poziva se na odluku Ustavnog suda broj: U-III-Bi-7367/2014 od 15. prosinca 2015. (»Narodne novine« broj 4/16.). Uz dopunu prijedloga predlagatelj je dostavio i stručna mišljenja dr. sc. Mislava Kutleše - »Dostojanstvo ljudskog bića - moralna problematika hotimičnog pobačaja« i doc. dr. sc. Alberta Despota - »Medicinski pogled na dubioze u Zakonu o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece«.

4.1.2. Tvrdi da osporeni Zakon nije u skladu s člankom 2. Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o pravnim pitanjima (ujedno navodi i nesuglasnost Zakona s člankom 141. Ustava), jer »većina građana Republike Hrvatske pripada Katoličkoj crkvi, pa shodno tome da gore navedeni ZZM je protivnik nauku Katoličke crkve a čiju državnost predstavlja Sveta Stolica ... o pravu na život protivi se pobačaju koji definira u svojim dokumentima koje svaki vjernik katolik mora poštivati, i koji čini osnovna vjerska prava svakog vjernika katolika u Republici Hrvatskoj«. Stajališta vjere sadržana su u raznim dokumentima, kao što su: Izjava o izazvanom pobačaju (1974.), Naputak o poštovanju ljudskog života u njegovu početku i o dostojanstvu rađanja (Donum vitae, 1987.), Okružnica o vrijednosti i nepovredivosti ljudskog života (Evangelium vitae, 1995.) i Naputak o nekim bioetičkim pitanjima (Dignitas personae, 2008.).

4.1.3. U drugoj dopuni prijedloga, od 20. prosinca 2016., predlagatelj je dostavio stručna mišljenja Christian Legale Centre iz Velike Britanije - »Pravo na život u međunarodnom pravu« (autora Rogera Kiska i Paula Diamonda) i Ordo Iuris - Instytut na Rzecz Kultury Prawnej iz Republike Poljske - »Međunarodni standardi o pravu na život« (autora Aleksandera Stepkowskija i dr.).

U prvom se stručnom mišljenju, u bitnom, razrađuje »rastući kodeks međunarodnog prava o pitanju ljudskog života, te zaštite ljudskog života prije rođenja« uz naglaske na agresivnosti međudržavnih institucija u umanjivanju državnog suvereniteta u pitanju života i prekida trudnoće. Drugo stručno mišljenje sadrži analizu pojedinih autora o konvencijama Vijeća Europe i prava Europske unije o pravu na život i o pravu na prekid trudnoće, odlukama ustavnih sudova Njemačke, Poljske i Mađarske o istom pitanju, te o utjecaju prekida trudnoće na zdravlje žene.

3) Predlagatelj Hrvatski katolički zbor »MI«

4.2. Hrvatski katolički zbor »MI« iz Zagreba navodi da je zbog prestanka važenja Ustava SRH iz 1974. godine osporeni Zakon neustavan, odnosno da je nesuglasan s člankom 21. Ustava. Navodi također da je primjena tog Zakona u uvjetima depopulacije u Republici Hrvatskoj višestruko

štetna te da se Zakon treba ukinuti kao jedan »od temeljnih preduvjeta demografske i duhovne obnove i primjene pronatalitetne populacijske politike u Republici Hrvatskoj«.

4) Predlagatelj Stjepan Herceg

4.3. Predlagatelj Stjepan Herceg smatra da osporeni Zakon predstavlja *contradictio in adiecto* jer proglašava nepostojeće pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece »koje se ostvaruje ubijanjem nerođene djece pod uvjetima propisanim Zakonom«. Prema njegovom stajalištu prekid trudnoće može se poistovjetiti s ubojstvom djeteta koje počinji majka nerođenog čeda. Smatra da »jedinstvenost i neponovljivost ljudskog bića počinje kada se spoje ženska i muška spolna stanica i nastane zigota (oplođena jajna stanica). Jedinstvenost i neponovljivost odnose se na biološku činjenicu da su muška i ženska spolna stanica ... unijeli svaki svoju polovicu genetskog materijala, kromosoma, i time se spajanjem stvorila stanica zigota koja ima sve uvjete i nepromjenjivi genetski zapis.«

Ističe da je znanstveno potvrđeno da su u oplođenom jajašcu nazočne sve biološke karakteristike začetog ljudskog bića, koje se više neće nikada promijeniti, te je ono ontološki jedinstveno s točno određenim identitetom. Stoga zaključuje da je »embrij kao ljudsko biće jednak u dostojanstvu s drugim ljudskim bićima, ujedno i subjekt prava na život, koje pravo mu jamči Ustav. Ustavno pravo na život ne može biti poništeno izmišljenim pravom majke na prekid trudnoće (uništenje života djeteta kao ljudskog bića).« Smatra da je priznati pravni subjektivitet embrija kao osobe *conditio sine qua non* svake zakonske materije. Zbog toga smatra da je logično zaključiti da je priznanjem pravnog subjektiviteta začetom djetetu suvišno određivanje bilo kakve vremenske granice u trudnoći koja se odnosi na dopuštenje ili zabranu prekida trudnoće.

5) Predlagateljica Udruga »U ime obitelji«

4.4. Udruga »U ime obitelji« smatra Zakon nesuglasnim s člancima 14., 16., 21. stavkom 1., 23. stavkom 1., 59. i 65. stavkom 1. Ustava. Ističe da je pravo na život »nedvojbeno temeljno ljudsko pravo, stavljeno iznad i ispred svih drugih ljudskih prava.« Smatra da pojam »ljudsko biće« iz članka 21. stavka 1. Ustava »obuhvaća nerođenog i rođenog čovjeka«, te da znanstveno nije sporno da »jezgra zigote, formirana spajanjem jezgara spermija i jajne stanice, sadrži genski program koji će u interakciji s okolinom upravljati budućim razvitkom djeteta, koji se, pak, u različitim fazama života različito naziva - embrij, fetus, dijete, adolescent, zreli čovjek, starac. Oplođnja je događaj u kojem nastaje potpuno novi sklop DNK - neponovljivi i jedinstveni čovjek.« Poziva se i na presudu Suda Europske unije (u daljnjem tekstu: Sud EU) u predmetu *Oliver Brustle protiv Greenpeace eV*. (veliko vijeće, presuda od 18. listopada 2011., C-34/10, EU:C:2011:669) te smatra da se tom presudom »suvremena sudska praksa izričito izjasnila da ljudski život počinje začećem.« Ističe da ljudska prava proizlaze iz same prirode bića, a ne zbog svijesti i sposobnosti razmišljanja svojstvenih isključivo čovjeku. Zaključuje, »budući da je priroda bića jasna od samog trenutka začeća, ne smije postojati sumnja u to ima li ljudski embrij pravo na život.« Poziva se također i na preambulu Konvencije o pravima djeteta iz 1980. godine i na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1955. godine (ispravno 1966. godine - op. Ustavnog suda), te na praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) iz 1974. i 1992. godine i praksu ESLJP-a te zaključuje da

»ESLJP nikada nije zaniijekao kvalifikaciju ‘osobe’ nerođenom djetetu« te je »priznao začetom djetetu ljudsko dostojanstvo i pravo na zaštitu u ime ljudskog dostojanstva«.

U posebnom dijelu svog prijedloga predlagateljica razmatra pitanje »postoji li pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece?«, te iznosi stajalište da je jedini ispravan odnos prema tom pitanju stavljanje u međusoban odnos pravo na život majke i pravo na život nerođenog djeteta. Smatra da »isključivo kada je ugroženo pravo na život i zdravlje majke, opravdano je stavljati u ravnotežu pravo majke u odnosu na pravo na život nerođenog djeteta.« Nadalje, ističe da se »pobačaj ne može smatrati mjerom zdravstvene zaštite jer se njime ne postiže nijedna ... svrha zdravstvene zaštite« jer trudnoća nije bolest, »a fetus nije štetno strano tijelo u tijelu majke«. Pozivajući se na odredbe Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije prema ženama, ističe da ona pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece daje i ženi i muškarcu »da slobodno i odgovorno odlučuju o broju i razmaku djece te ona potiče edukaciju o kontroli rađanja«. Smatra da ne postoji »pravo na pobačaj« već je riječ o tome da se »ženina želja da pobaci transformira u ‘pravo’«, te stoga »pobačaj predstavlja štetu za čitavo društvo i javni poredak.«

Predlagateljica posebno analizira zabranu diskriminacije na osnovi dobi, te smatra »argument da embrij nije ljudska osoba diskriminatoran je na osnovi dobi.« U završnom dijelu prijedloga predlagateljica navodi da je nerođeno dijete bilo zaštićeno još u rimskom pravu, a to je pravilo preuzeto u članku 17. stavku 2. Zakona o obveznim odnosima (»Narodne novine« broj 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15.) i u članku 124. stavku 2. Zakona o nasljeđivanju (»Narodne novine«, broj 48/03., 163/03., 35/05., 127/13. i 33/15.). Pozivajući se na članak 65. stavak 1. Ustava ističe: »Neprihvatljivo bi bilo da se nerođenom djetetu priznae da je ljudsko biće koje ima određenu vrijednost samo kada se radi o zaštiti interesa obitelji, društva i države, a kada takvog neposrednog interesa okoline nema, da mu se isto niječe«. Polazeći od postojanja prenatalne brige i njege koja se pruža nerođenoj djeci naglašava da se za vrijeme trudnoće posebna briga posvećuje zdravlju majke, a posebna zdravlju djeteta - što, smatra, ukazuje na to da se radi o dva različita ljudska bića. Skreće pozornost na postojanje više međunarodnih konvencija o zaštiti zametaka i genetskom inženjeringu, a posebno na Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 13/03.; u daljnjem tekstu: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini), Dodatni protokol o zabrani kloniranja ljudskih bića (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 18/03.) i na Dodatni protokol o biomedicinskim istraživanjima (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 3/06.).

Zaključno ističe da Republika Hrvatska treba pružiti nerođenoj djeci jaču zaštitu od one koju trenutno pruža te smatra da je potrebno provesti »znanstveno utemeljenu edukaciju o slobodi i odgovornosti, reproduktivnom zdravlju i spolnosti, o odgovornom roditeljstvu i planiranju obitelji te poboljšanje sustava posvojenja i sustava brige i podrške trudnicama i majkama koje ne žele ili ne mogu zadržati djecu nakon poroda.«

6) Predlagatelj Saša Čajić

4.5. Predlagatelj Saša Čajić poziva se na Deklaraciju UN-a o pravima djeteta iz 1959. godine (ispravno Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine - op. Ustavnog suda) u kojoj se ističe zaštita i briga za dijete »uključujući pravnu zaštitu prije kao i poslije rođenja«. Poziva se i na

članak 63. Ustava koji posebno štiti materinstvo, te napominje da osporeni Zakon samo majci omogućava odluku o sudbini začetog ploda, dok dijete pri tome nema nikakvu ulogu. Smatra da bi i otac trebao biti uključen u odluku o začeću i prekidu trudnoće, a ako do začeća dođe nasilnim činom - to »mora biti sankcionirano.« Navodi i brojne citate iz Biblije.

7) Predlagatelj Daniel Majer

4.6. Predlagatelj Daniel Majer osporava članak 18. stavak 1. Zakona te ističe da »samo žena ne bi bez suglasnosti muža trebala imati pravo raditi pobačaj.« Smatra da udana žena ne bi mogla tražiti prekid trudnoće zbog presumpcije očinstva za vrijeme trajanja braka, jer je »vidljiva intencija zakonodavca o ravnopravnosti roditelja.«

4.7. Svi predlagatelji predlažu pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i ukidanje osporenog Zakona u cijelosti. Predlagatelj Saša Čajić pozivom na članak 45. Ustavnog zakona predlaže privremenu obustavu svih pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na temelju osporenog Zakona.

IV. STRUČNA MIŠLJENJA

5. U ustavnosudskom postupku pribavljena su mišljenja stručnjaka iz područja teologije (prof. dr. sc. Josipa Grbca i prof. dr. sc. Matije Berljaka), iz područja obiteljskog prava (s katedri obiteljskog prava pravnih fakulteta u Rijeci, Splitu i Zagrebu), iz područja medicine i medicinske etike (prof. dr. sc. Zvonka Rumboldta, prof. dr. sc. Mirne Sarga-Babić, prof. dr. sc. Miljenka Kapovića, prof. dr. sc. Anđelke Radojčić Badovinac i prof. dr. sc. Nike Zurka, kao koordinatora Povjerenstva za izradu zajedničkog mišljenja stručnjaka medicinske etike), te iz područja ustavnog prava (s Katedre ustavnog prava Pravnog fakulteta u Zagrebu).

Mišljenja se ne navode redosljedom kojim su zaprimljena, već su grupirana, radi lakšeg praćenja, po znanstveno-stručnim područjima na koja se odnose.

1) Katedra za ustavno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu

5.1. Prof. dr. sc. Biljana Kostadinov s Katedre za ustavno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu u svom mišljenju očitovala se na pitanje odnosa novog i starog ustavnog uređenja, o pravu na život i o ustavnosti prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece.

U mišljenju se navodi da se svaki novi ustav redovito »kalemi na prethodni pravni sustav, a rijetko ustav sadrži odredbu o izričitoj abrogaciji nesuglasnog prethodnog zakonodavstva«. Prijelazne i završne odredbe određuju pravnu korist svih odredaba prethodnog zakonodavstva, a što je posebno od značaja za države koje imaju centralizirano odlučivanje o ustavnosti zakona. Dovoljno je u ustavu odrediti da stupa na snagu i ima nadzakonsku snagu, nadređen je svim zakonima (naknadnim i prethodnim), a sudstvo kontrolira tu nadređenost. Međutim, ustav može propisati i prijelazno razdoblje u kojem se propisi koji nisu usklađeni s novim ustavom primjenjuju i takvi propisi imaju imunitet (od sudske kontrole) kako bi se provela zakonodavna reforma i uskladilo zakone s određenog područja s novim ustavom. No, ne uskladi li parlament zakone u prekluzivnom ustavom određenom roku, to će učiniti ustavni suci ukidanjem zakona.

Stvara li ustav nove institucije; ustavom se može predvidjeti stupanje na snagu zakona o toj instituciji ili prijelaznom odredbom odrediti razdoblje tranzicije između postojeće i buduće institucije. Tada je riječ o instruktivnim rokovima. Stoga pozivanje na neispunjene instruktivne rokove za usklađivanje predustavnih zakona iz ustavnih zakona o provedbi Ustava Republike Hrvatske, kao na temelj za njihovo ukidanje, nije ustavnopravno utemeljeno. Niti jedan ustavni zakon za provedbu ustava nije imao ustavnu snagu i njegovi učinci ne mogu spriječiti neposrednu primjenu odgovarajućih odredbi samog ustava. Ustav iz 1990. godine ne sadrži odredbu o predustavnim »običnim« zakonima, te je za ocjenu njegove suglasnosti s Ustavom nadležan Ustavni sud. Stoga zahtjev da se Zakon ocijeni neustavnim zbog nepostojanja ustavne osnove za njegovo donošenje smatra protivnim ustavnom načelu vladavine prava.

U odnosu na određenje početka prava na život, u mišljenju se navodi da ustavni postupak o prekidu trudnoće može uključivati dva ili tri sudionika - ženu i državu (SAD), ženu i fetus (Francuska, Italija) ili ženu, fetus i državu (SR Njemačka, Španjolska). Ustavno sudovanje nastoji posredovati i kanalizirati politički sukob, otvoren sedamdesetih godina XX. stoljeća u vezi sa ženskom ulogom u obitelji i ženskim pitanjem, zahtjevom za supstancijalnom jednakošću žena i ravnopravnosti spolova. Nema ustavnopravne dvojbe da su interesi žene uzeti u obzir i da se mogu smatrati pravno zaštićenim na temelju općeg načela slobode. Ne ulazeći u raspravu bi li nerođeno dijete moglo biti nositelj ustavnih prava, ustavni suci uspostavljaju posrednu zaštitu njegovih interesa, pa država stupa na scenu kao posredni zaštitnik fetusa. Prema novoj odluci Ustavnog suda Portugala (br. 75/2010) nerođeno dijete izričito se ne smatra nositeljem prava, nego samo utjelovljenjem ustavne vrijednosti, što je temeljna razlika koja utječe na vrstu zaštite koja mu se ustavno duguje. Ljudski život, iako zaslužuje neki oblik zaštite od samog začeća, zamišljen je kao razvojni proces s kvalitativno relevantnim prijelomnim točkama čime se dopuštaju različiti stupnjevi zaštite koji prate sam proces. Sud je potvrdio prijašnju pravnu praksu rekavši da se unutar materični život (intrauterine life) nalazi u opsegu ustavne zaštite prava na život, ali samo kao ciljna/objektivna ustavna vrijednost. Naglasio je da navedeno samo podrazumijeva postojanje dužnosti zaštite, no Ustav Portugala unaprijed ne određuje specifičan oblik zaštite.

U mišljenju se razmatra i odluka Ustavnog vijeća Francuske broj: 201-466 DC od 27. lipnja 2001. i odluka Ustavnog suda Španjolske broj: CTD 53/1985 uz zaključak »držimo da i Ustavni sud Republike Hrvatske treba odluku o tome kada počinje život ostaviti Hrvatskom saboru temeljem načela diobe vlasti i Ustavom utvrđene podjele nadležnosti. Hrvatski sabor samo, i jedino on, treba reći kada počinje pravo na život.« Nadalje se navodi:

»Konstitucionalizacijom pobačaja u 21. stoljeću mijenja se doktrina u presudama ustavnih sudova o novom pobačajnom zakonodavstvu u razvijenim europskim demokracijama (primjerice, Portugal 2007, 2016; Španjolska 2010; Francuska 2001. i 2014., 2016. godine). Usvaja se pobačaj na zahtjev žene i odustaje se od obvezatnog savjetovanja trudne žene kao uvjeta za legalitet pobačaja ili se savjetovanje dopušta, ali se i ne zahtijeva. ...

Novo zakonodavstvo u Francuskoj, Portugalu i Španjolskoj utemeljeno je na periodnom modelu koji dopušta pobačaj na zahtjev žene u određenom periodu trudnoće kao i hrvatski Zakon o zdravstvenim mjerama. Odbacuje se model prema indikacijama koji zabranjuje pobačaj, osim u slučaju indikacija utvrđenih od strane treće osobe, ili se odustaje od njemačkog modela

pobačajno obeshrabrujućeg savjetovanja 'otvorenog rezultata' koji ženi dopušta donijeti konačnu odluku nakon što je prošla obvezatno savjetovanje koji služi zaštiti nerođenog djeteta.

Naglašavamo da i SR Njemačka mijenja 2012. i 2014. godine način savjetovanja. Iako se očekuje da žena informira savjetnika o razlozima promišljanja o pobačaju, savjetovanje isključuje mogućnost da se trudna žena prisiljava na raspravu o njezinoj situaciji ili na suradnju sa savjetnikom. Osigurava se i zahtjev žene da ostane anonimna osobi koja to savjetovanje vodi (Act on Assistance to Avoid and Cope with Conflicts in Pregnancy, dio II, odjeljak 5, 6).

Dominantno katoličke države čije je pobačajno zakonodavstvo bilo nadahnuto njemačkim modelom u prošlom stoljeću (Portugal, Španjolska) na prijelazu stoljeća odbacuju model pobačajno obeshrabrujućeg savjetovanja žena prije odluke o pobačaju, te se od diskursa sudova o spašavanja fetusa prelazi na diskurs o poštivanju života i žene. Portugal 2007. godine donosi zakon koji dopušta ženama slobodnu odluku o pobačaju tijekom prvih 10 tjedana nakon obveznog, ali ne i izričito obeshrabrujućeg savjetovanja o javno financiranom pobačaju. Ustavnost zakona potvrđuje Ustavni sud odlukom iz 2010. Potvrdom ustavnosti periodnog modela portugalski Ustavni sud priznao je da podupiranje izričito obeshrabrujućeg savjetovanja, kako bi se žene nagovorilo na majčinstvo, ne može biti smatrano nužnim uvjetom za podržavanje periodnog modela. Sud se izričito distancirao od njemačke odluke o pobačaju iz 1993. godine i potvrdio da su žene odgovorne i svjesne razloga protiv pobačaja te imaju pravo kao punopravne i ravnopravne građanke na slobodu izbora o vlastitom životu, što jednostavno ne može biti u skladu s infantilizirajućim i paternalističkim sustavom njemačkog savjetovanja.

U veljači 2016. godine izmijenjeno je portugalsko zakonodavstvo o pobačaju (Lei n.º 3/2016) kako bi se uklonila odredba o obvezatnom savjetovanju prije pobačaja i ukinulo plaćanje tog postupka u javnim zdravstvenim institucijama (istodobno se uvodi i pravo istospolnih parova da usvoje djecu).

Španjolska priznaje ženama pravo slobodne odluke o pobačaju na pismeni zahtjev žene tijekom prvih 14 tjedana trudnoće (čl. 14, Organic law 2-2010 of March 3 on Sexual and Reproductive Health and Voluntary Termination of Pregnancy) nakon obveznog, ali ne i izričito obeshrabrujućeg savjetovanja. To je periodni model s pozitivnim državnim zdravstvenim i obrazovnim mjerama za promicanje odgovornog začeća kao najboljeg načina smanjivanja broja pobačaja. ...

(...)

Model je predstavljen kao uravnoteživanje između priznavanja ženine reproduktivne autonomije i nerođenog života i kao poziv za pozitivne mjere zaštite od strane države.

Francuska 2014. godine eksplicitno potvrđuje periodni model. Za pobačaj na zahtjev žene u prvih 12 tjedana nije više nužno da je 'njezino stanje' stavlja u 'situaciju tjeskobe' (gdje ona sama procjenjuje je li u takvoj situaciji), i jasno se određuje dobrovoljni prekid trudnoće za ženu 'koja ne želi nastaviti s trudnoćom' (L. 2212-1 Code de la sante publique). Ustavno vijeće Francuske Odlukom o Zakonu o stvarnoj jednakosti između žena i muškaraca (Loi n° 2014-873 du 4 aout 2014 pour l'egalite reelle entre les femmes et les hommes) navedenu odredbu

proglašava sukladnom Ustavu. 2001. godine Francuska izmjenom L.2212-4 Zakona o javnom zdravstvu propisuje da će informacije o pomoći majci i djetetu biti dane u tijeku socijalnog savjetovanja koje se uvijek predlaže punoljetnoj odrasloj ženi, a obvezatno je samo za maloljetnice. Ustavno vijeće je utvrdilo da brisanje odredbe o informiranju žene koja traži pobačaj na zahtjev o alternativama pobačaju ne ograničava osobnu slobodu žene i njezino na znanju utemeljeno odlučivanje. Nacionalna skupština 26.listopada 2014. godine usvaja Rezoluciju broj 433 (Resolution reaffirmant le droit fondamental a l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe) kojom ponovno potvrđuje značaj temeljnog prava na prekid trudnoće na zahtjev žene za sve žene u Francuskoj, Europi i svijetu. Podsjeća da je univerzalno pravo žena da slobodno raspolazu vlastitim tijelom nužan uvjet stvaranja stvarne jednakosti žena i muškaraca i progresivnog društva, te ističe stožernu ulogu prevencije i obrazovanja mladih o spolnosti. Sedmodnevni rok od zahtjeva žene za pobačaj do njezine pismene potvrde tog zahtjeva ukinut je 2016. godine u Francuskoj (LOI n. 2016-41 du 26 janvier de modernisation de notre systeme de sante, čl.82.) ...

Naš Zakon o zdravstvenim mjerama dopušta period od deset tjedana od dana začeća u kojima se ženi jamči pravo donijeti odluku o prekidu trudnoće bez uplitanja treće osobe i uvođenja roka za promišljanje o odluci, što je u skladu s prevladavajućim pravnim trendovima u europskim državama u 21. stoljeću ...

Nakon isteka tog desetotjednog razdoblja, uz općeprihvaćene medicinske indikacije za prekid trudnoće (kako bi se spasio život majke ili ako će se dijete roditi s teškim prirođenim manama) koje europsko zakonodavstvo usvaja i nakon 22. tjedna trudnoće (fetal viability), komisija prvog stupnja može odlučivati o zahtjevu za pobačaj: kad je do začeća došlo u vezi s izvršenjem krivičnog djela silovanja, obljube nad nemoćnom osobom, obljube zloupotrebom položaja, obljube s djetetom ili rodoskvruća (čl.22. st.3.). Odredbu o kaznenim indikacijama za dopustivost pobačaja ne sadrži europski model periodne zaštite koji usvaja postupnu zaštitu prenatalnog života (primjerice, ne postoji u Francuskoj i Španjolskoj) ili je vremenski ograničena (na 16 tjedana u Portugalu), kao i u ostalim modelima pobačajnog zakonodavstva (SR Njemačka do 12 tjedna, Finska do 12 tjedna).

(...)

U Ustavu Republike Hrvatske ustavna vrednota slobode jasno štiti samoodređenje pojedinca stavljeno nasuprot opasnosti od paternalizma, nametanja nadzora pod izgovorom zaštite pojedinca. Dostojanstvo čuva temeljno pravo priznavanja onoga što jeste i ne dopušta nikome nametanje njihove varijante onoga što bi bilo dobro za vas. Jednakost osigurava da sloboda čovjeka može biti uživana od strane svih, uz jednake uvjete i potpunu raznolikost. Ustavna načela imaju svoje zasebne funkcije. Kada se uzmu zajedno, one pružaju mogućnost vrlo bogate analize problema s kojim smo suočeni u ovom konkretnom predmetu. Ovo nije samo apstraktna teorija. Relevantna je u praksi ustavnog sudovanja. Ljudska prava i temeljne slobode tumače se u ustavnim sudovima razvijenih demokracijama trokutom ustavnih vrednota - dostojanstvo, sloboda, jednakost - jer pravo na jednakost nije usamljeno i na njega se ne može gledati izdvojeno, sloboda je ponekad eksplicitna, često implicirana, a dostojanstvo se također jamči i jednako je temeljno.

... Oспоравatelji Zakona o zdravstvenim mjerama u ovom predmetu pozivaju se na dio tog članka za ukidanje Zakona o zdravstvenim mjerama i ne tumače Ustav RH kao vrednotu u skladu s modernim konstitucionalizmom.

Pobačaj na zahtjev žene prema modelu perioda trudnoće (primjerice, u Španjolskoj 14, Francuskoj 12, a Portugalu 10 tjedana), rezultat je suvremenog zakonodavstva europskih ustavnih demokracija u 21. stoljeću, točnije u posljednjih desetak godina.

Podsjećam, ne ulazeći šire na područje međunarodnih ugovora, da je Republika Hrvatska potvrdila Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom i fakultativni Protokol uz Konvenciju (2007) koja sadrži obvezu države osigurati i osobama s invaliditetom pravo na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju djece i o tome kada će ih imati te pravo na pristup informacijama primjerenim njihovoj dobi, obrazovanju vezanom uz reprodukciju i planiranje obitelji te sredstvima koja su im potrebna kako bi mogli ostvariti ta prava (čl. 23. st.1.b, Poštivanje doma i obitelji).

Parlamentarna skupština Vijeća Europe, u Rezoluciji 1607 od 16. travnja 2008. godine, potvrdila je pravo svih ljudskih bića, posebno žena, na zaštitu njihova tjelesnog integriteta i slobodu nadzora nad vlastitim tijelom. Skupština je smatrala da u tom kontekstu konačna odluka o tome pobaciti ili ne treba biti stvar pojedine žene, te je pozvala zemlje članice na dekriminalizaciju pobačaja u razumnim gestacijskim granicama.«

2) Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu

5.2. Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu u svom mišljenju ističe da je osnovni problem primjene osporenog Zakona pristup ima li nerođeno dijete pravo na život ili je majka gospodarica njegova (nerođenog) života. Riječ je o izuzetno osjetljivom pitanju koje ulazi u etičko poimanje ljudskog bića, u ontologiju bitka, u pravnu filozofiju, u sukob religioznog i areligioznog, u razmatranje o pritajenom i otvorenom sukobu interesa i granicama medicinskih mogućnosti. Nesporno je da je živorođeni čovjek ljudsko biće, međutim, naizgled je dvojbeno treba li i nerođenom djetetu dodijeliti atribut ljudskoga bića, te ističe da nitko ljudskom embriju nije uspio zaniijekati status ljudskoga bića. Sa stajališta bio-medicinskih znanosti sve je izvjesnija činjenica da svako ljudsko biće započinje postojati u trenutku začeća, tj. u trenutku nastanka novog, jedinstvenog i neponovljivog biološkog organizma. Stoga zaključuje da, ukoliko je ustavotvorac želio isključiti iz prava na život i nerođeno dijete, trebao je navesti da se jamči pravo na život (samo) živorođenom čovjeku. Nedostatak, odnosno manjkavost ustavne norme iz članka 21. Ustava je ta što u dva odvojena stavka regulira pravo na život i zabranu smrtne kazne. Smatra da je time stvorena dvojba o tome je li smrtna kazna antipod pravu na život, jer se može izvršiti samo na rođenom čovjeku, ili pak treba odredbu shvatiti kao cjelinu u kojoj je bilo koji oblik usmrćenja zabranjen jer negira pravo na život.

Osporeni Zakon donesen je u vrijeme drukčijeg društveno-političkog uređenja koje se ogledalo i u drukčijim ustavnopravnim odredbama (npr. nije postojala niti se jamčila pravna zaštita prava na osobnost), te smatra da je riječ o suprotnosti contra constitutionem jer je nepostojanje u Ustavu odredbe o slobodi odluke o rađanju, pa tako i o mogućem prekidu trudnoće, u neposrednoj suprotnosti s odredbom o pravu svakog ljudskog bića na život.

Za ocjenu ustavnosti osporenog Zakona mjerodavna je Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, koja u članku 16. stavku 1.e) obvezuje države na osiguravanje jednakih prava žena da »slobodno i odgovorno odlučuju o planiranju obitelji«. Prema stajalištu katedre, osporeni Zakon suprotan je članku 21. stavku 1. Ustava rebus sic stantibus, no zakonodavac bi trebao uravnotežiti suprotstavljene interese između prava na život i prava majke. Naime, prekid trudnoće baš kao i ubojstvo iz krajnje nužde, ponekad ima svoja pravna opravdanja (npr. u slučaju malformiranog djeteta, silovanja), a zahtijeva detaljnu, promišljenu i odgovornu regulativu. Važeći zakon više ne odgovara zahtjevima koji u trećem mileniju proizlaze iz ljudskih prava i bitno odudara od suvremenih europskih rješenja, no zaključno upozorava da zakonska zabrana prekida trudnoće ne bi urodila plodom.

3) Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Splitu

5.3. Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Splitu navodi da je osporeni Zakon suprotan Konvenciji o pravima djeteta, koja izrijeком propisuje: »Države ugovornice priznaju da svako dijete ima prirođeno pravo na život« (članak 6. stavak 1. Konvencije) i »Države ugovornice osigurat će u najvećoj mogućoj mjeri opstanak i razvoj djeteta.«

Zametak tvori novost u stvarnome svijetu. Jedno biće, do tada nepostojeće, počinje postojati. Sve su njegove biološke karakteristike, koje se više neće promijeniti, prisutne u oplodnom jajašcu. Ono se razvija u stalnom kretanju koje nema kvalitativnih skokova i koje se ne zaustavlja ni nakon rođenja. Dva su temeljna pravna pojma: subjekt i objekt. U pravu ne postoji nešto između: ili je embrij jedan od članova nekog odnosa ili je pasivni element toga odnosa. Dakle, embrij nije nešto između subjekta i objekta, neka vrsta polu-čovjeka, nešto »više od stvari«.

Postulat modernizma je da su svi, u svojoj bitnoj osnovi, jednaki. Jedina pripadnost koja daje jednako dostojanstvo za sve jest zajednički nazivnik koji čini da svi pripadaju jedinoj, ljudskoj, vrsti. Ako je, dakle, embrij ljudsko biće, on je subjekt s punim pravom, jednak u dostojanstvu s drugim ljudskim subjektima. Stoga se embriju mora priznati pravo na život i proglasiti ga »osobom«. Kada zametku pripišemo pripadajuću konotaciju osobe, ljudskog bića, onda je svaki atak na to biće pokušaj, odnosno čin ubojstva. Majka nema bilo kakva prava u odnosu na embrij jer je ona već iskoristila velik broj svojih ljudskih prava (primjerice da odlučuje hoće li, kada će, s kim će, u kojim i kakvim životnim prilikama začeti dijete). Ako se majka ne želi ili ne može valjano brinuti i skrbiti o djetetu, postoji uvijek rješenje koje isključuje čin ubojstva, a to je posvojenje.

4) Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Rijeci

5.4. Katedra za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta u Rijeci u svom mišljenju polazi od Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, koja zabranjuje stvaranje embrija u istraživačke svrhe, ali istovremeno ne definira sadržaje i opseg pojma »embrij«. Rješavanje tog delikatnog prethodnog pitanja prepušteno je pravnim sustavima država članica Vijeća Europe. Međutim, u pravnom sustavu te definicije nema, te se ESLJP do sada suzdržavao od davanja tumačenja i izričite definicije embrija. Tako je u jednom od stajališta Europske komisije za ljudska prava iz 1979. godine zaključeno da se termin »svatko« iz članka 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 18/97., 6/99. - pročišćeni

tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.; u daljnjem tekstu: Konvencija) odnosi samo na rođene osobe, a ne i na nerođene, te da se ne može primijeniti na fetus. Konvencija o pravima djeteta definira dijete kao svako ljudsko biće mlađe od osamnaest godina, osim ako se prema zakonu koji se primjenjuje na dijete, punoljetnost ne stječe ranije. Dakle, nema anticipiranog poimanja pravnog subjektiviteta nerođenog djeteta.

U slučaju sukobljenih interesa roditelja (majke) i nerođenog djeteta, smatra da bi bilo protivno najboljem interesu djeteta djelovati protiv majke, a takva intervencija značila bi i protupravno zadiranje u privatnost i tjelesni integritet majke. Tehnologija kojom liječnici danas raspolažu kod in vitro fertilizacije omogućava anticipiranu primjenu kriterija najboljeg interesa djeteta, primjerice selekcijom spola zbog neprenošenja genetskih bolesti. Mogući su, i provode se, zahvati na fetusu, sve zbog njegove dobrobiti i zaštite njegovih najboljih interesa.

Dio pravnog sustava Republike Hrvatske je i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i biomedicini koja u članku 14. propisuje da nije dozvoljeno korištenje postupaka medicinski potpomognute prokreacije u svrhu odabira spola budućeg djeteta, osim za izbjegavanje ozbiljne nasljedne bolesti vezane uz spol. Testovi koji predviđaju genetske bolesti ili služe za identifikaciju ispitanika kao nositelja gena odgovornog za bolest ili za otkrivanje genetske predispozicije ili podložnost na bolest mogu se obavljati samo u zdravstvene svrhe ili radi znanstvenog istraživanja vezanog uz zdravstvene svrhe i uz odgovarajuće genetsko savjetovanje (članak 12. Konvencije). Od značaja je i Preporuka Parlamentarne skupštine Vijeća Europe br. 874 iz 1979. godine koja sadrži stilizaciju »... o pravu na život svakog djeteta od trenutka začeća«.

Naglašava da još uvijek ne postoji općeprihvaćeni pravni standard za zaštitu prava nerođenog djeteta, te da je fetus pravni subjekt u nastajanju prema kojem se moramo odnositi s punim ljudskim dostojanstvom od trenutka začeća. Zahvat koji se odnosi na zdravlje može se izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi o njemu informirana i nakon što je dala slobodan pristanak na njega. Kod prekida trudnoće to se odnosi samo na majku. Kriterij najboljeg interesa djeteta kao pravnog subjekta u nastajanju moguće je uvažiti samo ako se tome ne protivi majka. U slučajevima sukobljenih interesa majke i djeteta, smatra da bi bilo protivno najboljem interesu djeteta djelovati protiv majke. Takva prinudna intervencija značila bi protupravno zadiranje u privatnost i tjelesni integritet majke. Medicinski zahvat u vezi s plodom smije se obaviti samo uz pristanak trudnice nakon što je upoznata sa svim posljedicama i nakon što je dala slobodan pristanak. Većina članica Vijeća Europe ima zakone koji uz određene pretpostavke omogućavaju obavljanje prekida trudnoće. Smatra da apsolutna zabrana nije moguća jer ima slučajeve spašavanja života žene, silovanja ili incesta zbog kojih se obavljanje prekida trudnoće dopušta.

5) Teološki stručnjaci

5.5. Teološki stručnjaci jednoglasno podupiru prijedloge da se osporeni Zakon ukine u cijelosti jer »nema nikakvih znanstvenih podataka koji bi postojanje ljudskog bića od trenutka začeća stavili u pitanje«.

6) Stručnjaci s područja medicinske etike

5.6. Stručnjaci s područja medicinske etike u svom zajedničkom mišljenju od 25. kolovoza 2009. navode da medicinska struka aktivno sudjeluje u planiranju trudnoće savjetovanjem i edukacijom o metodama kontracepcije. Napretkom medicinske znanosti i struke liječnici su aktivni u različitim postupcima liječenja smanjene plodnosti i zahvatima medicinski potpomognute oplodnje. U odnosu na prekid trudnoće medicinska struka odnosno ginekolozi dovršavaju spontano započete prekide trudnoće, te prema zakonodavstvu pojedine države izvode prekide trudnoće prema odredbama zakona koji su na snazi. Prema embriološkoj znanosti već se 21. dan nakon začeća javljaju prvi otkucaji srca, a nakon četiri tjedna je uspostavljen cijeli embrionalni optok krvi. U petom tjednu trudnoće mozak počinje ubrzano rasti, a u sedmom tjednu započinju prvi spontani pokreti. S navršenih osam tjedana od začeća embrij ima sljedeće značajke: 1. prepoznatljivo ljudsko vanjsko obličje, 2. razvijene udove i osnove unutarnjih organa, 3. izražena unutarnja i vanjska spolna obilježja, 4. započeto okoštavanje i 5. početak višeg stupnja ustroja i funkcije središnjeg živčanog sustava (prvi refleksi i spontana motorika, prve sinapse).

Sa stajališta medicinske etike o početku ljudskog života govori se izravno ili neizravno u Ženevskoj liječničkoj prisezi iz 1948., dopunjenoj 1968. i 1983. godine, koja određuje: »Ljudski ću život poštovati od samog začetka«, te u Deklaraciji svjetskog liječničkog udruženja iz Osla - Rezolucija o terapijskom pobačaju. U njima se navodi da okolnosti koje suprotstavljaju vitalne interese majke vitalnim interesima njezina nerođenog djeteta, dovode do dvojbe te se postavlja pitanje smije li se trudnoća namjerno prekinuti, međutim, raznolikost odgovora na to proizlazi iz raznolikosti stava prema životu nerođenog djeteta. Nije uloga medicinske struke da određuje stavove i propise o tom pitanju u pojedinim državama i zajednicama, već je dužnost medicinaru da pokušaju zaštititi svoje pacijente i prava liječnika u društvu.

Status predembrija u prvih 14 dana trudnoće može se verificirati samo u postupku fertilizacije in vitro te se naziv embrija ne odnosi na to razdoblje. Osim jednog izdvojenog mišljenja (prof. dr. sc. Anđelke Radojčić Badovinac, koje se posebno navodi), liječničko povjerenstvo smatra da je neosporiva znanstvena činjenica da je tijekom trudnoće riječ o ljudskom životu u fazama zametka (embrija) i ploda (fetusa). Etički je opravdano pribjeći prekidu trudnoće u striktnoj medicinskoj indikaciji, kada trudnoća ugrožava život trudnice (npr. vanmaterična trudnoća) ili kada život trudnice ovisi o nužnim terapijskim zahvatima koji teško oštećuju plod u malformiranom smislu (npr. liječenje raka zračenjem i kemoterapijom). U takvim se slučajevima etičko opravdanje može naći u primjeni doktrine čina s dvostrukim učinkom (actus cum dupliciter effectu). S medicinskog stajališta, u etičkom i stručnom aspektu, nema nikakvog opravdanja za prekid trudnoće zdravog ploda na zahtjev zdrave trudnice kako to regulira članak 15. osporenog Zakona. Zaključno navode:

»Medicinska se struka definira svojim profesijskim zadaćama, a to su prevencija, dijagnostika i liječenje. U pobačaju zdravog ploda zdrave trudnice na njezin zahtjev nema ovih kvalifikativa, te je problem u potpunosti u prostoru zakonodavstva.«

Izdvojeno mišljenje

5.6.1. Prof. dr. sc. Anđelka Radojčić Badovinac u svom izdvojenom mišljenju navodi da je »oplodnja preduvjet, ali zigota (oplođena jajna stanica) svakako ne predstavlja jedinstveno ljudsko biće jer još uvijek funkcionira na majčinom genomu. ... Početak života čovjeka se ne

može odrediti niti porodom niti začecem. ... Prema osobnom mišljenju, svaki plod koji ima šansu za preživljavanje izvan maternice, pa makar i uz medicinsku pomoć, predstavlja ljudski život i posljedično tome i 'ubojstvo' djeteta nakon određene razvojne dobi. ... Prema osobnom mišljenju pobačaj kao vlastiti izbor trudnice treba dopustiti između 10 i 12 tjedana, a medicinski indiciran pobačaj i kasnije (do 18.- 20.tj.).«

5.7. U mišljenju užeg vodstva Klinike za ženske bolesti i porode (v. točku 2.1. obrazloženja ovog rješenja) navodi se da su jednoglasno zaključili da život počinje spajanjem muške i ženske spolne stanice.

V. MJERODAVNE ODREDBE USTAVA

6. Ustavni sud ocjenjuje mjerodavnima za razmatranje osnovanosti navoda predlagatelja sljedeće odredbe Ustava:

»Članak 3.

Sloboda, jednakost, ... ravnopravnost spolova ... poštivanje prava čovjeka ... najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.«

»Članak 14.

Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.

Svi su pred zakonom jednaki.«

»Članak 16.

Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje.

(...)«

»Članak 21.

Svako ljudsko biće ima pravo na život.

U Republici Hrvatskoj nema smrtne kazne.

Članak 22.

Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva.

(...)«

»Članak 35.

Svakomu se jamči štovanje i pravna zaštita njegovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva ...«

»Članak 38.

Jamči se sloboda mišljenja i izražavanja misli.

(...)«

VI. MEĐUNARODNI DOKUMENTI

U razmatranju osnovanosti prijedloga za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti osporenog Zakona s Ustavom, Ustavni sud uvažio je činjenicu da se pitanjem prava na prekid trudnoće odnosno pravom na život bave brojni međunarodni dokumenti, doneseni pod okriljem UN-a i Vijeća Europe.

Razmatrajući suglasnost odredaba osporenog Zakona s Ustavom, Ustavni sud ocijenio je svrsishodnim navesti njihove relevantne dijelove. Prvo se daje prikaz relevantnih dijelova dokumenata (akata) UN-a, a potom dokumenata (akata) Vijeća Europe.

A. DOKUMENTI UJEDINJENIH NARODA

1) Opća deklaracija o ljudskim pravima Ujedinjenih naroda

7. Mjerodavne su sljedeće odredbe Opće deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih naroda:¹¹¹⁾(Opća deklaracija o ljudskim pravima (engl. UN Universal Declaration of Human Rights, franc. UN Déclaration universelle des droits de l'homme) usvojena je i proglašena 10. prosinca 1948. na Općoj skupštini UN-a, Rezolucijom 217 A (III). Vlada Republike Hrvatske na sjednici održanoj 12. studenoga 2009. donijela je Odluku o objavi Opće deklaracije o ljudskim pravima klasa: 004-01/09-04/03, ur. broj: 5030104-09-1 od 12. studenoga 2009. (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 12/09.))

»Članak 1.

Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Ona su obdarena razumom i svijješću te trebaju jedna prema drugima postupati u duhu bratstva.«

»Članak 3.

Svatko ima pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost.«

2) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

8. Mjerodavne su sljedeće odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima:^{2[2]}(Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (engl. The International Covenant on Civil and Political Rights; službena kratica: ICCPR) je multilateralni ugovor usvojen Rezolucijom 2200A (XXI) Opće skupštine Ujedinjenih naroda 16. prosinca 1966., a stupio je na snagu 23. ožujka 1976. Prvi Fakultativni protokol usvojen je 16. prosinca 1966., a stupio je na snagu 23. ožujka 1976., kada i Međunarodni pakt. Drugim Fakultativnim protokolom od 15. prosinca 1989. ukinuta je smrtna kazna; međutim, strankama ugovornicama omogućeno je staviti rezervu koja dopušta smrtnu kaznu na temelju osude za najteže kazneno djelo vojne naravi počinjeno u vrijeme rata. Republika Hrvatska stranka je Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 6. listopada 1991. prema Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 12/93., 7/95. i 11/95.).)

»Članak 6.

Svako ljudsko biće ima prirodno pravo na život. To pravo treba zaštititi zakonom. Nitko ne smije biti samovoljno lišen života.

(...)

Članak 7.

Nitko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni. Osobito je zabranjeno podvrgnuti osobu medicinskom ili znanstvenom pokusu bez njena slobodnog pristanka.«

»Članak 17.

1. Nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom ili nezakonitom miješanju u njegov privatni život, obitelj ili dopisivanje, niti nezakonitim napadima na njegovu čast ili ugled.

2. Svatko ima pravo na pravnu zaštitu protiv takvog miješanja ili napada.«

3) Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena

9. Mjerodavne su sljedeće odredbe Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena:^{3[3]}(Opća skupština Ujedinjenih naroda usvojila je 18. prosinca 1979. Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (engl. Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; službena kratica: CEDAW), koja je stupila na snagu 3. rujna 1981. Sustav zaštite prava iz Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena ojačan je usvajanjem Fakultativnog protokola uz Konvenciju, koji je stupio na snagu 22. prosinca 2000. Republika Hrvatska postala je državom strankom Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena notifikacijom o sukcesiji od 8. listopada 1991. te je istoga dana za Republiku Hrvatsku stupila na snagu. U Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji klasa: 018-05/93-01/24, ur. broj: 5030114-93-4 od 30. rujna 1993. (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 12/93.)

pod rednim brojem 18. navedena je Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije prema ženama od 18. prosinca 1979., Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori broj 11/81. Republika Hrvatska je stranka Fakultativnog protokola uz Konvenciju od 6. veljače 2001. («Narodne novine - Međunarodni ugovori» broj 3/01.). Vlada Republike Hrvatske donijela je Uredbu o prihvaćanju izmjene članka 20. stavka 1. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena klasa: 004-01/93-03/01, ur. broj: 5030104-03-3 od 28. kolovoza 2003. («Narodne novine - Međunarodni ugovori» broj 15/03.). Izmjenu članka 20. stavka 1. Konvencije primila je na znanje i odobrila Opća skupština Ujedinjenih naroda Rezolucijom 50/202 od 22. prosinca 1995. Ustavni sud napominje da ne postoji službeni prijevod na hrvatski jezik. U ovom rješenju citira se prijevod Ustavnog suda. Republika Hrvatska podnijela je tri izvješća Odboru za ukidanje svih oblika diskriminacije žena UN-a, i to: - posebno izvješće (CEDAW/CRO/SP.1) podneseno je 31. siječnja 1995.;- inicijalno izvješće (CEDAW/C/CRO/1) poslano je 10. siječnja 1995. Odboru za ukidanje svih oblika diskriminacije žena UN-a, te je predstavljeno naprijed navedenom Odboru 21. i 23. siječnja 1998., koji je dao svoje preporuke 14. svibnja 1998. (A/53/38);- drugo i treće izvješće (CEDAW/C/CRO/2-3) podneseno je 17. listopada 2003., predstavljeno je Odboru za ukidanje svih oblika diskriminacije žena UN-a 18. siječnja 2005. koji je svoje preporuke Republici Hrvatskoj dao 15. veljače 2005. (CEDAW/C/CRO/CC/2-3.)

»Članak 11.

1. Države članice poduzet će sve odgovarajuće mjere za uklanjanje diskriminacije žena u području zapošljavanja kako bi se, na temelju ravnopravnosti muškaraca i žena, osigurala jednaka prava, a osobito:

(...)

f) pravo na zdravstvenu zaštitu i zaštitu na radu; uključujući i zaštitu reproduktivnih funkcija.

(...)

3. Zaštitno zakonodavstvo koje se odnosi na pitanja obuhvaćena ovim člankom povremeno će se preispitivati u svjetlu znanstvenih i tehnoloških spoznaja te će se prema potrebi izmijeniti, ukinuti ili produžiti.

Članak 12.

1. Države članice poduzet će sve odgovarajuće mjere za uklanjanje diskriminacije žena u području zdravstvene zaštite kako bi se, na temelju ravnopravnosti muškaraca i žena, osigurala dostupnost zdravstvenih usluga, uključujući one koje se odnose na planiranje obitelji.

(...)

»Članak 16.

1. Države članice poduzet će sve odgovarajuće mjere za uklanjanje diskriminacije žena u svim pitanjima koja se odnose na brak i obiteljske odnose, a posebno će, na temelju ravnopravnosti muškaraca i žena, osigurati,:

(...)

(e) jednaka prava na slobodno i odgovorno odlučivanje o planiranju obitelji, te pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima koja će im omogućiti korištenje tim pravima;

(...)

4) Konvencija o pravima djeteta

10. Mjerodavne su sljedeće odredbe Konvencije o pravima djeteta:^{4[4]}(Konvencija o pravima djeteta (engl. Convention on the Rights of the Child; službene kratice: CRC, CROC, ili UNCRC) usvojena je na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda 20. studenoga 1989. (Rezolucija broj 44/25), a stupila je na snagu 2. rujna 1990. Službeni tekst Konvencije o pravima djeteta objavljen je u Službenom listu SFRJ broj 15/90. Republika Hrvatska postala je državom strankom Konvencije notifikacijom o sukcesiji od 8. listopada 1991. U Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 12/93.) pod rednim brojem 34. navedena je Konvencija o pravima djeteta od 20. studenoga 1989. (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, broj 15/90.). Vlada Republike Hrvatske donijela je Uredbu o prihvaćanju izmjene članka 43. stavka 2. Konvencije o pravima djeteta klasa: 004-01/94-04/02, ur. broj: 5030104-97-1 od 20. studenoga 1997. (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 20/97.). Izmjena članka 43. stavka 2. Konvencije usvojena je na Konferenciji država stranaka 12. prosinca 1995. u New Yorku, a odobrena je rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda broj 155 od 21. prosinca 1995.)

»Članak 6.

1. Države stranke priznaju svakom djetetu prirodno pravo na život.

2. Države stranke će u najvećoj mogućoj mjeri osigurati opstanak i razvoj djeteta.«

5) Konvencija o pravima osoba s invaliditetom

11. Mjerodavne su sljedeće odredbe Konvencije o pravima osoba s invaliditetom:^{5[5]}(Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (engl. Convention on the Rights of Persons with Disabilities; službena kratica: CRPD) usvojena je u New Yorku 13. prosinca 2006. Istog dana usvojen je i

Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (Optional Protocol (A/RES/61/106)). Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju i Fakultativni protokol 30. ožujka 2007., a Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz konvenciju o pravima osoba s invaliditetom objavljen je u »Narodnim novinama - Međunarodni ugovori« broj 6/07.)

»Članak 23.

POŠTIVANJE DOMA I OBITELJI

1. Države stranke ove Konvencije će poduzeti djelotvorne i odgovarajuće mjere otklanjanja diskriminacije protiv osoba s invaliditetom u svim pitanjima vezanim uz brak, obitelj, roditeljstvo i osobne odnose, a posebno će osigurati, na ravnopravnoj osnovi s drugima:

(a) priznavanje prava svih osoba s invaliditetom, koje su u dobi za brak, da sklope brak i zasnuju obitelj na osnovi slobodne i potpune suglasnosti budućih bračnih partnera,

(b) prava osoba s invaliditetom na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju djece i tome kada će ih imati kao i pravo na pristup informacijama, primjerenim njihovoj dobi, obrazovanju vezanom uz reprodukciju i planiranje obitelji, te sredstvima koja su im potrebna kako bi mogli ostvariti ova prava,

(...)

6) Nadzor nad primjenom dokumenata UN-a

11.1. Primjenu navedenih međunarodnih dokumenata u državama članicama nadgledaju pojedini odbori UN-a, a tematikom prekida trudnoće bave se osobito Odbor za ljudska prava (United Nations Human Rights Committee, službena kratica: UNHRC) i Odbor za ukidanje svih oblika diskriminacije žena (Committee on the Elimination of Discrimination against Women; službena kratica: CEDAW).

Tako je primjerice, CEDAW 2010. godine u Zaključnim primjedbama u odnosu na četvrto periodično izvješće za Maltu (CEDAW/C/MLT/CO/4) izrazio zabrinutost, između ostalog, zbog potpune zabrane prekida trudnoće, zbog nedostatnog pristupa žena službama reproduktivne zdravstvene zaštite, te zbog toga što seksualni odgoj nije obuhvaćen obrazovnim kurikulumom.

CEDAW je slična izvješća donio i za neke druge države, primjerice: Mađarska, t. 31(c), U.N. Doc. CEDAW/C/HUN/CO/7-8 (2013); Ruska Federacija, t.35(b), 36(b), U.N. Doc. CEDAW/C/RUS/CO/8 (2015); Slovačka, t.31(c), U.N. Doc. CEDAW/C/SVK/CO/5-6(2015); ESCR odbor, Opći komentar br. 22: o pravu na seksualno i reproduktivno zdravlje (članak 12. Međunarodnog sporazuma o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima), t. 41, U.N. Doc. E/C.12/GC/22 (2016).

Svjetska zdravstvena organizacija (World Health Organization, u daljnjem tekstu: WHO),⁶¹(Republika Hrvatska primljena je u članstvo WHO-a 23. lipnja 1992. (podaci preuzeti

s internetske stranice <http://www.mvep.hr>.) kao specijalizirana organizacija UN-a, također je objavila mnoštvo publikacija u kojima se obrađuje problematika prekida trudnoće: Kliničko upravljanje u odnosu na komplikacije kod prekida trudnoće, praktični vodič, 1994. (Clinical management of abortion complications: a practical guide [1994]); Studija o nesigurnom prekidu trudnoće: praktični vodič, 1996. (Studying unsafe abortion: a practical guide [1996]); Nesiguran prekid trudnoće: globalne i regionalne procjene učestalosti nesigurnog prekida trudnoće i prateće smrtnosti u 2000. godini, 2004. (Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000 [2004]); Siguran prekid trudnoće: tehničke i strategijske smjernice za zdravstvene sustave, 2012. (Safe abortion: technical and policy guidance for health systems [2012]); Uloga zdravstvenih djelatnika u pružanju usluge sigurnog prekida trudnoće i kontracepcije nakon prekida trudnoće, 2015. (Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception [2015]); Proširenje uloga zdravstvenih djelatnika u odnosu na siguran prekid trudnoće tijekom prvog tromjesečja trudnoće, 2016. (Expanding health worker roles for safe abortion in the first trimester of pregnancy [2016]).

B. DOKUMENTI VIJEĆA EUROPE

1) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda

12. Mjerodavne su sljedeće odredbe Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda:^{7[7]}(Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (engl. Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; franc. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) potpisana je 4. studenoga 1950. u Rimu, a stupila je na snagu 3. rujna 1953. nakon polaganja deset isprava o ratifikaciji. Stranke Konvencije su svih 47 članica Vijeća Europe. Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju 6. studenoga 1996. Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 18/97.) stupio je na snagu 5. studenoga 1997. Istog je dana za Republiku Hrvatsku stupila na snagu i sama Konvencija. U Republici Hrvatskoj na snazi je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s izmjenama i dopunama iz Protokola br. 14 uz Konvenciju, koji je stupio na snagu 1. lipnja 2010. (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.).)

»Članak 2.

PRAVO NA ŽIVOT

1. Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom. Nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koje je ta kazna predviđena zakonom.

(...)«

»Članak 8.

PRAVO NA POŠTOVANJE PRIVATNOG I OBITELJSKOG ŽIVOTA

1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.
2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.«

»Članak 14.

ZABRANA DISKRIMINACIJE

Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.«

2) Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini

13. Mjerodavne su sljedeće odredbe Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini:⁸¹⁸¹(Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (engl. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine), sastavljena je u Oviudu 4. travnja 1997., a stupila je na snagu 1. prosinca 1999. Dodatni protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja ljudskih bića (engl. Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings), sastavljen je u Parizu 12. siječnja 1998., a stupio je na snagu 1. ožujka 2001. Dodatni protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine u svezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla (engl. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin), sastavljen je u Strasbourgu 24. siječnja 2002. U Republici Hrvatskoj Konvencija i dodatni protokoli potvrđeni su Zakonom o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja ljudskih bića i Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine, u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla (»Narodne novine - Međunarodni ugovori« broj 13/03., 18/03. i 3/06.))

»Članak 1.

SVRHA I PREDMET

Stranke ove Konvencije štite dostojanstvo i identitet svih ljudskih bića i jamče svima, bez diskriminacije, poštovanje njihova integriteta i drugih prava i temeljnih sloboda u pogledu primjene biologije i medicine.

(...)«

»Članak 2.

PRIMAT LJUDSKOG BIĆA

Interesi i dobrobit ljudskog bića imaju prednost nad samim interesom društva ili znanosti.«

»Članak 12.

PRETKAZUJUĆI GENETSKI TESTOVI

Testovi koji pretkazuju genetske bolesti ili služe za identifikaciju ispitanika kao nositelja gena odgovornog za bolest ili za otkrivanje genetske predispozicije ili podložnost na bolest mogu se obavljati samo u zdravstvene svrhe ili radi znanstvenog istraživanja vezanog uz zdravstvene svrhe i uz odgovarajuće genetsko savjetovanje.«

»Članak 14.

ODABIR SPOLA

Nije dozvoljeno korištenje postupaka medicinski pomognute prokreacije u svrhu odabira spola budućeg djeteta, osim za izbjegavanje ozbiljne nasljedne bolesti vezane uz spol.«

»Članak 18.

ISTRAŽIVANJA NA ZAMETCIMA IN VITRO

1. Kada zakon dopušta istraživanje na zametcima in vitro, on mora osigurati i adekvatnu zaštitu zametka.

(...)«

3) Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe 1607 (2008) od 16. travnja 2008. - »Pristup sigurnom i zakonitom pobačaju u Europi«

14. Mjerodavni su sljedeći zaključci Rezolucije 1607 (2008):^{9[9]}(Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe 1607 (2008) od 16. travnja 2008. - »Pristup sigurnom i zakonitom

pobačaju u Europi« (engl. Resolution 1607 (2008) - Access to safe and legal abortion in Europe) usvojena je na temelju Izvješća Odbora za jednake mogućnosti muškaraca i žena (Committee on Equal Opportunities for Women and Men) broj: Doc. 11537 rev. od 11. ožujka 2008. te mišljenja Odbora za socijalna, zdravstvena i obiteljska pitanja (Social, Health and Family Affairs Committee) broj: Doc. 11576 od 15. travnja 2008. Ustavni sud napominje da je riječ o neslužbenom prijevodu relevantnih dijelova na hrvatski jezik koje je za potrebe ovog ustavnosudskog postupka preveo Ustavni sud s engleskog teksta tih zaključaka objavljenih na internetskim stranicama Vijeća Europe.)

»1. Parlamentarna skupština ponavlja da prekid trudnoće ni u kojim okolnostima ne može biti metoda planiranja obitelji. Prekid trudnoće se mora, koliko god je to moguće, izbjeći. Moraju se koristiti sva moguća sredstva kompatibilna s pravima žena kako bi se istovremeno smanjio i broj neželjenih trudnoća i broj prekida trudnoće.

2. U većini država članica Vijeća Europe zakonom je dopušten prekid trudnoće radi očuvanja života trudne žene. U većini europskih zemalja prekid trudnoće je dopušten zbog niza razloga, prvenstveno radi očuvanja majčinog fizičkog i psihičkog zdravlja, ali i u slučajevima silovanja i incesta, u slučaju oštećenja fetusa ili zbog ekonomskih i socijalnih razloga, a u nekim državama i na zahtjev. Skupština ipak izražava zabrinutost da se u mnogima od tih država nameću brojni uvjeti koji ograničavaju učinkovit pristup sigurnoj, dostupnoj, pristupačnoj i odgovarajućoj usluzi prekida trudnoće. Ta ograničenja imaju diskriminirajući učinak, jer žene koje su dobro informirane i imaju dostatna financijska sredstva često mogu mnogo lakše dobiti zakonit i siguran prekid trudnoće.

3. Skupština također primjećuje da u državama članicama u kojima je prekid trudnoće dopušten uvjeti zbog niza razloga nisu uvijek takvi da ženama jamče učinkovit pristup ovom pravu: nedostatak lokalnih zdravstvenih ustanova, nedostatan broj liječnika voljnih obavljati prekide trudnoće, zahtijevanje opetovanih zdravstvenih konzultacija, vrijeme koje je na raspolaganju za promjenu mišljenja i vrijeme čekanja na prekid trudnoće, u svojoj ukupnosti mogu pristup sigurnom, dostupnom, prihvatljivom i prikladnom prekidu trudnoće učiniti težim ili čak nemogućim u praksi.

4. Stajalište je Skupštine da prekid trudnoće ne bi trebao biti zabranjen unutar razumnog razdoblja trudnoće. Zabrana prekida trudnoće ne rezultira manjim brojem prekida trudnoće, nego uglavnom dovodi do nezakonitih prekida trudnoće koji su traumatičniji i povećavaju smrtnost majke i/ili dovode do pobačajnog 'turizma' koji je skup i odgađa vrijeme prekida trudnoće te dovodi do društvene nejednakosti. Zakonitost prekida trudnoće nema učinke na potrebu žena za prekidom trudnoće, već jedino na pristup sigurnom prekidu trudnoće.

5. Istovremeno, postoje podaci koji potvrđuju da strategije i politike o seksualnom i reproduktivnom zdravlju i pravima, uključujući i obvezno dobno prikladno, rodno osjetljivo seksualno i partnersko obrazovanje za mlade osobe, rezultiraju sa smanjenjem pribjegavanja prekidu trudnoće. Takva vrsta obrazovanja treba uključiti učenje o samopoštovanju, zdravim vezama, slobodi odgađanja seksualnih aktivnosti, izbjegavanju pritiska vršnjaka, savjete o kontracepciji, uključujući i razmatranje posljedica i odgovornosti.

6. Skupština potvrđuje pravo svih ljudi, posebice žena, na poštovanje njihovog tjelesnog integriteta i slobode odlučivanja o vlastitom tijelu. U tom smislu, konačna odluka o prekidu trudnoće treba biti stvar žene na koju se to odnosi i njoj treba omogućiti sredstva za ostvarivanje tog prava na učinkovit način.

7. Skupština poziva države članice Vijeća Europe da:

7.1. dekriminaliziraju prekid trudnoće unutar razumnog razdoblja trudnoće, ukoliko to već nisu učinile;

7.2. jamče ženama učinkovito ostvarivanje njihovog prava na siguran i zakonit prekid trudnoće;

7.3. dopuste ženama pravo izbora i omogućće uvjete za slobodan i informiran izbor bez posebnog promicanja prekida trudnoće;

7.4. ukinu ograničenja koja otežavaju, de iure i de facto, pristup sigurnom prekidu trudnoće, posebice da poduzmu potrebne korake za stvaranje odgovarajućih uvjeta za zdravstvenu, medicinsku i psihološku skrb te ponude odgovarajuću financijsku pomoć;

7.5. usvoje odgovarajuće strategije i politike u pogledu seksualnog i reproduktivnog zdravlja, utemeljene na pouzdanim podacima, osiguravajući kontinuirana poboljšanja i širenje neosuđujućih informacija i razvoj spolnog i partnerskog obrazovanja, kao i uslugu kontracepcije, kroz povećana ulaganja iz državnog proračuna za unaprjeđenje zdravstvenog sustava i dostupnost informacija o reproduktivnim zdravstvenim mjerama;

7.6. osiguraju ženama i muškarcima pristup kontracepciji i savjete o njoj po razumnim cijenama, odgovarajuće njihovoj prirodi i koje sami izaberu;

7.7. uvedu obvezan dobno prikladan i rodno osjetljiv seksualni odgoj za mlade osobe (između ostalog, u školama), kako bi se izbjegle neželjene trudnoće (i s time prekidi trudnoće);

7.8. promoviraju pro-obiteljski stav u javnim informativnim kampanjama te da osiguraju savjetovanje i praktičnu podršku za pomoć ženama kada je razlog traženja prekida trudnoće obiteljski ili financijski pritisak.«

VII. PRAKSA EUROPSKIH SUDOVA

Na temelju međunarodnih dokumenata navedenih u točkama od 7. do 11. obrazloženja ovog rješenja i postupaka provedenih pozivanjem na načela sadržana u tim dokumentima stvorena je relativno bogata sudska praksa.

A. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA (ESLJP-a)

15. ESLJP je pitanje statusa embrija i/ili fetusa, odnosno nerođenog djeteta u najširem smislu razmatrao u okviru pojma »život« iz članka 2. stavka 1. Konvencije, ali i u okviru pojma »privatni i obiteljski život« iz članka 8. Konvencije, te pojma »sloboda izražavanja« iz članka

10. Konvencije. Prvu presudu o povredi prava na život iz članka 2. Konvencije ESLJP donio je 1995. godine u predmetu McCann i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva (presuda, veliko vijeće, 27. rujna 1995., zahtjev br. 18984/91). Praksa ESLJP-a o tom pitanju značajnije se razvila tek u posljednjih petnaest godina, a do sada najopsežnije ispitivanje prava na život nerođenog djeteta ESLJP je proveo u predmetu Vo protiv Francuske (odluka, veliko vijeće, 8. srpnja 2004., zahtjev br. 53924/00) u kojem je rekapitulirao svoju dosadašnju praksu.^{10[10]}(Ustavni sud napominje da ne postoje službeni prijevodi na hrvatski jezik odluka i presuda ESLJP-a prikazanih u ovom rješenju, pa su citati njihovih relevantnih dijelova prijevod Ustavnog suda.)

1) Vo protiv Francuske

15.1. U odluci Vo protiv Francuske ESLJP je objedinio svoju dosadašnju sudsku praksu u odnosu na pravo na život i prekid trudnoće.

U toj je odluci navedeno:

»1. Postojeća sudska praksa

75. Za razliku od članka 4. Američke konvencije o ljudskim pravima koji propisuje da se pravo na život mora štiti 'u cjelini, od trenutka začeća', članak 2. Konvencije šuti u pogledu vremenskih ograničenja prava na život, a osobito ne daje definiciju pojma 'svatko' ('everyone'/'toute personne') čiji je 'život' pod zaštitom Konvencije. Sud tek treba utvrditi pitanje 'početka' 'svačijeg prava na život' u smislu te odredbe i ima li nerođeno dijete (unborn child) to pravo.

Do danas ono je postavljeno samo u odnosu na zakone o prekidu trudnoće. Prekid trudnoće ne predstavlja jedan od izuzetaka izriekom navedenih u stavku 2. članka 2., no Komisija je izrazila mišljenje da je u skladu s prvom rečenicom članka 2. stavka 1., a u interesu zaštite života majke i njezina zdravlja jer 'ako se pretpostavi da se ta odredba primjenjuje na početni stadij trudnoće, prekid trudnoće je obuhvaćen implicitnim ograničenjem 'prava na život' fetusa, štiteći život i zdravlje žene u tom stadiju' (vidi X protiv Ujedinjenog Kraljevstva, naprijed navedena odluka Komisije, str. 253.).

76. Nakon što je prvotno odbila apstraktno ispitati sukladnost zakona o prekidu trudnoće sa člankom 2. Konvencije (vidi X protiv Norveške, zahtjev br. 867/60, odluka Komisije od 29. svibnja 1961., Collection of Decisions, vol. 6, str. 34., i X protiv Austrije, zahtjev br. 7045/75, odluka Komisije od 10. prosinca 1976., DR 7, str. 87.), Komisija je u predmetu Brüggemann i Scheuten (naprijed naveden) utvrdila da žene koje se na temelju članka 8. Konvencije žale na odluku Ustavnog suda kojom je ograničena dostupnost prekida trudnoće imaju status žrtve. Tom je prilikom Komisija utvrdila: 'za trudnoću se ne može reći da potpada isključivo u sferu privatnog života. Kad je žena trudna, njezin privatni život postaje usko vezan uz razvoj fetusa' (ibid. str. 116., § 59.). Međutim, Komisija nije smatrala 'nužnim da u tom kontekstu odluči može li se nerođeno dijete (unborn child) smatrati 'životom' (life) u smislu članka 2. Konvencije, niti može li se ono smatrati subjektom (entity) koji bi, na temelju članka 8. stavka 2. Konvencije, opravdao miješanje 'radi zaštite drugih'.' (ibid. str. 116., § 60.). Utvrdila je da nije došlo do povrede članka 8. jer 'svaki propis o prekidu neželjene trudnoće ne predstavlja miješanje u pravo

na poštovanje privatnog života majke' (ibid. str. 116.-17., § 61.), i istaknula da: 'Nema dokaza da su države ugovornice imale namjeru da se vežu u korist bilo kojeg konkretnog rješenja' (ibid. str. 117.-18., § 64.) 77. U predmetu X protiv Ujedinjenog Kraljevstva (naprijed naveden), Komisija je odlučivala o zahtjevu muškarca koji je prigovarao jer je njegovoj ženi bio dopušten prekid trudnoće zbog zdravstvenih razloga. Iako je prihvatila da se potencijalni otac može smatrati 'žrtvom' povrede prava na život, smatrala je da se pojam 'svatko' iz nekoliko članaka Konvencije ne može primjenjivati prenatalno, ali je primijetila i da 'se takva primjena u rijetkom slučaju - primjerice na temelju članka 6. stavka 1. - ne može isključiti' (str. 249., § 7.; vidi Reeve protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 24844/94, odluka Komisije od 30. studenoga 1994., DR 79-A, str. 146.). Komisija je dodala da općenita uporaba termina 'svatko' ('everyone'/'toute personne'), kao i kontekst u kojem je on korišten u članku 2. Konvencije, ne uključuje nerođenog ('unborn'). U odnosu na termin 'život' te pogotovo na početak života, Komisija je primijetila da postoji 'razilaženje u razmišljanjima o tome kada život počinje' i dodala: 'Dok neki smatraju da on započinje već začecem, neki se fokusiraju na trenutak nidacije, neki na trenutak kada fetus postaje 'sposoban za život' ili pak na trenutak rođenja' (X protiv Ujedinjenog Kraljevstva, str. 250., § 12.).

Komisija je nastavila dalje ispitivati može li se članak 2. 'tumačiti tako da: ne pokriva fetus uopće; priznaje 'pravo na život' fetusa uz određena implicirana ograničenja; ili da fetusu daje apsolutno 'pravo na život' (ibid. str. 251., § 17.)'. Iako nije izrazila mišljenje o prve dvije opcije, treću je opciju kategorički odbacila vodeći računa o potrebi da se zaštiti život majke koji se ne može odvojiti od života nerođenog djeteta (unborn child): "'Život' fetusa blisko je povezan sa životom trudnice i ne može se promatrati odvojeno od njega. Kad bi se uzelo da članak 2. pokriva fetus i (kad bi) njegova zaštita na temelju tog članka, bez nekog izričitog ograničenja, bila smatrana apsolutnom, moralo bi se smatrati da je prekid trudnoće zabranjen čak i ako nastavak trudnoće ozbiljno ugrožava život trudnice. To bi značilo da bi 'nerođeni život' (unborn life) fetusa bio shvaćen životom veće vrijednosti od života trudne žene.' (ibid., str. 252., § 19.). Komisija je prihvatila to rješenje primijetivši da su 1950. gotovo sve države ugovornice 'dopuštale prekid trudnoće ako je to bilo potrebno da bi se spasio život majke' i da u međuvremenu nacionalno zakonodavstvo o prekidu trudnoće 'upućuje na tendenciju daljnje liberalizacije' (ibid. sr. 252., § 20.).

(...)

78. U predmetu H. protiv Norveške (naprijed naveden), vezanom uz prekid trudnoće bez zdravstvenih razloga protivno željama oca djeteta, Komisija je dodala da članak 2. državi nalaže ne samo da se suzdrži od namjernog oduzimanja života osobe nego i da poduzme odgovarajuće korake za zaštitu života (str. 167.). Komisija je utvrdila da nije morala odlučiti o tome 'može li fetus uživati određenu zaštitu na temelju prve rečenice članka 2. 'ali nije isključila mogućnost da 'u određenim okolnostima to može biti slučaj bez obzira na to što u državama ugovornicama postoji znatno razilaženje stajališta o tome štiti li članak 2. nerođeni život (unborn life), i u kojoj mjeri.' (ibid.). Također je primijetila da u tako osjetljivom području države ugovornice moraju imati određenu diskreciju te utvrdila da odluka majke, donijeta u skladu s norveškim zakonodavstvom, nije prekoračila tu diskreciju (str. 168.).

79. Sud je rijetko imao priliku razmotriti primjenu članka 2. na fetus. U predmetu *Open Door i Dublin Well Woman* (naprijed naveden), irska Vlada pozvala se na zaštitu života nerođenog djeteta (unborn child) da bi opravdala svoje zakonodavstvo koje je branilo širenje informacija o ustanovama za obavljanje prekida trudnoće u drugim državama. Jedino pitanje na koje je Sud dao odgovor bilo je jesu li ograničenja slobode na primanje i širenje tih informacija bila nužna u demokratskom društvu u smislu stavka 2. članka 10. Konvencije za ostvarenje 'legitimnog cilja zaštite morala, kojega je zaštita prava na život nerođenog (unborn) u Irskoj jedan aspekt.' (str. 27.-28., § 63.), budući da nije smatrao relevantnim utvrditi 'je li pravo na prekid trudnoće zajamčeno Konvencijom odnosno je li fetus obuhvaćen pravom na život u smislu članka 2. Konvencije.' (str. 28., § 66.). Sud je nedavno, u okolnostima sličnim onima u predmetu *H. protiv Norveške* (naprijed naveden), u kojem je žena odlučila prekinuti trudnoću protivno željama oca djeteta, zauzeo stajalište da nije potrebno utvrditi 'ima li fetus pravo na zaštitu iz prve rečenice članka 2. kako se ono tumači [u sudskoj praksi o pozitivnoj obvezi države da zaštiti život]', te nastavio: 'Čak i pod pretpostavkom da bi se, u određenim okolnostima, moglo smatrati da fetus ima prava zaštićena člankom 2. Konvencije, ... u konkretnom slučaju ... trudnoća je bila prekinuta u skladu s člankom 5. Zakona br. 194 iz 1978.' - zakonom koji je uspostavio pravičnu ravnotežu između interesa žene i potrebe da se osigura zaštita fetusa (vidi *Boso*, naprijed naveden).

80. Iz ovog pregleda sudske prakse proizlazi da u okolnostima koje su do sada ispitala konvencijska tijela - odnosno, u različitim zakonima o prekidu trudnoće - nerođeno dijete (unborn child) ne smatra se 'osobom' izravno zaštićenom člankom 2. Konvencije te da ako nerođeno (unborn) i ima 'pravo' na 'život', ono je implicitno ograničeno pravima i interesima majke. Konvencijska tijela nisu međutim isključila mogućnost da se u određenim okolnostima zaštita može proširiti i na nerođeno dijete (unborn child). Čini se da je o tome promišljala Komisija smatrajući da se 'članak 8. stavak 1. ne može tumačiti na način da znači da su trudnoća i njezin prekid u načelu isključivo u domeni privatnog života majke' (vidi predmet *Brüggemann i Scheuten*, naprijed naveden, str. 116.-17., § 61.), slično kao i Sud u naprijed navedenom predmetu *Boso*. Iz tih slučajeva jasno proizlazi da se o tom pitanju uvijek odlučivalo vaganjem različitih, ponekad sukobljenih, prava i sloboda žene, majke i oca u međusobnom odnosu ili pak u odnosu na nerođeno dijete (unborn child).

2. Pristup u konkretnom slučaju

81. Posebna priroda konkretnog slučaja postavila je nov problem. Sud je suočen sa ženom koja je namjeravala do kraja iznijeti trudnoću i čije je nerođeno dijete (unborn child) trebalo biti vitalno, ili barem dobrog zdravlja. Njezina trudnoća morala je biti prekinuta zbog liječničke pogreške pa je bila podvrgnuta terapijskom prekidu trudnoće (therapeutic abortion) zbog nemarnog postupka treće strane. Postavilo se pitanje treba li se, osim u slučajevima kada je majka zatražila prekid trudnoće, oštećenje fetusa tretirati kao kazneno djelo u svjetlu članka 2. Konvencije, s ciljem zaštite fetusa u skladu s tim člankom. Odgovor na to pitanje traži da se prethodno ispita je li prikladno da se Sud uključi u debatu o tome tko je osoba i kada započinje život, u mjeri u kojoj članak 2. propisuje da zakon mora štititi 'pravo svake osobe na život'.

82. Kao što proizlazi iz navedenog prikaza sudske prakse, tumačenje članka 2. s tim u vezi bilo je potkrijepljeno jasnom željom da se uspostavi ravnoteža, a konvencijska su tijela svoja

stajališta u odnosu na pravnu, medicinsku, filozofsku, etičku ili vjersku dimenziju definiranja ljudskog bića formirala uzimajući u obzir različite pristupe tom pitanju na nacionalnoj razini. Ta su stajališta odražavala različitost stajališta o tome u kojem trenutku život započinje, pravnih kultura i nacionalnih standarda zaštite, a i državi je u tom pogledu ostavljena poprilična diskrecija, kao što je u mišljenju Europske grupe o etici u znanosti i novim tehnologijama pri Europskoj komisiji (European Group on Ethics in Science and New Technologies at the European Commission) prigodno rečeno: ‘... u raspravi o tim etičkim pitanjima tijela Zajednice moraju uzeti u obzir moralne i filozofske različitosti, koje se održavaju u krajnjoj raznolikosti pravnih pravila koja se primjenjuju u istraživanju ljudskog embrija ... Nije samo pravno teško težiti usklađivanju nacionalnih zakona na razini Zajednice, već bi zbog nedostatka konsenzusa bilo neprimjereno nametnuti jedan isključivi moralni kod’ (vidi § 40. naprijed u tekstu).

Proizlazi da pitanje o početku postojanja prava na život potpada u područje slobodne prosudbe za koju Sud općenito smatra da ga države trebaju uživati u ovom području, bez obzira na evolutivnu interpretaciju Konvencije (kao) ‘živog instrumenta koji se mora tumačiti u svjetlu današnjih uvjeta’ (vidi Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 25. travnja 1978., Series A br. 26, str. 15.-16., § 31., i kasnija sudska praksa). Razlozi za takav zaključak leže prije svega u tome što pitanje takve zaštite nije riješeno u većini samih država ugovornica, a posebno u Francuskoj, gdje se o tome raspravlja (vidi § 83. niže u tekstu), i, drugo, jer ne postoji europski konsenzus o znanstvenoj i pravnoj definiciji početka života.

(...)

84. Sud primjećuje da na europskoj razini nema konsenzusa o prirodi i statusu embrija i/ili fetusa (vidi § 39. - 40. naprijed u tekstu), iako oni počinju dobivati određenu zaštitu u svjetlu znanstvenog napretka i potencijalnih rezultata istraživanja u području genetičkog inženjerstva, medicinski potpomognute oplodnje te eksperimentiranja s embrijem. U najboljem se slučaju zajedničkom osnovom među državama može smatrati da embrij/fetus pripada ljudskoj rasi (human race). Potencijal tog bića i njegova sposobnost da postane osoba (person) - koja uživa građanska prava, štoviše, u mnogim državama, kao u Francuskoj, u kontekstu nasljeđivanja i darovanja, a također i u Ujedinjenom Kraljevstvu (vidi § 72. naprijed u tekstu) - zahtijeva zaštitu ljudskog dostojanstva (human dignity), a da se od tog bića ne stvori ‘osoba’ (without making it a ‘person’) s ‘pravom na život’ u smislu članka 2. Doista, Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini iz Ovieda jako pazi da ne dade definiciju pojma ‘svatko’, a obrazloženje za njezino donošenje upućuje na to da su, u nedostatku jednoglasnog sporazuma o definiciji, države članice odlučile dopustiti domaćem pravu da propiše razjašnjenja u svrhe primjene Konvencije (vidi stavak 36. naprijed u tekstu). Isto se odnosi i na Dodatni protokol o zabrani kloniranja ljudskih bića (Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings) i Dodatni protokol o biomedicinskom istraživanju (Additional Protocol on Biomedical Research) koji ne definiraju pojam ‘ljudskog bića’ (vidi § 37. - 38. naprijed u tekstu). Valja primijetiti da prema članku 29. Konvencije iz Ovieda Sud može biti pozvan da daje savjetodavno mišljenje o tumačenju tog instrumenta.

85. Uzimajući u obzir navedeno, Sud se osvjedočio da nije ni poželjno, a kako stvari stoje, čak ni moguće, apstraktno odgovoriti na pitanje je li nerođeno dijete (unborn child) osoba u smislu članka 2. Konvencije (‘personne’ u francuskom tekstu). Kad je riječ o konkretnom slučaju, Sud

ne smatra potrebnim ispitati potpada li nagli prekid trudnoće podnositeljice pod doseg članka 2., budući da je, čak i pod pretpostavkom da se ta odredba može primijeniti, odgovorna država postupila sukladno zahtjevima o očuvanju života u sferi javnog zdravstva. U odnosu na to pitanje Sud je razmotrio je li pravna zaštita koju je podnositeljica imala u Francuskoj u odnosu na gubitak svog nerođenog djeteta (unborn child) zadovoljila postupovne zahtjeve iz članka 2. Konvencije.

86. Sud s tim u vezi primjećuje da nepostojanje jasnog pravnog statusa ne mora nerođeno dijete (unborn child) lišiti svih zaštita na temelju francuskog prava. Međutim, u okolnostima ovog predmeta, život fetusa bio je tijesno vezan uz život majke i mogao se zaštititi preko nje, osobito stoga što nije bilo sukoba između majke i oca nerođenog djeteta ((unborn child) ili između nerođenog djeteta i roditelja, budući da je gubitak fetusa uzrokovao nenamjerni nehaj treće strane.

87. U naprijed navedenom predmetu Boso, Sud je utvrdio da čak i pod pretpostavkom da bi se moglo smatrati da fetus ima prava zaštićena člankom 2. Konvencije (vidi § 79. naprijed u tekstu), talijanski zakon o dobrovoljnom prekidu trudnoće uspostavio je pravednu ravnotežu između interesa žene i potrebe da se zaštiti nerođeno dijete (unborn child). U konkretnom slučaju riječ je bila o ubojstvu iz nehaja nerođenog djeteta (unborn child) protivno željama majke, kojim joj je uzrokovana velika patnja. Interesi majke i djeteta jasno su se podudarali. Sud stoga mora, sa stajališta učinkovitosti postojećih pravnih lijekova, ispitati zaštitu koju je podnositeljica imala na raspolaganju za utvrđivanje odgovornosti liječnika za gubitak njezina djeteta u uterusu kao i za ostvarivanje naknade za prekid trudnoće koji je morala učiniti. Podnositeljica zahtjeva tvrdila je da samo kaznena sankcija može zadovoljiti zahtjeve iz članka 2. Konvencije. Sud ne dijeli to mišljenje iz sljedećih razloga.

88. Sud ponavlja da prva rečenica članka 2., kao jedna od najvažnijih temeljnih odredbi Konvencije i jamac jedne od temeljnih vrijednosti demokratskih društava koja čine Vijeće Europe (vidi McCann i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 27. rujna 1995, Series A, br. 324, str. 45.-46., § 147.), zahtjeva ne samo da se države suzdrže od 'namjernog' lišenja života već i da poduzimaju odgovarajuće korake za zaštitu života osoba pod svojom jurisdikcijom (vidi primjerice L. C. B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 9. lipnja 1998., Reports of Judgments and Decisions 1998-III, str. 1403., § 36.).

89. Ta se načela također primjenjuju i u sferi javnog zdravstva. Pozitivne obveze državama nameću obvezu donošenja propisa koji će i javne i privatne bolnice prisiliti na usvajanje odgovarajućih mjera za zaštitu života pacijenata. One također traže uspostavu djelotvornog neovisnog pravosudnog sustava koji će omogućiti da se utvrde kako uzroci smrti pacijenata pod liječničkom skrbi, bilo u javnom ili privatnom sektoru, tako i odgovornost odgovornih osoba (vidi Powell protiv Ujedinjenog Kraljevstva, odluka, zahtjev br. 45305/99, ECHR 2000-V, i Calvelli i Ciglio, naprijed naveden, § 49.).

90. Iako se pravo na kazneni progon i kažnjavanje trećih osoba za kazneno djelo ne može utvrditi samostalno (vidi Perez protiv Francuske, (VV), zahtjev br. 47287/99, § 70., ECHR 2004-I), Sud je puno puta utvrdio da djelotvoran pravosudni sustav, kakav se traži na temelju članka 2., može, a u određenim okolnostima mora, uključivati i primjenu kaznenog prava. Međutim, ako povreda

prava na život ili tjelesni integritet nije uzrokovana namjerno, pozitivna obveza iz članka 2. o uspostavi djelotvornog pravosudnog sustava ne mora nužno značiti osiguranje kaznenog pravnog sredstva u svakom slučaju. U specifičnom području medicinskog nehaja, 'obveza se, primjerice, također može ispuniti ako pravni sustav oštećenom nudi pravno sredstvo u građanskom postupku, bilo samostalno ili u kombinaciji s pravnim sredstvom u kaznenom postupku, s pomoću kojeg će se utvrditi moguća zakonska odgovornost liječnika i omogućiti odgovarajuće građanskopravno obeštećenje, poput zahtjeva za naknadu štete ili objavu presude. Mogu se predvidjeti i disciplinske mjere' (vidi naprijed navedenu presudu Calvelli i Ciglio, § 51.; Lazzarini i Ghiacci protiv Italije, odluka od 7. studenoga 2002., zahtjev br. 53749/00; i Mastromatteo protiv Italije, (VV), zahtjev br. 37703/97, § 90., ECHR 2002-VIII).

91. U konkretnom slučaju, uz kazneni postupak koji je podnositeljica zahtjeva pokrenula protiv liječnika zbog nenamjernog nanošenja ozljede - koji je doduše obustavljen jer je kazneno djelo amnestirano, na koju se činjenicu podnositeljica nije žalila - ona je mogla podnijeti tužbu za naknadu štete zbog navodnog nemara liječnika (vidi Kress protiv Francuske, (VV), zahtjev br. 39594/98, §§ 14. et seq., ECHR 2001-VI). Da je to učinila, imala bi pravo na kontradiktorni postupak o svojim navodima o nemaru (vidi Powell, naprijed naveden) i obeštećenje za bilo kakvu pretrpljenu štetu. Zahtjev za naknadu štete pred upravnim sudovima imao bi dobre izgleda za uspjeh, i podnositeljica je mogla od bolnice dobiti naknadu štete. To je razvidno iz nalaza vještaka (vidi § 16. naprijed u tekstu) iz 1992. - prije no što je nastupila zastara - o slabo organizaciji predmetnog bolničkog odjela i ozbiljnog nemara sa strane liječnika, koji ipak, prema mišljenju žalbenog suda (vidi § 21. naprijed u tekstu) nije odražavao potpuno nepoštovanje najvažnijih načela i dužnosti njegove profesije da bi dovela do njegove osobne odgovornosti.

(...)

94. Zaključno, Sud smatra da se u okolnostima ovog slučaja zahtjev za naknadu štete pred upravnim sudovima može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom na raspolaganju podnositeljici zahtjeva. Takav bi zahtjev, da ga je iskoristila, omogućio podnositeljici da dokaže postojanje liječničkog nemara i dobije naknadu štete. Stoga u ovom predmetu nije bilo potrebno pokretati kazneni postupak.

95. U skladu s navedenim, Sud nalazi da nije došlo do povrede članka 2 Konvencije, čak i pod pretpostavkom da se taj članak mogao primijeniti u ovom slučaju (vidi § 85. naprijed u tekstu).«

ESLJP je nakon odluke Vo protiv Francuske donio još dvije značajne presude. Mjerodavni dijelovi tih presuda navode se u nastavku obrazloženja ovog rješenja.

2) P. i S. protiv Poljske

15.2. U presudi P. i S. protiv Poljske (presuda, 30. listopada 2012., zahtjev br. 57375/08) ESLJP je naveo:

»Iako Sud smatra da se članak 8. ne može tumačiti tako da jamči pravo na prekid trudnoće, utvrdio je da zabrana prekida trudnoće koji je zatražen zbog zdravstvenih razloga i/ili dobiti potpada pod domašaj prava na poštovanje privatnog života, a time i članka 8. (vidi A., B. i C.

protiv Irske, presuda (VV) od 16. prosinca 2010., zahtjev br. 25579/05, § 245., § 214.). Konkretno, Sud u tom kontekstu smatra da obveze države obuhvaćaju ne samo stvaranje regulatornog okvira za sudske i ovršne postupke za zaštitu prava pojedinaca, već i provedbu, po potrebi, specifičnih mjera (Tysiã protiv Poljske, naprijed naveden, § 110.; A., B. i C. protiv Irske, presuda (VV), naprijed navedena, § 245.; i R.R. protiv Poljske, naprijed naveden, § 184.).

97. Sud je već utvrdio da doista postoji konsenzus u većini država ugovornica Vijeća Europe prema dopuštanju prekida trudnoće, kao i da je većina država ugovornica u svojim zakonodavstvima riješila suprotstavljena prava fetusa i majke u korist jednostavnijeg pristupa prekidu trudnoće (vidi A., B. i C. protiv Irske, (VV) naprijed naveden, §§ 235. i 237.). U nedostatku takvog zajedničkog pristupa u pogledu početka života, analiza nacionalnih pravnih rješenja koja su primijenjena u pojedinačnim slučajevima od posebnog je značenja za utvrđivanje postojanja pravične ravnoteže između pojedinačnih prava i javnog interesa (vidi također za takav pristup A, B i C protiv Irske, (VV) naprijed naveden, §§ 229. - 241.).

98. Budući da priroda prava na odlučivanje o prekidu trudnoće nije apsolutna, Sud smatra da je okolnosti ovog slučaja primjerenije ispitati sa stajališta pozitivnih obveza odgovorne države iz članka 8. Konvencije (vidi, mutatis mutandis, Tysiã protiv Poljske, naprijed naveden, § 108.).

99. Sud naposljetku ponavlja da se u ocjeni ovog slučaja mora voditi računa da je namjera Konvencije jamčiti ne teorijska ili prividna (illusory) prava, već prava koja su provediva u praksi (practical) i djelotvorna (vidi Airey protiv Irske, presuda od 9. listopada 1979., § 24. Series A, br. 32). Sud je u kontekstu sličnih predmeta protiv Poljske već utvrdio da kad država, postupajući u granicama svoje prosudbe, usvoji propise koji dopuštaju prekid trudnoće u nekim situacijama, tada ne smije svoj pravni okvir strukturirati na način koji će ograničiti stvarne mogućnosti da se taj prekid trudnoće i dobije. Konkretno, država ima pozitivnu obvezu stvoriti postupovni okvir s pomoću kojeg će trudnica djelotvorno moći ostvariti svoje pravo na pristup zakonitom prekidu trudnoće (Tysiã protiv Poljske, naprijed naveden, § 116. - 124.; R. R. protiv Poljske, naprijed naveden, § 200.). Pravni okvir stvoren radi određivanja uvjeta za zakoniti prekid trudnoće mora biti 'oblikovan na koherentni način koji će omogućiti da se različiti legitimni interesi uzmu u obzir na odgovarajući način i u skladu s obvezama koje proizlaze iz Konvencije' (A., B. i C. protiv Irske, (VV) naprijed naveden, § 249.). Iako članak 8. ne sadrži izričite postupovne zahtjeve, za djelotvorno uživanje prava zajamčenih tom odredbom izuzetno je važno da je mjerodavni postupak odlučivanja pravičan i da omogućava poštovanje interesa koje jamči. Ono što treba utvrditi, s obzirom na posebne okolnosti slučaja, a osobito na prirodu odluka koje je trebalo donijeti, jest je li pojedinac bio uključen u postupak odlučivanja, gledajući ga u cjelini, do mjere koja je bila dostatna da njemu ili njoj pruži potrebnu zaštitu njegovih/njezinih interesa (vidi, mutatis mutandis, W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 8. srpnja 1987., §§ 62. i 64., Series A br. 121). Sud je već utvrdio da u kontekstu pristupa prekidu trudnoće mjerodavan postupak mora trudnici jamčiti barem mogućnost da bude osobno saslušana i da se njezina stajališta uzmu u obzir. Nadležno tijelo ili osoba također mora pisano obrazložiti svoju odluku (vidi Tysiã protiv Poljske, naprijed naveden, § 117.).

(b) Primjena načela na okolnosti konkretnog slučaja

100. Sud prije svega primjećuje da Zakon iz 1993. predviđa mogućnost zakonitog prekida trudnoće u nekim usko definiranim situacijama. U presudama navedenim naprijed u tekstu Sud je već naglasio važnost postupovnih jamstava u kontekstu primjene Zakona iz 1993. kad je riječ o utvrđivanju ispunjenosti uvjeta za zakoniti prekid trudnoće propisanih tim zakonom. Utvrdio je da poljski zakon nije sadržavao nikakve djelotvorne postupovne mehanizme s pomoću kojih bi se moglo utvrditi jesu li u pojedinačnom slučaju ispunjeni ti uvjeti, bilo da je riječ o sporu između trudnice i liječnika o tome jesu li ispunjeni uvjeti za zakoniti prekid trudnoće zbog opasnosti za ženino zdravlje (vidi Tysiąc protiv Poljske, naprijed naveden, §§ 119. - 124.), ili o mogućoj deformaciji fetusa koja je potvrđena inicijalnim dijagnozama (vidi R. R. protiv Poljske, naprijed naveden, § 200. i 207.).

Konkretan slučaj razlikuje se od ta dva slučaja utoliko što se tiče neželjene trudnoće koja je bila posljedica silovanja. Prema članku 4 (a) 1 (5) Zakona iz 1993., prekid trudnoće se može zakonito obaviti ako postoje jaki razlozi za vjerovanje da je trudnoća bila posljedica kaznenog djela, koje je potvrdio državni odvjetnik.

101. Sud sada mora ispitati na koji je način taj pravni okvir primijenjen na slučaj podnositeljice zahtjeva.

(...)

108. Sud u cjelini smatra da osoblje (staff) uključeno u slučaj podnositelja nije smatralo da je dužno obaviti prekid trudnoće koji su podnositelji izričito tražili na temelju potvrde (certificate) koju je izdao državni odvjetnik. Događaji oko utvrđenja pristupa prve podnositeljice zakonitom prekidu trudnoće bili su obilježeni odugovlačenjem i zbrkom. Podnositeljima su pružene pogrešne i kontradiktorne informacije. Oni nisu primili odgovarajuće i objektivno zdravstveno savjetovanje koje bi vodilo računa o njihovim vlastitim pogledima i željama. Nisu na raspolaganju imali postupak u kojem bi njihova stajališta i želje bila saslušana i pravilno bila uzeta u razmatranje sa zrnim postupovne pravičnosti.

(...)

111. Sud smatra da je djelotvoran pristup pouzdanim informacijama o uvjetima za zakoniti prekid trudnoće, i mjerodavnim procedurama koje treba slijediti, izravno relevantan za ostvarivanje osobne autonomije. Sud ponavlja da se pojam privatni život u smislu članka 8. primjenjuje i na odluke da se bude i ne bude roditelj (Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva (VV), zahtjev br. 6339/05, § 71., ECHR 2007-I; R. R. protiv Poljske, naprijed naveden, § 180.). Priroda pitanja uključenih u odluku žene da prekine ili zadrži trudnoću je takva da je vremenski faktor od iznimne važnosti. Postojeće procedure trebale bi stoga osigurati da se takve odluke mogu donijeti na vrijeme. Neizvjesnost koja se javila u ovom slučaju, unatoč okolnostima u kojima je na temelju članka 4 (a) 1.5. Zakona o planiranju obitelji iz 1993. postojalo pravo na zakoniti prekid trudnoće, rezultirala je velikom neravnotežom između teorijskog prava na takav prekid trudnoće iz razloga propisanih tom odredbom i realnosti njegove praktične primjene (Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, (VV), naprijed navedena, §§ 77.-78.; S. H. i ostali protiv Austrije, naprijed navedena, § 74., mutatis mutandis; i A., B. i C. protiv Irske (VV), naprijed navedena).

112. S obzirom na okolnosti slučaja Sud zaključuje da su nadležna tijela propustila ispuniti pozitivnu obvezu da podnositeljima osiguraju djelotvorno poštovanje njihova privatnog života. Stoga je došlo do povrede članka 8. Konvencije.«

3) A., B. i C. protiv Irske

15.3. U presudi A., B. i C. protiv Irske (presuda, 16. prosinca 2010., zahtjev br. 25579/05) ESLJP je naveo:

»214. Iako se članak 8. ne može tumačiti kao da daje pravo na prekid trudnoće, Sud nalazi da zabrana prekida trudnoće u Irskoj kada se on traži iz zdravstvenih razloga (reasons of health) i/ili razloga dobrobiti (well-being reasons) zbog kojih prigovaraju prva i druga podnositeljica, i navodna nemogućnost treće podnositeljice da se kvalificira za zakonit prekid trudnoće u Irskoj, potpada u okvir prava na poštovanje njihovog privatnog života iz članka 8.

(...)

2 Prva i druga podnositeljica zahtjeva

(a) Pozitivne ili negativne obveze prema članku 8. Konvencije?

216. (...) Uzimajući u obzir širinu pojma privatnog života u smislu članka 8. koji obuhvaća pravo na osobnu autonomiju te tjelesni i psihički integritet (...), Sud nalazi da zabrana prekida trudnoće prve i druge podnositeljice zahtjeva zbog zdravlja i/ili dobrobiti predstavlja miješanje u pravo na poštovanje njihovog privatnog života. Temeljno pitanje na koje treba odgovoriti jest predstavlja li ta zabrana neopravdano miješanje u njihova prava iz članka 8. Konvencije.

217. Kao što je navedeno u § 145., osporeno miješanje proizlazi iz članaka 58. i 59. Zakona iz 1861., sukladno članku 40.3.3. Ustava« (Republike Irske, op. Ustavnog suda)« kako ga je protumačio Vrhovni sud u slučaju X.

218. Da bi utvrdio je li to miješanje dovelo do povrede članka 8., Sud mora ispitati je li ono bilo dopušteno sukladno drugom stavku tog članka odnosno je li miješanje bilo 'u suglasnosti sa zakonom' i 'nužno u demokratskom društvu' radi jednog od 'legitimnih ciljeva' navedenih u članku 8. Konvencije.

(...)

220. Sud primjećuje da je osporeno miješanje moralo imati temelj u domaćem pravu, zakoni kojeg moraju biti dostatno dostupni i formulirani s dostatnom preciznošću kako bi građani mogli uskladiti svoje ponašanje, da mogu - uz, po potrebi, prikladan savjet - predvidjeti, do stupnja koji je u zadanim okolnostima razuman, posljedice do kojih određeno ponašanje može dovesti (vidi na primjer, Silver i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda, 25. ožujka 1983., §§ 86. - 88., Serija A broj 61).

221. ... Uzevši u obzir §§ 147. - 49., Sud također smatra da je jasno bilo predvidljivo za prvu i drugu podnositeljicu da u Irskoj nisu ovlaštene na prekid trudnoće zbog zdravstvenih razloga i/ili razloga dobrobiti.

(c) Je li miješanje imalo legitimni cilj?

222. Sud ističe da je u naprijed navedenom predmetu Open Door utvrdio da je zaštita koju pravu na život nerođenog (the right of life of the unborn) pruža irsko pravo utemeljena na vrlo dubokim moralnim vrijednostima koje se odnose na prirodu života, a koje su se odrazile u stajalištu većine irskog naroda protiv prekida trudnoće na referendumu iz 1983. Za nametnuto ograničenje u tom slučaju utvrđeno je da podržava legitimni cilj zaštite morala, kojega je zaštita prava na život nerođenog (unborn) u Irskoj jedan aspekt. To je potvrđeno u pravorijeku Suda u naprijed navedenom predmetu Vo u kojem je navedeno da nije poželjno, pa čak ni moguće odgovoriti na pitanje je li nerođeno (unborn) bila osoba u smislu članka 2. Konvencije, tako da bi bilo jednako legitimno da država odabere smatrati da je nerođeno (unborn) takva osoba i nastojala zaštititi takav život.

223. Međutim, prva i druga podnositeljica zahtjeva isticale su da se volja irskog naroda promijenila od referenduma iz 1983., tako da legitimni cilj koji je Sud prihvatio u presudi iz predmeta Open Door više nije bio valjan. Sud primjećuje da u pravnim i društvenim porecima država ugovornica nije moguće pronaći jedinstvenu europsku koncepciju morala, uključujući i pitanje od kada počinje život. Zbog njihova 'neposrednog i stalnog kontakta sa životnim snagama svojih zemalja', državne vlasti su u načelu u boljem položaju od međunarodnih sudaca dati mišljenje o 'stvarnom sadržaju zahtjeva morala' u njihovoj zemlji, kao i o potrebi ograničenja koja su zbog njih nametnuta...

224. Ustavni okvir za miješanje, članak 40.3.3., usvojen je velikom većinom na referendumu 1983. Istina je da od tada stanovništvo Irske nije bilo pozvano da se na referendumu izjasni o prijedlogu kojim bi se proširila prava na prekid trudnoće u Irskoj. U stvari, 1992. i 2002. irski narod je na referendumima odbio sužavanje postojećih osnova za zakoniti prekid trudnoće u Irskoj, na jednoj strani, i odobrio, s druge strane, pravo na odlazak u inozemstvo radi prekida trudnoće i primanje obavijesti o toj mogućnosti (vidi §§ 45. - 54.).

(...)

226. ... Stoga, Sud utvrđuje da se osporena ograničenja u ovom predmetu, iako različita od onih u predmetu Open Door, temelje na dubokim moralnim vrijednostima koje se odnose na prirodu života, a koje su se odrazile u stajalištu većine irskog naroda protiv prekida trudnoće na referendumu iz 1983. i za koje nije dokazano da su se od tada značajno izmijenile.

227. Sud zaključuje da nametnuto ograničenje stoga postiže legitimni cilj zaštite morala, kojega je zaštita prava na život nerođenog (unborn) u Irskoj jedan aspekt.

(...)

(d) Je li miješanje bilo 'nužno u demokratskom društvu'?

(...)

230. Sukladno tome ... u konkretnim slučajevima Sud mora ispitati je li zabrana prekida trudnoće u Irskoj iz zdravstvenih razloga i/ili razloga dobrobiti postigla pravičnu ravnotežu između, s jedne strane, prava na poštovanje privatnog života prve i druge podnositeljice zahtjeva na temelju članka 8. i, s druge strane, dubokih moralnih vrijednosti irskog naroda o prirodi života i dosljedno tome o potrebi zaštite života nerođenog (unborn).

231. Sud smatra da je širina područja slobodne prosudbe koja se mora dodijeliti državi ključna za njegov zaključak je li nametnuto ograničenje pogodilo tu pravednu ravnotežu. ...

232. Sud ističe da se u ispitivanju bilo kojeg predmeta na temelju članka 8. kod utvrđivanja širine područja slobodne prosudbe koju država uživa u obzir mora uzeti veći broj čimbenika. Kada je riječ o posebno bitnom aspektu egzistencije ili identiteta pojedinca, širina slobodne prosudbe koju država uživa bit će, u pravilu, uža ... Kada, međutim, između država članica Vijeća Europe ne postoji konsenzus, bilo u odnosu na značaj interesa o kojima je riječ ili u pogledu najboljeg načina njihove zaštite, posebno kada se predmet odnosi na osjetljiva moralna ili etička pitanja, širina područja slobodne prosudbe bit će veća ...

233. Nema sumnje da postoji visoki stupanj osjetljivosti moralnih i etičkih načela koje uzrokuje pitanje prekida trudnoće i značaja javnog interesa koji je u pitanju. Stoga irskoj državi u načelu treba dati široko područje slobodne prosudbe pri utvrđivanju je li uspostavljena pravedna ravnoteža između tog javnog interesa, točnije zaštite prava na život nerođenog (right to life of the unborn) prema irskom pravu i suprotstavljenih prava prve i druge podnositeljice zahtjeva na poštovanje njihovog privatnog života prema članku 8. Konvencije.

234. Ipak, ostaje pitanje je li to široko područje slobodne prosudbe suženo postojanjem relevantnog konsenzusa.

Postojanje konsenzusa dugo je imalo značajnu ulogu u razvoju i evoluciji zaštitne uloge Konvencije počevši s Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva (presuda od 25. travnja 1978., § 31, Serija A br. 26). Konvencija se smatra 'živućim instrumentom' koji se mora tumačiti u svjetlu današnjih okolnosti. Stoga se za konsenzusom posezalo kako bi se opravdalo dinamično tumačenje Konvencije ...

235. U ovom predmetu, a suprotno tvrdnjama Vlade, Sud smatra da između velike većine država članica Vijeća Europe postoji konsenzus prema dopuštanju prekida trudnoće na širim osnovama nego što propisuje irski zakon. Sud posebno primjećuje da su prva i druga podnositeljica mogle ishoditi prekid trudnoće na zahtjev (prema određenim kriterijima koji uključuju stadij trudnoće) u nekih trideset država. Prva podnositeljica mogla je ishoditi prekid trudnoće zbog zdravstvenih razloga ili razloga dobrobiti u približno četrdeset država ugovornica, a druga podnositeljica mogla je ishoditi prekid trudnoće koji se temelji na razlozima dobrobiti u nekih trideset i pet država ugovornica. Samo 3 države imaju restriktivniji pristup prekidu trudnoće od Irske, točnije zabranu prekida trudnoće bez obzira na opasnost za život žene. Posljednjih su godina neke države proširile osnove za ishođenje prekida trudnoće ... Irska je jedina država koja dopušta prekid trudnoće samo ako postoji opasnost za život trudnice (uključujući samouništenje - suicid).

Budući da između znatne većine država članica postoji takav konsenzus, nije potrebno dodatno proučavati međunarodne trendove i shvaćanja na koje se pozivaju prve dvije podnositeljice ...

236. Međutim, Sud ne smatra da taj konsenzus odlučujuće sužava široku slobodu prosudbe države.

237. Od ključne je važnosti utvrđenje iz predmeta Vo da pitanje kada počinje pravo na život spada u područje slobodne prosudbe države jer nije postojao europski konsenzus o znanstvenoj i zakonskoj definiciji početka života te stoga nije bilo moguće odgovoriti na pitanje je li nerođeno (unborn) osoba koja mora uživati zaštitu u svrhu članka 2. Konvencije. Budući da su prava koja se zahtijevaju u ime fetusa i ona majke neraskidivo međusobno povezana ... sloboda prosudbe koja pripada državi u zaštiti nerođenog (unborn) nužno se prevodi u slobodu prosudbe te države koja se sastoji u tome kako ona važe suprotstavljena prava majke. Iz toga slijedi, čak i ako se iz pojedinih nacionalnih pravnih poredaka čini da su mnoge države ugovornice u svojim zakonodavstvima razriješile ta sukobljena prava i interese u korist veće zakonske dostupnosti prekida trudnoće, taj konsenzus ne može biti odlučujući čimbenik u ocjeni Suda je li sporna zabrana prekida trudnoće u Irskoj zbog zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti postigla pravednu ravnotežu između sukobljenih prava i interesa, usprkos evolutivnoj interpretaciji Konvencije ...

238. U stvari to područje slobodne prosudbe nije neograničeno. Osporena zabrana nametnuta prvoj i drugoj podnositeljici mora biti u skladu s obvezama koje za državu proizlaze iz Konvencije, a Sud, na temelju svoje nadležnosti iz članka 19. Konvencije, mora nadgledati predstavlja li to miješanje razmjerno vaganje suprotstavljenih interesa o kojima je riječ ... Zabrana prekida trudnoće radi zaštite nerođenog života (unborn life) nije stoga automatski opravdana prema Konvenciji na temelju bezrezervnog priklanjanja zaštiti prenatalnog života (pre-natal life) ili na temelju shvaćanja da je pravo trudnice na poštovanje njezinog privatnog života od manjeg značaja. Isto tako, uređenje prava na prekid trudnoće nije pitanje isključivo država ugovornica, kao što je tvrdila Vlada oslanjajući se na neke međunarodne deklaracije ... Međutim, kao što je naprijed objašnjeno, Sud mora odlučiti o usklađenosti s člankom 8. Konvencije irske zabrane prekida trudnoće iz zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti na temelju naprijed opisanog testa razmjernosti na koji se primjenjuje široka sloboda prosudbe.

239. Nakon duge, složene i osjetljive rasprave u Irskoj ... u odnosu na sadržaj njezinog zakona o prekidu trudnoće proizašle su opcije. Irski zakon zabranjuje prekid trudnoće u Irskoj iz zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti, ali dopušta ženama, u položaju prve i druge podnositeljice, koje žele pobaciti iz tih razloga ... opciju zakonitog putovanja u drugu državu da to učine.

(...)

241. Prema tome, uzevši u obzir pravo na zakonito putovanje u inozemstvo radi prekida trudnoće uz mogućnost dobivanja valjanih informacija i medicinske skrbi u Irskoj, Sud ne smatra da je zabrana prekida trudnoće u Irskoj iz zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti, koja je utemeljena na dubokim moralnim shvaćanjima irskog naroda o prirodi života (nature of life) (vidi §§ 222. - 227. naprijed u tekstu), kao i na posljedičnoj zaštiti koja se daje pravu na život nerođenih

(unborn), prekoračila područje slobodne prosudbe koja je u tom pitanju dana Irskoj. U tim okolnostima Sud utvrđuje da je osporena zabrana u Irskoj postigla pravednu ravnotežu između prava prve i druge podnositeljice zahtjeva na poštovanje njihovog privatnog života i prava nerođenog (the rights invoked on behalf of the unborn).«

B. PRAKSA SUDA EUROPSKE UNIJE

16. Mjerodavna je i presuda Suda EU Oliver Brüstle protiv Greenpeace eV. (veliko vijeće, presuda od 18. listopada 2011., C-34/10, EU:C:2011:669) u sljedećem dijelu:

»35. Sukladno tome, svaka ljudska jajna stanica (human ovum), čim je oplodena, mora se smatrati 'ljudskim embrijem' u okviru značenja i za potrebe primjene članka 6(2)(c) Direktive, jer tom oplodnjom počinje proces razvitka ljudskog bića. (... since that fertilisation is such as to commence the process of development of a human being.)

(...)

Polazeći od navedenih osnova, Sud (Veliko vijeće) zaključuje:

1. Članak 6(2)(c) Direktive 98/44/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 6. srpnja 1998. o zakonskoj zaštiti biotehnoloških otkrića mora se tumačiti na sljedeći način:

- svaka ljudska jajna stanica (human ovum) nakon oplodnje, svaka neoplođena ljudska jajna stanica u koju je transplantirana stanična jezgra iz zrele ljudske stanice, i svaka neoplođena ljudska jajna stanica čija je dioba i daljnji razvoj stimuliran partenogenezom predstavlja 'ljudski embrio';

(...)

2. Izuzimanje iz patentne zaštite (patentability) koja se odnosi na uporabu ljudskih embrija u industrijske i trgovačke svrhe koji je propisan u članku 6(2)(c) Direktive 98/44 također uključuje uporabu ljudskih embrija za znanstvena istraživanja, samo uporaba u terapijske ili dijagnostičke svrhe koja se primjenjuje na ljudskom embriju i koja mu koristi može se patentirati.

3. Članak 6(2)(c) Direktive 98/44 isključuje izum (invention) od patentne zaštite ako tehničko rješenje koje je glavni predmet patentne prijave zahtijeva prethodno uništenje ljudskih embrija ili njihovu uporabu kao baznog materijala, bez obzira na stadij u kome se to dešava, čak i ako se opis tehničkog rješenja za koje se traži zaštita ne odnosi na uporabu ljudskih embrija.«

C. PRAKSA USTAVNIH SUDOVA DRUGIH DRŽAVA

Ustavni sud napominje da je u odnosu na odluke ustavnih sudova Slovačke Republike, Mađarske i Španjolske riječ o neslužbenom prijevodu relevantnih dijelova na hrvatski jezik koje je za potrebe ovog ustavnosudskog postupka preveo Ustavni sud s engleskog teksta tih odluka objavljenih na internetskim stranicama tih sudova. U slučaju odluka Saveznog ustavnog suda

Njemačke, riječ je o nesluženom prijevodu relevantnih dijelova koje je za potrebe ovog ustavnosudskog postupka s njemačkog preveo Ustavni sud.

1) Ustavni sud Slovačke Republike

17. Ustavni sud Slovačke Republike u svojoj odluci broj: I. ÚS 12/01 od 4. prosinca 2007. navodi:

»1. Pravo na život predstavlja i luk i stup cjelokupnog sustava zaštite temeljnih prava i sloboda. Pravni sustav Republike Slovačke štiti ljudski život kao temeljnu vrijednost države utemeljene na vladavini prava.

2. Iz izričaja članka 15. stavka 1. Ustava Republike Slovačke ('Ustav') proizlazi da ustavotvorac razlikuje pravo svake osobe na život (prva rečenica) i zaštite nerođenog ljudskog života (druga rečenica), što ukazuje na razliku između prava na život kao osobnog, subjektivnog elementa i zaštite nerođenog ljudskog života kao objektivne vrijednosti.

3. Tumačenje druge rečenice članka 15. stavka 1. Ustava kao proklamacije bilo bi u načelnoj suprotnosti sa sadašnjim shvaćanjem Ustava kao akta koji ne sadrži normativno irelevantne proklamacije čije značenje određuje zakonodavac svojim naknadnim aktivnostima, već stvarni skup izravno primjenjivih normi, načela i vrijednosti sa specifičnim normativnim učinkom.

4. Čak i ako nije moguće govoriti o normativnoj irelevantnosti druge rečenice članka 15. stavka 1., normativni značaj ove odredbe, međutim, s obzirom na njezinu formulaciju i ustavni kontekst, nije takvog intenziteta da bi ju se moglo smatrati temeljnim pravom koje se može ograničiti na temelju strogog vaganja i razmjernosti prema drugom temeljnom pravu u smislu članka 15. stavka 4. Ustava.

5. Stvaranje različitih kategorija prava na život, od kojih svako pravo ne bi imalo istu težinu, ili alternativno, stvaranje novih subjekata prava kroz sudsku praksu (tik do klasične dihotomije: fizička protiv pravne osobe), bilo bi u suprotnosti s ustavnim postulatom da sve osobe imaju ista prava. U isto vrijeme, takvo oblikovanje Ustava imalo bi nesagledive posljedice u smislu stvaranja različitih kategorija temeljnih prava čiji sadržaj bi se određivao s obzirom na nositelje tih prava.

6. Za razliku od standardnih pravnih normi (pravila ponašanja), država ne može stvarati objektivne vrijednosti na temelju stajališta suvremene pravne znanosti, već ih samo može priznavati i poštovati ili od njih kretati ili eventualno naglasiti važnost određene vrijednosti na štetu ili u odnosu na druge vrijednosti. Eksplicitnim izražavanjem posebne objektivne vrijednosti u Ustavu ona dobiva karakter ustavne vrednote koja uživa ustavnu zaštitu.

7. Ustavni sud Slovačke Republike ('Ustavni sud') smatra da nerođeni ljudski život ima karakter objektivne vrijednosti.

8. Ustav ne isključuje vaganje temeljnih prava i sloboda i ustavnih vrednota, no ono ima različitu kvalitetu od vaganja određenih temeljnih prava i sloboda.

9. Prema Ustavu nasciturus nije subjekt prava kojem pripada temeljno pravo na život iz prve rečenice članka 15. stavka 1. Ustava. Međutim, nasciturus može postati subjekt prava ex tunc, i tako, ex tunc, može biti i nositelj temeljnih prava, pod uvjetom da se rodi živo.

10. Druga rečenica članka 15. stavka 1. Ustava koncipira zaštitu nerođenog ljudskog života kao ustavnu vrednotu čime potrebi za njezinom zaštitom priznaje normativni status na razini ustavnog imperativa.

11. Iako za temeljno pravo vrijedi 'gdje je pravo tu je i pravna zaštita' koju pruža sudbena vlast, u odnosu na vrednote zajamčene Ustavom ta je pravna zaštita slabija, što vrijedi i u odnosu na mogućnost preispitivanja s kojom zakonodavac raspolaže u vezi s ustavnom dikcijom.

12. Opći zahtjevi iz članka 13. Ustava (jednakost u ograničavanju prava i sloboda i pri utvrđivanju njihove biti i značenja), jednako kao i zahtjevi razmjernosti u ograničavanju određenog temeljnog prava, mogu se samo na odgovarajući način primijeniti na ustavnu vrednotu, kao i na ustavni imperativ zaštite koja iz nje proizlazi. U usporedbi s primjenom temeljnih prava, ključna je razlika prvenstveno u opsegu dopuštene diskrecije na koju zakonodavac ima pravo kada odlučuje o pravnoj regulaciji prekida trudnoće na temelju Ustava, točnije kada važe, s jedne strane, ustavni imperativ iz druge rečenice članka 15. stavka 1. Ustava i, s druge strane, temeljno pravo trudnice na zaštitu njezine privatnosti, propisano člankom 16. stavkom 1. i člankom 19. stavcima 1. i 2. Ustava.

13. Pravo na privatnost i zaštitu privatnog života u vezi s načelom slobode u svom osnovnom ograničenju, oslanjajući se također i na temeljno pravo na ljudsko dostojanstvo, pojedincu jamči autonomno samoodređenje. U tom okviru nalazi se također i Ustavom zaštićena odluka žene o vlastitom duhovnom i tjelesnom integritetu i njegovim različitim slojevima i, inter alia, o tome hoće li začeti dijete i kako će se razvijati njezina trudnoća. Ostajanjem u drugom stanju (bilo planirano ili neplanirano, na dobrovoljan način ili kao posljedica nasilja) žena se ne odriče prava na samoodređenje.

14. Svako ograničavanje odlučivanja žene o tome hoće li tolerirati prepreke u autonomnom samoostvarivanju, pa tako i želi li iznijeti trudnoću do kraja, predstavlja miješanje u njezino ustavno pravo na privatnost.

15. Miješanje u pravo na privatnost dopušteno je samo ako je u skladu sa zakonom. Takav zakon, međutim, mora imati posebnu materijalnu kvalitetu - mora slijediti neke određene legitimne ciljeve i u isto vrijeme biti nužan za zaštitu tih ciljeva u demokratskom društvu.

Zadiranje u privatnost mora odražavati prijeku društvenu potrebu za zaštitom jednog ili više legitimnih ciljeva i mora biti odgovarajuće sredstvo zaštite u odnosu na te ciljeve.

16. Zakonodavac, s jedne strane, ne smije ignorirati imperativ iz prve rečenice članka 15. stavka 1. Ustava - dužnost da zaštiti nerođeni ljudski život, a s druge strane, mora poštovati činjenicu da svatko, uključujući i trudnice, ima pravo odlučiti o svom privatnom životu i braniti realizaciju vlastite ideje o sebi od nezakonitog miješanja. Mogućnost trudnice da od nadležnog tijela zatraži

prekid trudnoće jedan je od načina kojim se može ostvariti ustavno pravo na privatnost i samoodređenje u vezi s načelom slobode.

17. Uloga Ustavnog suda bila je da pronade izlaz iz sukoba između Ustavom zaštićene vrednote (nerođeni ljudski život) i ograničenog ljudskog - temeljnog prava (pravo žene na privatnost). U ograničavanju temeljnih prava mora se voditi računa o njihovoj biti i značenju (članak 13. stavak 4. Ustava). Prema tome, ustavna vrednota nerođenog ljudskog života može biti zaštićena samo do mjere do koje ta zaštita ne ugrožava bit slobode žene i njezinog prava na privatnost.

18. Zakonodavac može - a u interesu zaštite ustavne vrednote nerođenog ljudskog života i mora - propisati postupak i rokove za slučajeve u kojima se žena odlučuje na prekid trudnoće, pri čemu taj postupak ne smije biti arbitraran; on ženi mora omogućiti da o prekid trudnoće donese pravilnu odluku i istovremeno poštovati ustavnu vrednotu nerođenog ljudskog života.

19. Zakonom br. 73/1986 o prekidu trudnoće, zajedno sa Zakonom o izmjenama i dopunama br. 419/1991, slovački parlament nastoji se uhvatiti u koštac s ustavnim imperativom iz druge rečenice članka 15. stavka 1. Ustava, s jedne strane, a s druge, s temeljnim pravom trudnice da odlučuje o sebi samoj, koji proizlazi iz temeljnog prava propisanog člankom 16. stavkom 1. i člankom 19. stavcima 1. i 2. Ustava. Ako zakonodavac vaganjem tih prava zaključi da trudnica ima pravo, bez očitog ograničenja od države, zatražiti prekid trudnoće u određenom stupnju trudnoće, pri čemu će u narednim tjednima, osim u nekim strogim iznimkama, integritet fetusa biti strogo zaštićen i od same majke (putem mjera iz kaznenog prava), taj zaključak sam po sebi ne predstavlja povredu ustavnog imperativa propisanog prvom rečenicom članka 15. stavka 1., već samo pod uvjetom da zakonodavac ne uzrokuje nedopušteno prekoračenje.

20. Neustavnost Zakona br. 73/1986 o prekidu trudnoće zajedno sa Zakonom o izmjenama i dopunama br. 419/1991 ne javlja se štoviše ni u vezi s činjenicom da se pravni status nerođenog ljudskog života razlikuje ovisno o stupnju trudnoće. Ustavni imperativ koji zakonodavcu nalaže dužnost zaštite ljudskog života prije rođenja ne nameće zaključak da bi pravna zaštita fetusa od majke morala biti jednaka u svakom stupnju prenatalnog razvoja.

21. Prema mišljenju Ustavnog suda izbor dvanaest tjedana kao granice za obavljanje prekida trudnoće na zahtjev majke ne može se smatrati arbitrarnim. U tom razdoblju fetus postaje senzibilan, i ono je u skladu s europskom praksom u državama koje dopuštaju prekid trudnoće na zahtjev.

22. Zakonodavac ima ovlast odrediti mjerodavni maksimalni rok unutar kojeg se prekid trudnoće može izvršiti, dok Ustavni sud ispituje (i to ne može činiti ni na koji drugi način već kroz prizmu ustavnog imperativa kojim je izražena ustavna vrednota) samo moguće prekoračenje koje bi zakonodavac pri tome mogao napraviti; on ne ispituje je li to razdoblje u optimalnom skladu s trenutnim znanjem medicinske znanosti.

23. U tumačenju Ustava argument koji se tiče namjera povijesnih ustavotvoraca (metoda historijske interpretacije) ima samo podredno mjesto. Nije bitno kakvu su namjeru pojedini članovi ustavotvornog tijela imali s pojedinačnom ustavnom odredbom, već kakav su tekst nakon rasprave usvojili.

24. Iz temeljnih ustavnih načela, kao i iz pojedinačnih ustavnih odredaba o zakonskoj regulaciji, moguće je iščitati da se svi temeljni društveni odnosi koji nisu izravno uređeni Ustavom moraju regulirati zakonima. To posebno proizlazi iz demokratskog karaktera zakonodavnog postupka i shvaćanja načela diobe vlasti u Republici Slovačkoj na zakonodavnu i izvršnu. Istovremeno svaki je pojedinac zaštićen od samovolje javne vlasti. Taj okvir uključuje, iznad svega, pitanja koja zakonodavac smatra nebitnima s gledišta zakonske regulacije, i koja se stoga ne reguliraju izravno, iako je njihova pravna regulacija, barem kroz podzakonsku normu koju donosi ovlašteno tijelo, ipak nužna ili barem prikladna ili poželjna. Na kraju, iako ne manje važno, riječ je o pitanjima koja se ne mogu predvidjeti u trenutku donošenja zakona, odnosno to su pitanja koja su podložna promjenama, primjerice u detaljima tehničkog ili strogo stručnog karaktera.

25. Prema mišljenju Ustavnog suda rok za obavljanje prekida trudnoće je toliko bitna (essential) zakonska odredba da se mora regulirati isključivo zakonom, i stoga svaka regulacija podzakonskim propisom nije dopuštena.«

2) Ustavni sud Mađarske

18. Ustavni sud Mađarske u odluci broj: 64/1991 od 17. prosinca 1991. navodi:

»Uređivanje prekida trudnoće podzakonskim propisima (non-statutory regulations) je neustavno. Svako izravno i značajno ograničenje temeljnih prava, i u pojedinim slučajevima, određivanje sadržaja tih prava i načina njihove zaštite moraju se urediti zakonom. Međutim, ako odnos s tim temeljnim pravima nije izravan i blizak dostatan je njihovo uređenje podzakonskim aktima (upravnim/izvršnim), budući da bi u suprotnom sve moralo biti uređeno zakonima.

Odluka o tome je li fetus osoba ili nije u nadležnosti je parlamenta.

Sažetak: Prva skupina podnositelja tvrdila je da uredbe nisu u skladu s Ustavom jer su dopuštale, ili nedostatan ograničavale, dostupnost prekida trudnoće. Podnositelji su tvrdili da:

a. uredbe su povrijedile članak 54.1. Ustava (kojim je propisano da se nikoga samovoljno ne može lišiti prava na život i ljudsko dostojanstvo), budući da život počinje začećem i svako se ograničenje supstancijalnog sadržaja temeljnih prava i dužnosti, suprotno članku 8.2. Ustava, jednako primjenjuje na fetus kao i na odraslu osobu;

b. propust da se zaštiti život fetusa u istoj mjeri kao i drugi životi doveo je do diskriminacije i stoga povrijedio članak 70/A.1. Ustava;

c. prema tome dopuštanjem prekida trudnoće također je došlo do povrede članka 56. Ustava kojim je zajamčeno pravo na pravnu sposobnost (legal capacity);

d. uredbe nisu liječnicima i zdravstvenim djelatnicima jamčile pravo na odbijanje obavljanja prekida trudnoće i stoga su povrijedile njihovo pravo na slobodu savjesti iz članka 60. Ustava.

Druga skupina podnositelja smatrala je da je neustavno svako eksterno regulatorno miješanje (external regulatory interference), budući da je prekid trudnoće stvar savjesti žene o kojoj je riječ. Između ostalog tvrdili su i da:

a. pravo na prekid trudnoće izvire iz temeljnog prava žene na ljudsko dostojanstvo iz članka 54.1. Ustava i stoga je bilo kakvo ograničavanje tog prava uredbom suprotno članku 8.2. Ustava;

b. ako bi se uredbe ukinule, tada bi Ustavni sud morao proglasiti neustavnim propust u donošenju zakona (omission to legislate) jer bi odredbe koje ostaju na snazi zabranjivale prekid trudnoće u svim okolnostima i tako povrijedile prava žena koja se prema članku 8.2. Ustava ne smiju ograničavati.

Prema mišljenju Suda, potreba da se neko pitanje uredi zakonom ovisi o specifičnoj mjeri i o intenzitetu njezinog odnosa s temeljnim pravima. U konkretnom se slučaju uređenje prekida trudnoće odnosilo na prava fetusa na život, i to budući da se s time postavilo pitanje njegova pravnog statusa, to je uređenje nedvojbeno bilo vezano uz pravo fetusa na pravnu sposobnost (legal capacity). To je pravo pretpostavka za pravo fetusa na život i ljudsko dostojanstvo kao subjekta prava. Stoga će odluka o tome je li fetus subjekt prava odrediti je li on ljudsko biće u pravnom smislu. Poveznica između pravnog uređenja prekida trudnoće i prava na život i pravnog priznavanja nužno se temeljila na prethodnom definiranju postojanja tih prava: budući da se ona ne mogu ograničavati, bilo da su postojala ili ne, reguliranje prekida trudnoće bilo je s njima bitno povezano.

S ciljem utvrđivanja jesu li ta prava bila pogođena uređenjem prekida trudnoće u mjeri koja je tražila zakonodavnu intervenciju, trebalo je provesti test vaganja. Trebalo je izvagati pravo žene na samoodređenje (dostojanstvo) i pitanje proteže li se dužnost države da štiti život i na pravo fetusa na život. Samo pod uvjetom da fetus nema pravo da bude pravno priznat, i stoga nema pravni subjektivitet, bi se moglo smatrati da je prekid trudnoće sukladan s pravom na život iz članka 54. Ustava. Nasuprot tome, ako fetus ima pravo na život i ljudsko dostojanstvo, tada se to pravo ne smije razlikovati od prava koja imaju druge osobe, a pravo nerođenog, ako dođe u sukob s pravom majke, mora se vagati na isti način kao i prava već rođene djece. U tom bi slučaju pravo fetusa na dostojanstvo zabranjivao prekid trudnoće. Stoga se prekid trudnoće uvijek mora urediti zakonom jer bilo koja odluka o tom pitanju uključuje odlučivanje o pravnom statusu fetusa. Na temelju navedenog, uredbe izvršne vlasti o kojima je riječ su neustavne jer su uređivanjem prekida trudnoće također odredile i to pitanje, koje se sukladno člancima 8.2., 54. i 56. Ustava može urediti samo zakonom.

Člancima 29.4. i 87.2. Zakona o zdravstvu (Health Act) iz 1972. povrijeđen je također članak 8.2. Ustava. Ti su članci dopuštali uređenje prekida trudnoće mjerama koje nisu imale punu snagu zakona. Uredbi se status zakona ne može dati drugim zakonom, tj. sama mogućnost uređenja bila je suvišna jer se predmetne uredbe nisu mogle tumačiti na način da znače da je Zakon o zdravlju (Health Act) isključivo dopuštao zakonsku regulaciju prekida trudnoće na način sukladan s Ustavom i Zakonom o zakonodavstvu (Act on Legislation). Oba stavka nužno su neustavna jer su dopuštala uređenje temeljnog prava uredbom, a ne zakonom.

Iako se odgovor na pitanje je li fetus pravni subjekt (legal subject) ne može dobiti ustavnom interpretacijom, ipak je bilo moguće ocijeniti i ustavnost ograničenja i njegov opseg. Na temelju Ustava i međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, svako ljudsko biće ima bezuvjetno pravo da bude priznato kao pravni subjekt (legal subject), tj. osoba u pravnom smislu riječi. Temeljna prava na život i ljudsko dostojanstvo koja dopunjuju osnovni pravni status ljudskog bića ispunjavaju formalne zahtjeve prava na pravni subjektivitet istovremeno dajući sadržaj ljudskoj kvaliteti osobe. Pravo na ljudsko dostojanstvo znači da pojedinac ima nedodirljivu jezgru autonomije i samoodređenja koje su izvan dosega svih drugih, pri čemu je ljudsko biće subjekt koji nije podložan transformaciji u instrument ili objekt, dok su pravne osobe (entities) podložne potpunoj regulaciji (remain susceptible to total regulation), budući da im manjka nepovrediva supstanca. Ljudsko dostojanstvo je kvaliteta koja se podudara s ljudskim postojanjem, ono je nedjeljivo i nije podložno ograničavanju te stoga pripada jednako svakom ljudskom biću. Zbog toga pravo na jednako dostojanstvo zajedno s pravom na život osiguravaju da se vrijednost ljudskog života ne može pravno razlikovati. Dostojanstvo osobe i života nepovredivi su bez obzira na razvitak ili uvjete, ili ispunjavanje ljudskog potencijala. Utemeljen na tim najvažnijim temeljnim pravima koja čine osnovu pravnog statusa osobe, Ustav ne dopušta opoziv ili ograničavanje bilo kojeg dijela pravnog statusa koje je već priznato ljudskom biću. I obratno, samo Ustavom propisana promjena opsega prava na pravni status, i analogno tome, pravnog poimanja osobnosti, može dopustiti njegovo proširenje i na prenatalni stadij.

Nadalje je Sud mogao razmotriti je li to proširenje modificiralo osnovne značajke pravnog poimanja čovjeka i ocijeniti je li njegovo tumačenje prava na život sukladno takvoj modifikaciji. Realizacija tog proširenja bila bi dopuštena pod uvjetom da nije suprotna postojećem pravnom poimanju čovjeka kako ga je utvrdio Ustav. Najvažnija temeljna komponenta tog poimanja je jednakost u apstraktnom smislu, na koju, kao pravni ekvivalent etičkog koncepta čovjeka zajamčenog pozitivnim pravom, nije utjecalo to proširenje pravne sposobnosti (subjektiviteta) na nerođeno biće. Stoga nije trebalo priznati ni pravni status (legal status) fetusa niti mu se mogla dati pravna sposobnost, budući da to proširenje nije bitno utjecalo na važne elemente pravnog poimanja čovjeka. U takvom okviru dužnost je parlamenta da uredi to pitanje.

Postojeći propisi o prekidu trudnoće jamče liječnicima i drugim zdravstvenim radnicima mogućnost da na temelju prigovora savjesti odbiju obaviti prekid trudnoće ili asistirati kod prekida trudnoće. Dužnost države da zaštiti pravo liječnika na slobodu savjesti zadovoljena je Ustavom i postojećim pravilima iz Zakona o radu koja dopuštaju izuzimanje od radnih obveza i liječnicima da mogu stvoriti radnu sredinu u kojoj neće biti prisiljeni na obavljanje prekida trudnoće protivno svojim uvjerenjima.

Ovisno o odluci parlamenta je li fetus subjekt prava postojat će ustavne granice koje će ograničiti mogućnost za obavljanje prekida trudnoće. Ako zakonodavac odluči da fetus pravno nije osoba, pravni subjekt s pravom na život i dostojanstvo, prekid trudnoće će biti dopušten samo u onim situacijama u kojima zakon tolerira izbor napravljen između dva života i stoga ne kažnjava gašenje ljudskog života. Ako zakonodavac odluči drugačije, država će morati vagati svoju dužnost da štiti život i pravo žene na samoodređenje. Potpuna (outright) zabrana bila bi neustavna jer potpuno negira pravo trudnice na samoodređenje, kao što bi bila i pravila koja bi davala prednost isključivo tom pravu. Država je dužna štiti život od samog početka i stoga pravo na samoodređenje ne može biti dispozitivno čak ni u najranijem stadiju trudnoće. Ta

dužnost podrazumijeva da država ne može zakonski dopustiti neutemeljene prekide trudnoće. Uvjeti koje zakonodavac smatra nužnima moraju se ugraditi u novi zakon o prekidu trudnoće kao uvjeti koji se moraju ispuniti. U konačnici, parlament je taj koji mora odlučiti gdje će povući granicu između dva ustavna ekstrema, od potpune zabrane prekida trudnoće do njegovog neograničenog dostupa.«

3) Savezni ustavni sud Njemačke

19. Savezni ustavni sud Njemačke u svojim odlukama navodi:

a) BVerfGE 39, 1c (Schwangerschaftsabbruch I)

»1. Život koji se razvija u majčinoj utrobi kao samostalno pravno dobro, pod zaštitom je Ustava (čl. 2. st. 2. rečenica 1., čl. 1. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke). Obveza države na zaštitu ne samo da zabranjuje izravno miješanje države u život koji se razvija, već zahtijeva od države i da taj život zaštititi i potakne.

2. Obveza države da zaštititi život koji se razvija postoji i u odnosu na majku.

3. Zaštita života ploda ima, u načelu, tijekom cijele trudnoće prednost pred pravom trudnice na samoodređenje i ne smije biti dovedena u pitanje ni u jednom određenom razdoblju.

4. Zakonodavac može pravnu osudu prekida trudnoće, koja je Ustavom propisana, izraziti i drukčije nego što je to prijetnja kaznom. Presudno je osiguravaju li ukupnost svih mjera zaštite nerođenog života primjerenu stvarnu zaštitu koja odgovara značaju pravnog dobra koje treba zaštititi. U krajnjem slučaju, ako se ustavom zajamčena zaštita ne može postići ni na drugi način, tada je zakonodavac dužan u svrhu zaštite života koji se razvija koristiti sredstva kaznenog prava.

5. Održavanje trudnoće je neprihvatljivo ako je prekid nužan radi uklanjanja opasnosti za život trudnice ili od teškog narušavanja njezinog zdravstvenog stanja. Osim toga, zakonodavac je slobodan i druga neuobičajena opterećenja za trudnicu, koja su jednako teška, okarakterizirati kao neprihvatljiva, te u tim slučajevima dopustiti nekažnjiv prekid trudnoće.

6. Peti Zakon o reformi kaznenog prava od 18. lipnja 1974. (BGBl. I s. 1297) nije u cijelosti usklađen s ustavnopravnom obvezom zaštite života koji nastaje.

Presuda Prvog senata od 25. veljače 1975. po usmenoj raspravi od 18./19. studenoga 1974. - 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 -

OBRAZLOŽENJE:

Čl. 2. st. 2. rečenica 1. Temelnog zakona SR Njemačke štiti život koji se razvija u majčinoj utrobi kao samostalno pravno dobro. (...)

Obveza države da zaštititi život svakog čovjeka proizlazi neposredno iz čl. 2. st. 2. rečenice 1. Temelnog zakona SR Njemačke. Osim toga, ona slijedi i iz izričitih propisa čl. 1. st. 1. rečenice

2. Temelnog zakona SR Njemačke; jer život koji se razvija uživa zaštitu ljudskog dostojanstva koju jamči i članak 1. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke. Svuda gdje postoji ljudski život postoji i ljudsko dostojanstvo; neovisno je li nositelj svjestan tog dostojanstva i zna li ga sam čuvati. Dovoljne su potencijalne osobine koje su od početka usađene u ljudsko biće kako bi se utemeljilo ljudsko dostojanstvo. (...)

II.

1. Obveza države da štiti je sveobuhvatna. Ona ne zabranjuje samo - što se podrazumijeva - neposredno miješanje države u život koji se razvija, nego zahtijeva od države da se taj život zaštiti i potakne, što znači prije svega da ga sačuva od protupravnog miješanja drugih. Prema tom se zahtjevu moraju ravnati pojedina područja pravnog poretka, svako u skladu sa svojom posebnom funkcijom. Što je u poretku pravnih vrijednosti ustava viši stupanj osporenog pravnog dobra, to se mora ozbiljnije shvaćati obveza države na zaštitu. Ne mora se posebno objašnjavati da ljudski život predstavlja unutar ustavnog poretka najvišu vrijednost; on je živi temelj ljudskog dostojanstva i pretpostavka svih ostalih temeljnih prava.

2. Obveza je države da štiti novi život postoji u načelu i u odnosu na majku. Nesporno je da prirodna povezanost nerođenog života s majkom stvara posebnu vrstu odnosa koja se ne može usporediti s nekom drugom životnom situacijom. Trudnoća je dio privatnosti žene koja je ustavnopravno zajamčena čl. 2. st. 1. u vezi s čl. 1. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke. Ako bi se embrio promatrao isključivo kao dio majčinog organizma tada bi i prekid trudnoće ostao u području privatnog osmišljavanja života gdje se zakonodavac ne smije miješati (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Međutim, budući da je nasciturus samostalno ljudsko biće koje je ustavom zaštićeno, tada prekid trudnoće dobiva i socijalnu dimenziju koja državno uređenje čini pristupačnim i neophodnim.

Pravo žene na slobodan razvoj vlastite osobnosti, koja sadrži slobodu djelovanja u najširem smislu, a s time obuhvaća i odgovornost same žene da se odluči protiv majčinstva i obveza koje iz njega proizlaze, može pak, također biti predmet priznanja i zaštite. Ipak, to pravo nije neograničeno - ograničavaju ga prava drugih, ustavni poredak, moralni zakoni. Ono nikad ne može a priori obuhvaćati ovlaštenje da se bez opravdanog razloga zadire u nečiju zaštićenu pravnu sferu ili čak da se ona uništi samim životom, posebice kada prema prirodi stvari postoji posebna odgovornost upravo za taj život. Nije moguće postići ravnotežu koja podjednako osigurava zaštitu života nascitursa i slobodu trudnice na prekid trudnoće, jer prekid trudnoće uvijek znači i uništenje nerođenog života. Pri procjeni koju ovdje treba provesti moraju se 'obje ustavne vrijednosti promatrati u odnosu na ljudsko dostojanstvo kao središte vrijednosnog sustava Ustava' (BVerfGE 35, 202 [225]). U odnosu na čl. 1. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke zaštita ploda ima prednost u odnosu na pravo trudnice na samoodređenje. Trudnoća, rođenje i odgoj djeteta mogu utjecati na razvoj nekih njenih osobnih mogućnosti. Nasuprot tome, prekidom trudnoće uništen je nerođeni život. Prema načelu najproduktivnijeg ujednačavanja suprotstavljenih, ustavom zajamčenih pozicija, uz poštovanje osnovne zamisli članka 19. stavka 2. Temelnog zakona SR Njemačke, prednost se mora dati zaštiti života nascitursa. Ta prednost vrijedi načelno za cijelo vrijeme trajanja trudnoće i ne smije biti dovedena u pitanje ni za jedno određeno razdoblje trudnoće. (...)

III.

Kako će država ispuniti svoju obvezu učinkovite zaštite života koji se razvija odlučuje prvenstveno zakonodavac. On odlučuje o mjerama za koje smatra neophodnim i korisnim kako bi se osigurala učinkovita zaštita života.

(...)

U iznimnom slučaju, naime, kada se ustavna zaštita ne može ostvariti na neki drugi način, zakonodavac se može obvezati, radi zaštite novog života upotrijebi sredstvo Kaznenog zakona. Kazneni propis je u određenom smislu ‘ultima ratio’ u instrumentariju zakonodavca. Prema pravnodržavnom načelu razmjernosti, koje obuhvaća cjelokupno javno pravo, uključujući i ustavno pravo, zakonodavac ovo sredstvo smije upotrebljavati vrlo oprezno i suzdržano. Međutim, i to krajnje sredstvo mora biti upotrijebljeno kada drukčije nije moguće postići učinkovitu zaštitu života. To zahtijeva vrijednost i značaj pravnog dobra koje treba zaštititi. Tada se ne radi o ‘apsolutnoj’ obvezi kažnjavanja, nego o ‘relativnoj’ obvezi korištenja propisane kazne, koja je posljedica nedostatnosti svih ostalih sredstava.

Nasuprot tome, ne može se prihvatiti primjedba da se iz ustavne odredbe koja jamči slobodu nikako ne može izvesti državna obveza kažnjavanja. Kada temeljno načelo obveže državu da posebno važno pravno dobro učinkovito zaštiti protiv napada trećih, tada su često neizbježne mjere koje će dirati u područja sloboda ostalih nositelja temeljnih prava. Utoliko se pravno stanje prilikom primjene socijalnopravnih ili građanskopravnih sredstava načelno ne razlikuje od donošenja neke kaznene norme. Razlike u svakom slučaju postoje u odnosu na snagu potrebnih mjera.

(...)

Pravo na život nerođenog može dovesti do opterećenja žene koje je veće od onog uobičajenog u trudnoći. Postavlja se pitanje prihvatljivosti, odnosno drugim riječima, pitanje smije li država i u takvim slučajevima, sredstvima kaznenog prava siliti na zadržavanje trudnoće. Tako se suprotstavljaju briga nad nerođenim životom i pravo žene da ne bude prisiljena iznad prihvatljive mjere žrtvovati vlastite životne vrijednosti radi poštovanja ovog pravnog dobra. Zakonodavac se treba osobito suzdržati u takvoj konfliktnoj situaciji, koja općenito ne dopušta jednoznačnu moralnu ocjenu i kojom odluka o prekidu trudnoće može imati značenje odluke savjesti koju treba poštovati. Ako zakonodavac u takvim slučajevima ponašanje trudnice ne smatra kažnjivim i odustane od primjene kaznenih sankcija, onda je to u svakom slučaju rezultat procjene zakonodavaca i mora se prihvatiti da je to u skladu s Ustavom.«

b) BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II)

»1. Temeljni zakon obvezuje državu da zaštiti i nerođeni ljudski život. Ova obveza zaštite ima svoju osnovu u čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke; njezin predmet i - u odnosu na njega - njezin opseg detaljnije su određeni u čl. 2. st. 2. Temeljnog zakona SR Njemačke. Ljudsko dostojanstvo pripada i nerođenom ljudskom životu. Pravni poredak mora osigurati pravne

pretpostavke njegovom razvoju u smislu vlastitog prava na život. Ovo pravo na život ne počinje tek s majčinim pristankom.

2. Obveza zaštite nerođenog života odnosi se na svaki pojedinačni život, a ne samo na ljudski život općenito.

3. Nerođeno dijete uživa pravnu zaštitu i u odnosu na svoju majku. Takva zaštita je moguća samo ako joj zakonodavac načelno zabrani prekid trudnoće te joj postavi načelnu obvezu da rodi dijete. Načelna zabrana prekida trudnoće i načelna obveza da se iznese trudnoća do kraja, dva su nerazdvojna elementa zaštite koju propisuje Ustav.

4. Načelno se prekid trudnoće tijekom cijelog njenog trajanja treba smatrati protupravnim te se, u skladu s tim, mora i zabraniti (potvrđeno u odluci BVerfG 39, 1 [44]). Pravo na život nerođenog ne smije, ni na ograničeno vrijeme, biti prepušteno slobodnoj, pravno neobvezujućoj odluci trećih, čak ni same majke.

5. Doseg obveze pravne zaštite nerođenog djeteta određuje se, s jedne strane, s obzirom na značaj i potrebu zaštite pravnog dobra koje treba zaštititi, i s druge strane, na prava koja su s njim u koliziji. Pri tome, pravo na život nerođenog utječe - polazeći od prava trudnice na zaštitu i poštovanje njezinog ljudskog dostojanstva (čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke) - prvenstveno na njezino pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2. st. 2. Temeljnog zakona SR Njemačke), kao i na njezino pravo na razvoj osobnosti (čl. 2. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke). Nasuprot tome, žena se u odnosu na usmrćivanje nerođenog, koje je uzrokovano prekidom trudnoće, ne može pozvati na pravni položaj koji je zaštićen člankom 4. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke.

6. Država mora, radi ispunjenja svoje obveze zaštite, primijeniti odgovarajuće mjere normativne i stvarne prirode - uzimajući u obzir suprotstavljena pravna dobra - kako bi se postigla primjerena i, kao takva, djelotvorna zaštita (zabrana propisivanja nedostatne zaštite). Za ovo je potreban odgovarajući koncept zaštite koji povezuje elemente preventivne i represivne zaštite.

7. Temeljna prava žena nisu tako široka da bi se općenito - makar i na određeno vrijeme - ukinula pravna obveza da se trudnoća iznese do kraja. Iz ustavno-pravnih položaja žene proizlazi da je u izvanrednim situacijama dopušteno, a u pojedinim slučajevima i nužno, ukidanje takve obveze. Nadležnost zakonodavca je da prema kriteriju neprihvatljivosti odredi takve izuzetke. Da bi do toga došlo moraju postojati takvi tereti koja zahtijevaju onu mjeru žrtvovanja osobnih životnih vrijednosti koja se ne može očekivati od žene (potvrđeno u Odluci BVerfG 39, 1 [48 i dalje]).

8. Zabrana propisivanja nedostatne zaštite ne dopušta slobodno odricanje od upotrebe kaznenog prava i zaštitnog učinka koji iz njega proizlazi za ljudski život.

9. Obveza države da zaštiti obuhvaća i zaštitu od opasnosti koje za nerođeni ljudski život potječu od utjecaja obiteljskog ili šireg društvenog okruženja trudnice, ili od trenutnih i predvidljivih stvarnih životnih odnosa žene i obitelji, te obeshrabruju trudnicu da rodi dijete.

10. Nadalje, zaštitna uloga države obvezuje ju da očuva i oživi opću svijest o pravu na zaštitu nerođenog života.

11. U načelu, zakonodavcu nije ustavom zabranjeno pristupiti konceptu zaštite nerođenog života koji u ranoj fazi trudnoće težište stavlja na savjetovanje trudnice u slučaju dvojbi u vezi s trudnoćom, kako bi je pridobio za očuvanje trudnoće i kako pri tome odustao od prijetnje kaznom koja je određena indikacijama, kao i od utvrđivanja indikacijskih činjeničnih stanja posredstvom trećih osoba.

12. Takav koncept savjetovanja zahtijeva postojanje okvirnih uvjeta koji stvaraju pozitivne pretpostavke za djelovanje žene u korist nerođenog života. Država snosi punu odgovornost za provođenje postupka savjetovanja.

13. Obveza države na zaštitu zahtijeva da nužno sudjelovanje liječnika koje je u interesu žene ujedno utječe i na zaštitu nerođenog života.

14. U ustavnopravnom se smislu egzistencija jednog djeteta ne može kvalificirati kao izvor štete (čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke). Uzdržavanje djeteta je stoga zabranjeno smatrati štetom.

15. Prekidi trudnoće, koji se bez indikacija poduzimaju nakon provedenog savjetovanja, ne smiju se proglasiti opravdanima (pravno dopuštenima). U skladu je s neotuđivim temeljnim načelima pravne države da iznimno činjenično stanje može biti opravdavajuća okolnost samo ako država utvrdi postojanje njegovih pretpostavki.

16. Temeljni zakon ne dopušta da se na teret zakonskog zdravstvenog osiguranja ostvaruje pravo na naknadu za poduzimanje prekida trudnoće koje nije dopušteno. Nasuprot tome, osiguranju socijalne pomoći za prekide trudnoće u slučajevima ekonomske nužde koji nisu kažnjivi prema propisima o savjetovanju, ne može se ustavnopravno prigovoriti, kao ni plaćanju naknade za rad.

(...)

Presuda Drugog senata od 28. svibnja 1993. - 2 BvF 2/90 i 4, 5/92 - D. - I.

1. Temeljni zakon obvezuje državu da zaštiti ljudski život. Ljudski život obuhvaća i nerođeni život. Nerođen život također uživa zaštitu države. Ustav ne zabranjuje samo neposredno miješanje države u nerođeni život, on zahtijeva da se država postavi zaštitnički pred taj život i da ga štiti, tj. da ga štiti, prije svega, od protupravnog miješanja drugih (usp. BVerfGE 39, 1 [42]). Ovakva obveza zaštite ima svoju osnovu u čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke koji državu izričito obvezuje da poštuje i štiti ljudsko dostojanstvo; njezin predmet - počevši od njega - i njezin opseg detaljnije je određen u čl. 2. st. 2. Temeljnog zakona SR Njemačke.

a) Ljudsko dostojanstvo uživa i nerođeni ljudski život, a ne samo ljudski život nakon rođenja ili nakon formiranja osobnosti.

(...)

b) Ovakva obveza zaštite nerođenog života odnosi se na svaki pojedini život, a ne samo na ljudski život općenito. Njezino ispunjenje predstavlja jednu od osnovnih pretpostavki uređenog suživota u državi. Njoj podliježu sve državne vlasti (čl. 1. st. 1. rečenica 2. Temeljnog zakona SR Njemačke), tj. država sa svim svojim funkcijama, a posebno zakonodavna vlast. Obveza zaštite odnosi se i na opasnosti koje dolaze od drugih ljudi. Ona obuhvaća zaštitne mjere koje imaju za cilj spriječiti ili savladati stanja nužde koja nastaju kao posljedica trudnoće kao i pravne standarde ponašanja; oboje se nadopunjuje.

2. Država postavlja standarde ponašanja u svrhu zaštite nerođenog života tako što zakonom izriče zabrane i odredbe, utvrđuje obveze na djelovanje i propuštanje. To vrijedi i za zaštitu nasciturusa u odnosu na njegovu majku, bez obzira na vezu koja između njih postoji i koja kod majke i djeteta dovodi do odnosa 'dvojtva u jedinstvu'. Takva zaštita nerođenog u odnosu na njegovu majku moguća je samo ako joj zakonodavac načelno zabrani prekid trudnoće te joj s time postavi načelnu, pravnu obvezu da iznese trudnoću. Načelna zabrana prekida trudnoće i načelna obveza da se trudnoća iznese do kraja dva su nerazdvojna elementa zaštite koju zahtijeva Ustav.

Ništa manje nije važna zaštita od utjecaja trećih osoba - čak i iz obiteljske ili šire društvene okoline trudnice; i oni mogu biti usmjereni izravno protiv nasciturusa, ali i neizravno, kada se trudnici uskrati dužna pomoć, ako se zbog trudnoće dovede u bezizgledno stanje ili se na nju čak izvrši pritisak da prekine trudnoću.

a) Takva pravila ponašanja ne mogu djelovati samo na dobrovoljnoj osnovi, već se moraju predvidjeti i kao pravna pravila. Ona moraju, u skladu s prirodom prava - kao normativno uređenje s ciljem praktične primjene - biti obvezujuća i za njih mora biti predviđena pravna sankcija. Zapriječena kazna pritom nije jedina moguća sankcija, ali ona može na učinkovit način potaknuti čovjeka, da poštuje i slijedi pravna pravila.

Pravna pravila ponašanja trebaju pružiti zaštitu u dva smjera. Prvo, trebaju u pojedinom slučaju, kada prijeti ili je već nastupila povreda zaštićenog pravnog dobra, razviti preventivne ili represivne učinke zaštite. Drugo, trebaju ojačati i podržati mišljenje ljudi o vrijednostima i shvaćanja o tome što je dobro i loše, te kod njih stvoriti pravnu svijest o tome (usp. BVerfGE 45, 187 [254, 256]), tako da na temelju ponašanja koje je normativno orijentirano, povreda pravnog dobra a priori ne bi ni došla u obzir.

b) Život nije apsolutno zaštićen u smislu da on bez izuzetaka uživa apsolutno prvenstvo u odnosu na svako drugo pravno dobro; to pokazuje već čl. 2. st. 2. rečenica 3. Temeljnog zakona SR Njemačke. Obveza zaštite nije zadovoljena samim poduzimanjem mjera zaštite bilo kakve vrste. Njezin se raspon određuje prije svega s obzirom na značaj i potrebu zaštite pravnog dobra koje se mora zaštititi - ovdje, s jedne strane, s obzirom na zaštitu nerođenog ljudskog života i, s druge strane, pravnih dobra koja s njim kolidiraju (...) Pravo na život nerođenog djeteta utječe - ako se krene od prava trudnice na zaštitu i poštovanje njezinog ljudskog dostojanstva (čl. 1 st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke) - prije svega na njezino pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2. st. 2. Temeljnog zakona SR Njemačke), kao i njezino pravo na razvoj osobnosti (čl. 2. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke).

Zakonodavac ima zadatak da detaljno odredi vrstu i opseg ove zaštite. Ustav je postavio zaštitu kao cilj, ali ga nije pojedinačno razradio. Zakonodavac u svakom slučaju mora poštovati zabranu propisivanja nedostatne zaštite (...); u tom smislu podliježe ustavnopravnoj kontroli. S obzirom na suprotstavljene pravne vrijednosti, potrebna je primjerena zaštita; odlučujuće je da je ona djelotvorna. Mjere koje zakonodavac poduzima moraju odgovarati primjerenosti i učinkovitosti zaštiti i počivati na detaljno utvrđenim činjenicama i prihvatljivim procjenama (o tome vidi 1.4.). Opseg ustavom propisane zaštite ne ovisi o stupnju trudnoće. Temeljni zakon ne predviđa stupnjevanje prava na život i zaštitu nerođenog života, koje bi ovisilo o proteku određenih rokova u procesu razvoja trudnoće. Stoga, pravni poredak treba i u ranoj fazi trudnoće osigurati takav opseg zaštite.

c) Pravno reguliranje zaštite mora odgovarati minimalnim zahtjevima, kako se ne bi povrijedila zabrana propisivanja nedostatne zaštite.

aa) Ovo podrazumijeva, da se prekid trudnoće, tijekom cijelog vremena trajanja, načelno smatra protupravnim, te je, prema tome, zakonom zabranjen (BVerfGE 39, 1 [4]). Bez takve zabrane, dakle, ako bi se odgovornost za pravo na život nasciturusa prenijela barem na određeno vrijeme na slobodnu, pravo nevezanu odluku trećeg, čak ako bi to bila majka, više ne bi bila zajamčena pravna zaštita tog života u smislu ranije spomenutih standarda ponašanja. Takvo napuštanje nerođenog života ne može se zagovarati čak ni pozivanjem na ljudsko dostojanstvo žene i na njezinu sposobnost da donosi odgovorne odluke. Pravna zaštita zahtijeva da pravo normativno odredi obuhvat i granice dopuštenog utjecaja jednog na drugo i da ga ne prepušta proizvoljnosti stranaka.

Osnovna prava žene ne utječu na ustavnu zabranu prekida trudnoće. Istina, ova prava vrijede i u odnosu na pravo na život nasciturusa i moraju se na odgovarajući način zaštititi. Ali, ona ne idu tako daleko da bi obveza očuvanja trudnoće općenito bila ukinuta zbog osnovnih prava, čak i ako se odnosi samo na određeno vrijeme. Ustavnopravne pozicije žene vode do toga da je u izvanrednim situacijama dopušteno, a u pojedinim slučajevima možda i neophodno, oslobađanje od takve pravne obveze.

bb) Zakonodavac je obvezan predvidjeti takve izuzetke za posebna činjenična stanja. Da pri tome ne bi prekršio zabranu propisivanja nedostatne zaštite, zakonodavac mora voditi računa o nemogućnosti usklađivanja međusobno suprotstavljenih pravnih vrijednosti, jer se ovdje na strani nerođenog života ne radi o ostvarivanju više ili manje prava, o prihvaćanju nedostataka ili ograničenja, nego je u pitanju sam život. Nije moguće uravnoteženje koje bi istodobno jamčilo zaštitu života nasciturusa i osiguralo trudnici pravo na prekid trudnoće, jer je prekid trudnoće uvijek usmrćenje nerođenog života (usp. BVerfGE 39, 1 [43]). Ravnoteža se ne može postići ni s time (...) da pravo žene na razvoj osobnosti ima određeno vrijeme prednost u odnosu na trudnoću, a da tek potom prednost dobiva pravo nerođenog života. Pravo na život nerođenog djeteta moglo bi biti ostvareno samo ako ga majka u prvoj fazi trudnoće ne odluči usmrtniti.

Međutim, to ne znači da se izuzetak, koji dopušta ukidanje obveze očuvanja trudnoće, uzima u obzir samo u slučaju ozbiljne opasnosti za život žene ili kad je teško ugroženo njezino zdravlje. Izuzeci postoje i izvan tog okvira. Kriterij za njihovo priznanje, kako je Savezni ustavni sud već utvrdio, je kriterij neprihvatljivosti (BVerfGE 39, 1 [48 i dalje]). Ovaj kriterij je opravdan (...) jer

se, s obzirom na specifičnu vezu između majke i djeteta, zabrana prekida trudnoće ne može ograničiti na obvezu žene da se suzdrži od povrede pravne sfere drugoga, već istovremeno podrazumijeva i intenzivnu obvezu, koja egzistencijalno pogađa ženu, da iznese trudnoću i rodi dijete, te osim toga, povlači sa sobom obvezu djelovanja, brige i odgovornosti koja će trajati više godina nakon rođenja djeteta.

(...)

S obzirom na očekivana opterećenja, moguće je da u pojedinačnim slučajevima mogu nastupiti teške, za život opasne konfliktne situacije, s obzirom na posebno duševno stanje, u kojem se buduće majke najčešće nalaze upravo u ranoj fazi trudnoće. U takvim slučajevima državni poredak - neovisno o široko postavljenim moralnim ili vjerskim shvaćanjima obveza - ne može od žene zahtijevati da u svakom slučaju prihvati prvenstvo prava na život nerođenog djeteta (usp. BVerfGE 39, 1 [50]).

Neprihvatljivost ne postoji u slučaju okolnosti koje ostaju u okvirima normalne situacije jedne trudnoće. Moraju postojati opterećenja koja iziskuju takvu mjeru žrtvovanja vlastitih životnih vrijednosti da se to od žene ne može očekivati. Slijedom navedenog, u odnosu na obvezu da se trudnoća iznese do kraja, proizlazi da pored uobičajenih medicinskih indikacija, kao izuzeci u ustavnom smislu mogu vrijediti kriminološke i - pod pretpostavkom da su dovoljno jasno razgraničene - embriopatske situacije; za ostala stanja nužde ovo vrijedi samo kada je jasno vidljiva težina socijalnog ili psiho-personalnog konflikta, koji se ovdje pretpostavlja, tako da - promatrano iz perspektive neprihvatljivosti - ostaje sačuvana kongruentnost s ostalim indikativnim slučajevima (usp. BVerfGE 39, 1 [50]).

cc) Ako neprihvatljivost ograničava obvezu žene da rodi dijete, s time ne prestaje obveza države da zaštiti svaki nerođeni ljudski život. Ona obvezuje državu da savjetom i djelom pomogne ženi i da je s time, po mogućnosti, pridobije na očuvanje trudnoće; od toga polazi i propis u § 218 a st. 3 StGB n.F.

dd) Ako zadatak da se ljudski život zaštiti od usmrćenja predstavlja elementarni državni zadatak zaštite, onda zabrana propisivanja nedostatne zaštite ne dopušta da se slobodno odustane od primjene kaznenog prava i zaštitnih učinaka koji od tuda proizlaze.

Kazneno pravo je oduvijek imalo, kao što ima i u današnjim uvjetima, zadatak zaštititi temelje uređenog suživota. Tu se ubraja i poštovanje i načelna nepovredivost ljudskog života. Stoga je za usmrćivanje drugih propisana kazna.

Kazneno pravo nije primarno sredstvo pravne zaštite, samo zbog njegove oštine; njegova primjena zbog toga podliježe zahtjevima razmjernosti (BVerfGE 6, 389 [439 i dalje]; 39, 1 [4]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Ali, ono se primjenjuje kao 'ultima ratio' ove zaštite kada je određeno ponašanje, izvan njegovih zabrana, na poseban način socijalno štetno i neprihvatljivo za uređen suživot ljudi, pa je shodno tome, posebno hitno da se takvo ponašanje spriječi.

Slijedom navedenog, kazneno pravo redovito je mjesto u kojem će se zakonski predvidjeti načelna zabrana prekida trudnoće i u njoj sadržana načelna pravna obveza žene da iznese

trudnoću do kraja. U slučaju da se zbog drugih zaštitnih mjera, koje su sa stajališta Ustavnog prava dostatne, smije u izvjesnoj mjeri odustati od kaznene prijetnje za neopravdane prekide trudnoće, mogla bi to biti dovoljno jasna naznaka da se zabrana za te slučajeve u pravnom poretku uredi na neki drugi način, ispod razine Ustava. (...)

3. Država ne izvršava svoju obvezu zaštite nerođenog ljudskog života samo s time što sprječava napade koji mu prijete od drugih ljudi. Ona se mora suprotstaviti i onim opasnostima koje za taj život osnovano postoje u trenutnim i predvidljivim stvarnim životnim okolnostima žene i obitelji i koje obeshrabruju ženu da iznese trudnoću do kraja (...) S takvim zahtjevom se na majčinstvo i brigu o djetetu gleda kao postignuće koje je i u interesu zajednice i koje zahtijeva opće priznanje.

a) Dužna briga zajednice o majci obvezuje državu da se pobrine za to da trudnoća ne bude prekinuta zbog teške materijalne situacije koja postoji ili bi mogla nastati nakon rođenja djeteta. Isto se tako moraju, što je više moguće, ukloniti nedostaci u obrazovanju i zapošljavanju žene koji bi za nju mogli nastupiti zbog trudnoće.

b) Zaštita nerođenog života, obveza zaštite braka i obitelji (čl. 6. Temeljnog zakona SR Njemačke) i ravnopravnost muškarca i žene u pogledu sudjelovanja u procesu rada (usp. čl. 3. st. 2. Temeljnog zakona SR Njemačke kao i čl. 3., 7. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima od 19. prosinca 1966.) obvezuju državu, posebice zakonodavca, da stvori uvjete pod kojim bi se obiteljski i poslovni život mogli međusobno uskladiti, a prihvaćanje obiteljskih odgojnih zadataka ne bi bilo na štetu posla. To uključuje i pravne i stvarne mjere koje omogućuju usporedo i karijeru i odgoj od strane oba roditelja, kao i povratak u poslovni život i izgradnju karijere nakon vremena uloženog u odgoj djeteta.

d) Konačno, obveza na zaštitu obvezuje državu da u javnosti probudi i oživi opću svijest o pravu na zaštitu nerođenog života. Stoga se državna tijela, u saveznoj državi i u saveznom zemljama, moraju jasno zalagati za zaštitu života. To se upravo i odnosi na školske kurikulume. Javne ustanove koje se bave zdravstvenim pitanjima, obiteljskim savjetovanjem i spolnim odgojem moraju općenito osnažiti volju za zaštitu nerođenog djeteta (...) Javnopravne i privatne radio stanice dužne su tijekom korištenja svojih radijskih sloboda štiti dostojanstvo čovjeka (čl. 5. st. 1. Temeljnog zakona SR Njemačke); i njihov program stoga pridonosi zaštiti nerođenog života.

4. Sukladno navodima pod toč. 2. i 3., država je dužna, u svrhu zaštite života nerođenog, primijeniti odgovarajuće mjere normativne i stvarne prirode kojima bi se, uzimajući u obzir suprotstavljena pravna dobra, postigla primjerena i učinkovita zaštita. Za ovo je potrebno razviti odgovarajući koncept zaštite koji bi povezao preventivne s represivnim elementima. Zakonodavac priprema i normativno provodi takav koncept zaštite. Prema postojećim ustavnopravnim zahtjevima zakonodavac nije slobodan promatrati prekid trudnoće da nije protupravan, dakle, kao da je dopušten, osim izuzetaka koji su ustavnopravno nesporni. Zakonodavac svakako može, prema mjerilima koje još treba konkretizirati, odlučivati o tome na koji način će načelnu zabranu prekida trudnoće integrirati u različita područja pravnog poretka. Međutim, koncept zaštite mora biti postavljen tako da omogućava razvoj potrebne zaštite, a da pritom ne postane vremenski ograničeno odobrenje prekida trudnoće, odnosno da tako djeluje.

Kako bi zaštita nerođenog života bila zajamčena u skladu sa zahtjevima zabrane propisivanja nedostatne zaštite, zakonodavac mora izbor i formu svog koncepta zaštite utemeljiti u procjenama koje su u skladu s Ustavnim pravom. Ako njegovim odlukama prethode predviđanja o stvarnim razvojima, posebno o učinku njegovog uređenja, tada takva predviđanja moraju biti pouzdana; jesu li ona vjerodostojna ocjenjuje Savezni ustavni sud prema sljedećim kriterijima.

a) Zakonodavac ima slobodu procjene, vrednovanja i oblikovanja i kada je, kao u ovom slučaju, ustavnopravno dužan primijeniti djelotvorne i primjerene mjere zaštite pravnog dobra. Opseg tih sloboda ovisi o različitim čimbenicima, posebno o specifičnosti predmetnog područja, mogućnostima donošenja sigurne ocjene prvenstveno o budućem razvoju, kao i učincima neke norme, te značaju pravnih vrijednosti koja su dovedena u pitanje (BVerfGE 50, 290 [332 i dalje]; 76, 1 [51 i dalje]; 77, 170 [214 i dalje]). Nije potrebno razmatrati hoće li se iz ovog moći izvesti tri međusobno različita kontrolna mjerila za ustavnopravnu provjeru (usp. BVerfGE 50, 290 [333]; ustavnopravna se provjera u svakom slučaju proteže na pitanje je li zakonodavac spomenute čimbenike u dovoljnoj mjeri uzeo u obzir i je li svoju slobodu prosudbe primijenio 'na prihvatljiv način'.

(...)

II.

Slijedom navedenog, zakonodavcu nije ustavnopravno zabranjeno u svrhu zaštite nerođenog života, pristupiti konceptu zaštite, koji u ranoj fazi trudnoće težište stavlja na savjetovanje trudnice u slučaju dvojbi u vezi s trudnoćom, kako bi je pridobio za očuvanje trudnoće i kako bi, s obzirom na nužnu javnost i učinak savjetovanja, odustao od prijetnje kaznom koja je određena indikacijama, kao i od utvrđivanja indikacijskih činjeničnih stanja posredstvom trećih osoba.

(...)

3. S obzirom na navedeno ne može se u ustavnopravnom smislu osporiti zakonodavčeva procjena da radi ispunjenja svoje obveze zaštite prihvati koncept prema kojem se učinkovita zaštita nerođenog ljudskog života može barem u ranoj fazi trudnoće ostvariti samo s majkom, a ne protiv nje. Samo ona i onaj kome se ona povjerala znaju u ovom stupnju trudnoće o novom životu, koji još pripada samo majci te je o njoj u svemu ovisan. Ova tajnovitost, bespomoćnost i ovisnost nerođenog djeteta, koje je na jedinstven način povezano s majkom, opravdava zaključak da država ima bolju šansu zaštititi ga ako surađuje s majkom.

(...)

5. Ako zakonodavac ženama, koje pristanu na savjetovanje, prepusti krajnju odgovornost za prekid trudnoće i omogući im da se u slučaju prekida obrate liječniku, onda može opravdano očekivati da će trudnice u slučaju dvojbe prihvatiti savjetovanje i obznaniti svoju situaciju. (...)

III.

Prijeđe li zakonodavac, radi izvršavanja svoje obveze zaštite, na koncept savjetovanja, to znači da se mjerodavan učinak zaštite za nerođeni život treba prvenstveno - preventivno - ostvariti posredstvom savjetodavnog utjecaja na trudnicu koja donosi odluku o prekidu trudnoće. Koncept savjetovanja usmjeren je na jačanje svijesti o odgovornosti žene; ona mora - neovisno o odgovornosti obitelji, socijalne okoline ili liječnika (vidi dolje pod V. i VI.) - donijeti konačnu odluku o prekidu i u tom smislu snositi odgovornost (krajnju odgovornost). To zahtijeva postojanje okvirnih uvjeta kojima se stvaraju pozitivne pretpostavke za djelovanje žene u korist nerođenog djeteta. Samo se u tom slučaju može prihvatiti da koncept savjetovanja, unatoč odustajanju od utvrđivanja postojanja indikacija kao pretpostavke za prekid trudnoće, ima na nerođeni život zaštitni učinak (1). Međutim, nije dopušteno neindicirani prekid trudnoće proglasiti opravdanim (da nije protupravan) kojeg poslije savjetovanja, žene zatraže od liječnika u prvih dvanaest tjedana trudnoće (2). Uostalom zakonodavac je slobodan preuzeti sve posljedice koje slijede iz opće zabrane prekida trudnoće, ako koncept savjetovanja, radi podizanja njegove učinkovitosti, zahtijeva određene iznimke (3).

1. a) U nužne okvirne uvjete savjetodavnog koncepta ubraja se na prvom mjestu obvezno savjetovanje za ženu koje je osmišljeno tako da potakne ženu na rođenje djeteta. Pritom savjetovanje mora biti primjereno prema sadržaju, provođenju i organizaciji, kako bi žena dobila uvide i informacije koji su joj potrebni za odgovornu odluku o nastavku ili o prekidu trudnoće (detaljnije vidi pod IV.).

b) Osim toga, u koncept zaštite moraju biti uključene one osobe koje u slučaju dvojbe u vezi s trudnoćom mogu utjecati - bilo pozitivno, bilo negativno - na volju žene. Ovo se posebice odnosi na liječnike. (...) U koncept zaštite trebaju se uključiti i osobe obiteljskog i šireg socijalnog okruženja trudnice. (...)

c) Zbog razloga koji su navedeni pod D. II. 5. a) i b) odredbe o savjetovanju ne bi trebale predvidjeti neku opću indikaciju nužde kao razlog za opravdanje. To bi proturječilo samom konceptu odredbe. Odredbe o savjetovanju postići će učinkovitu zaštitu tako što će ženu, zbog njezine spremnosti na savjetovanje, poštedjeti od iznošenja razloga koji opravdavaju njezino stanje nužde te je osloboditi od obveze da se podvrgne njihovim utvrđenjima.

(...)

2. Cilj koji je povezan s konceptom savjetovanja, odnosno da zakonodavac ne sankcionira prekide trudnoće koje unutar prvih dvanaest tjedana, na zahtjev trudnica nakon provedenog savjetovanja, obavljaju liječnici bez utvrđivanja indikacija, može se postići samo ako zakonodavac ovakve prekide trudnoće izuzme iz opisa činjeničnog stanja kaznenog djela iz § 218 StGB; oni ne mogu biti proglašeni opravdanima (da nisu protupravna).

(...)

IV.

Obveza zaštite nerođenog ljudskog života nalaže zakonodavcu da, ako se odluči za savjetodavni koncept, utvrdi obveze pri normativnom reguliranju postupka savjetovanja (vidi gore III. 1. a)).

Ovaj koncept, s prenošenjem težišta na osiguravanje preventivne zaštite posredstvom savjetovanja, ima središnji značaj za zaštitu života. Zbog toga zakonodavac pri utvrđivanju sadržaja savjetovanja (1.), pri reguliranju njegove provedbe (2.) i organizacije savjetovanja, uključujući i izbor osoba koje u njemu sudjeluju (3) mora pod uvjetima zabrane propisivanja nedostatne zaštite predvidjeti odredbe koje će biti učinkovite i dovoljne da bi se žena, koja razmišlja o prekidu trudnoće, mogla odlučiti za rođenje djeteta. Samo je tada prihvatljiva procjena zakonodavca da savjetovanjem može postići djelotvornu zaštitu života. (...)

V.

Koncept zaštite pomoću propisa o savjetovanju predviđa liječnika kao sljedećeg sudionika koji je dužan ženi - sada iz perspektive liječnika - dati savjet i pružiti pomoć. Liječnik ne smije samo izvršiti zatraženi prekid trudnoće, nego mora odgovarati za svoje liječničko postupanje. On je obvezan štititi zdravlje i život, te stoga ne smije nekritično sudjelovati u prekidu trudnoće.

Ovdje državna obveza zaštite zahtijeva da nužno sudjelovanje liječnika, koje je u interesu žene, istodobno utječe i na zaštitu nerođenog života.

(...)

6. Obveza države da zaštiti nerođeni život ne zahtijeva da se ugovori liječnika i bolnica koji su zaključeni radi prekida trudnoća za koje, prema konceptu savjetovanja, nije propisana kazna, smatraju kao pravno nevažeći. Naprotiv, koncept zahtijeva da se povodom izvršenja liječničke usluge zasnuje pravni odnos kojim će usluge dobiti pravnu osnovu. (...) Manjkavo ispunjenje obveze savjetovanja i liječenja mora zbog toga načelno imati ugovorne i kaznene sankcije.

Iz ustavnopravne perspektive, ovdje je potrebno diferencirano razumijevanje. Načelno je neophodna građanskopravna sankcija zbog lošeg ispunjenja ugovora i zbog deliktneog ugrožavanja tjelesnog integriteta žene; to se ne odnosi samo na obvezu vraćanja neosnovano plaćenog troška usluge, nego i na naknadu šteta uključujući - u okvirima §§ 823, 847 BGB (Njemački građanski zakonik) - naknadu ženi za nematerijalnu štetu koja je uzrokovana pogrešno provedenim prekidom trudnoće ili rođenjem oštećenog djeteta. Temeljni zakon ne dopušta (čl. 1. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke) da se postojanje djeteta pravno kvalificira kao izvor štete. Dužnost svih državnih vlasti da poštuju svakog čovjeka u njegovom postojanju za njegovo vlastito dobro (usp. gore I. 1. a)], zabranjuje obvezu uzdržavanja djeteta shvaćati kao štetu. (...)

E.

Ispitaju li se prema ovim mjerilima sporni propisi Zakona o trudnicama i obitelji (Schwangeren - und Familiengesetz), tada je jasno da Zakon prilikom dopuštenog prelaska na koncept savjetovanja u prvih dvanaest tjedana trudnoće nije u zahtijevanom opsegu ispunio obvezu učinkovite zaštite nerođenog života iz čl. 1. st. 1. u vezi s čl. 2. st. 2. rečenicom 1. Temelnog zakona SR Njemačke.

(...)

b)Ustavnopravna obveza zaštite života ne dopušta da se § 24 b SGB V (Zakon o socijalnoj zaštiti, knjiga V.) protumači na način da se naknade iz socijalnog osiguranja na isti način odobre za prekide trudnoća čija se pravna utemeljenost ne može utvrditi, kao i za pravno prihvatljive prekide trudnoće. Pravna država smije financirati usmrćivanje, samo ako je ono u skladu s pravom i ako se država sa sigurnošću uvjerila u njegovu zakonitost. (...)

Ako se kod prekida, koji su učinjeni u ranom stadiju trudnoće pod uvjetima koje predviđaju odredbe o savjetovanju, ne može utvrditi smiju li se zbog postojanja općeg stanja nužde smatrati dopuštenima, onda pravna država načelno u tome ne smije sudjelovati - kako financijski tako ni obvezivanjem trećih osoba u okviru zajednica solidarnosti prema propisima socijalnog osiguranja. Država bi takvim sudjelovanjem preuzimala odgovornost za postupke čiju dopuštenost ona, s jedne strane, ne smije prihvatiti iz ustavnopravnih razloga te koje ona, s druge strane, ne može utvrditi u okviru svog koncepta zaštite.

(...)

(2) Načelo socijalne države (čl. 20. st. 1. Temelnog zakona SR Njemačke), ne dopušta državi da s prekidima trudnoće, za koje u okviru savjetovanja nije predviđena kazna, postupka kao da su svi dopušteni, s obzirom na to da u pojedinom slučaju nije provedena ocjena zakonitosti. Socijalna država može se na temeljima ustava ostvariti samo sredstvima pravne države. Načelo pravne državnosti ne bi bilo samo periferno dotaknuto, nego bi štoviše bilo povrijeđeno u samoj jezgri, ako bi država preuzela općenito - dakle, bez diferenciranja karakterističnog za socijalnu državu - posredno ili neposredno (su)odgovornost za postupke o čijoj se zakonitosti ona ne može osvjedočiti.

(...)

b) Zakonodavac regulira na koji način i pod kojim pretpostavkama, za slučajeve u kojima koncept zaštite prema propisima o savjetovanju to zahtijeva, država prema potrebi treba ženi naknaditi troškove. (...) Odobravanje takvog socijalnog izdatka ne dovodi državu u proturječnost sa zahtjevima koji proizlaze iz njezine obveze zaštite. Ona ovime a priori sprječava žene u traženju ilegalnih rješenja, i samim time u ugrožavanju ne samo vlastitog zdravlja, nego i uskraćuju šansu nerođenom djetetu za spas putem liječničkog savjetovanja.

(...)

4. Također se u pravu na daljnju isplatu plaće pokazuje da, s obzirom na specifičnost koja mu pripada u radnom pravu, kao i na potrebe koncepta zaštite koji odgovara gore predstavljanim načelima (D.III.3), iz obveze naknade nije potrebno isključiti one prekide trudnoće koji su izuzeti iz kaznenog djela navedenog u § 218 StGB n.F. (Kaznenog zakona, novo izdanje).«

4) Ustavni sud Španjolske

20. Ustavni sud Španjolske u presudi broj: 53/1985 od 11. travnja 1985. navodi:

»7. Ukratko, ne mogu se prihvatiti tvrdnje podnositelja u prilog tezi da i nerođeno dijete ima i pravo na život, međutim, u svakom slučaju, a to je odlučno za predmet ove žalbe, potrebno je navesti da je život nerođenog djeteta, u skladu s argumentima o naprijed navedenim pravnim pitanjima (points of law), zakonsko pravo zajamčeno člankom 15. našeg Ustava.

Na temelju razmatranja iz obrazloženja pravnih pitanja (points of law) br. 4, ta zaštita koju nerođenom djetetu pruža Ustav nameće državi dvije obveze načelne naravi: prvo, suzdržavanje od prekidanja ili ometanja prirodnog tijeka trudnoće i drugo, uspostavu pravnog sustava za zaštitu života koji podrazumijeva njegovu djelotvornu zaštitu i koji, s obzirom na temeljnu prirodu života, također uključuje, kao konačno jamstvo, kaznene propise. To ne znači da ta zaštita mora biti apsolutna; u stvari, kao što je to slučaj sa svim Ustavom zajamčenim pravima, u određenim okolnostima ona može, a u nekima mora, biti ograničena, kao što ćemo to vidjeti u nastavku teksta.

8. Zajedno s vrijednošću ljudskog života, i njegovoj moralnoj dimenziji, naš je Ustav osobno dostojanstvo uzdignuo na razinu temeljne pravne vrednote, koja je, ne dovodeći u pitanje prava koja jamči, neraskidivo povezana sa slobodnim razvitkom osobnosti (članak 10.), pravom na tjelesni i moralni integritet (članak 15.), pravom na slobodu mišljenja i vjerovanja (članak 16.), na čast, na osobnu i obiteljsku privatnost i na vlastitu sliku (članak 18. stavak 1.). Iz značenja tih načela može se zaključiti da je dostojanstvo duhovna i moralna vrijednost inherentna osobi, koje se osobito očituje u svjesnom i odgovornom samoodlučivanju o vlastitom životu i koje prati zahtjev da ga poštuju drugi.

Dostojanstvo se jamči svim osobama. Međutim, u tumačenju Ustava i u pokušaju da se to načelo pobliže odredi, očito je da se ne može ignorirati ni stanje žene kao ni utvrđivanje naprijed navedenih prava u okviru majčinstva, prava koja država mora poštovati i doprinositi njihovoj djelotvornosti, u okviru ograničenja nametnutih postojanjem drugih prava također zajamčenih Ustavom.

9. U svijetlu prethodnih razmatranja moguće je analizirati prijedlog koji je predmet ove žalbe u cilju ocjene navodne neustavnosti odredaba koje propisuju izuzetke u kojima prekid trudnoće nije kažnjiv, kao što su to naveli podnositelji.

Zakonodavstvo (legislature) se temelji na skupu pred ustavnih pravila (pre-constitutional ili u španjolskom tekstu ‘normativa preconstitucional’) koji kazneni sustav koristi kao sredstvo za zaštitu života nerođenog djeteta (članci 411. do 417. Kaznenog zakona), propisi koji su ograničeni na utvrđenje da prekid trudnoće u određenim slučajevima nije kažnjiv, točnije zbog terapijskih, etičkih i eugeničkih razloga (obrazloženje pravnih pitanja br. 2). Pitanje koje treba ispitati jest može li zakonodavac isključiti određene slučajeve života nerođenog djeteta iz kaznene zaštite.

(...)

Ti sukobi izuzetno su ozbiljni i posebne jedinstvene naravi i ne mogu se promatrati isključivo iz perspektive prava žena ili zaštite života nerođenog djeteta. Jedno ne može bezuvjetno prevladati nad drugim, kao što ni prava žene ne mogu apsolutno prevladati nad životom fetusa, budući da

prevladavanje pretpostavlja gubitak u svakom slučaju prava koje ne samo da je zaštićeno Ustavom već i koje utjelovljuje središnju vrijednost ustavnog sustava. Stoga, u mjeri u kojoj se apsolutna priroda bilo kojeg od njih može potvrditi, tumač Ustava mora razmotriti prava na temelju postavljenog pitanja i pokušati ih uskladiti, navodeći uvjete i zahtjeve u kojima prevladavanje jednog prava nad drugima može biti dopušteno.

(...)

U odnosu na naprijed navedeno, a s ustavnog stajališta, potrebno je spomenuti vezu između uvjeta iz članka 49. Ustava - uključujući i one u Poglavlju III. 'Vodeća načela socijalne i ekonomske politike' iz Glave I. 'Temeljna prava i dužnosti' - i zaštite života nerođenog djeteta iz članka 15. Ustava. Doista, unaprjeđivanje provedbe preventivnih politika i generaliziranje i intenziviranje pomoći u socijalnoj državi (na tragu odredbi iz Zakona od 7. travnja 1982. o osobama s invaliditetom), izuzetno će doprinijeti izbjegavanju situacije na kojoj se temelji dekriminalizacija.

12. S ustavnog stajališta, nacrt zakona, budući da propisuje da prekid trudnoće u određenim slučajevima nije kažnjiv, određuje opseg kaznene zaštite nerođenog djeteta, koji je u tim slučajevima isključen na temelju zaštite ustavnih prava žene i okolnosti koje se javljaju u specifičnim situacijama. Stoga, nakon što smo utvrdili da su ti slučajevi u skladu s Ustavom, potrebno je ispitati osigurava li dostatno pravilo iz članka 417.bis Kaznenog zakona, u izričaju iz nacrta zakona, rezultat vaganja sukobljenih prava na način da se propust da se zaštititi fetus ne događa izvan propisanih situacija, te da pravo žene na život i pravo na tjelesni integritet nisu bez zaštite, pri tome izbjegavajući da žrtvovanje nerođenog djeteta, ako je ono prikladno, nepotrebno dovede do gubitka drugih ustavom zajamčenih prava. To stoga jer država ima obvezu, kao što je to već rečeno u obrazloženju pravnih pitanja br. 4. i 7. ove presude, jamčiti pravo na život, uključujući i život nerođenog djeteta (članak 15. Ustava) putem pravnog sustava koji podrazumijeva njegovu djelotvornu zaštitu, koja zahtjeva, u mjeri u kojoj je to moguće, uspostavu nužnih jamstava koja će osigurati da djelotvornost navedenog sustava ne padne ispod razine koju zahtjeva svrha tog novog pravila.

Zakonodavac je svjestan te zabrinutosti jer zakon općenito propisuje da prekid trudnoće mora napraviti liječnik uz suglasnost trudnice, da se u slučaju da je trudnoća posljedica silovanja mora podnijeti prigovor, te da nepovoljnu prognozu zdravlja fetusa mora pratiti mišljenje dva različita liječnika specijalista (koji nisu liječnik koji obavlja operaciju). Prema tome, utvrđene su specifične mjere koje će osigurati kontrolu slučajeva utemeljenih na djelomičnoj dekriminalizaciji prekida trudnoće; prema riječima državnog odvjetnika, to je pitanje jamstava i izvjesnosti činjenične pretpostavke tog pravila u skladu sa standardima u pozitivnim propisima susjednih zemalja.

Stoga je potrebno ispitati jesu li ta jamstva dostatna da bi se moglo smatrati da je uređenje tog pitanja iz nacrta zakona sukladno s naprijed navedenim ustavnim zahtjevima iz članka 15. Ustava.

Vezano uz prvi slučaj, tj. terapijski prekid trudnoće, Sud smatra da propisana intervencija liječnika da prekine trudnoću bez bilo kakvog prethodnog medicinskog mišljenja nije dostatna.

Zaštita nerođenog djeteta prije svega zahtijeva da, kao što je to i kod eugeničkog prekida trudnoće, liječnik s odgovarajućom specijalizacijom potvrdi postojanje svake osnove za takav prekid trudnoće i da se mišljenje o okolnostima svakog pojedinog slučaja.

Nadalje, u slučaju terapijskog ili eugeničkog prekida trudnoće ta je potvrda po prirodi stvari nužna prije samog prekida trudnoće, budući da je on ireverzibilnog karaktera i stoga država ne može biti nezainteresirana za tu potvrdu.

Isto tako, ne može biti nezainteresirana za stvarno obavljanje prekida trudnoće ako se uzme u obzir o kojim je pravima riječ - zaštita života nerođenog djeteta i prava na život i zdravlje majke, koji su u prvom slučaju i temelj za dekriminalizaciju - tako da se prekid trudnoće može izvesti u odgovarajućim zdravstvenim uvjetima čime se smanjuje rizik za majku.

Prema tome, zakonodavac bi trebao osigurati da se provjera pretpostavki u slučajevima terapijskog ili eugeničkog prekida trudnoće, kao i samo obavljanje prekida trudnoće, odvijaju u javnim i privatnim medicinskim centrima ovlaštenim za tu djelatnost, ili bi se unutar ustavnog okvira trebalo usvojiti neko drugo rješenje.

Ustavni zahtjevi ne bi bili narušeni ako bi zakonodavac odlučio isključiti trudnicu iz kruga kazneno odgovornih osoba u slučaju nepoštovanja zahtjeva navedenih u prethodnom stavku, s obzirom na to da je njegov krajnji cilj učiniti djelotvornom obvezu države da se pri obavljanju prekida trudnoće poštuju ograničenja propisana zakonom i prekid trudnoće obavlja u zdravstvenim uvjetima koji omogućuju čuvanje prava na život i zdravlja žene.

Što se tiče provjere pretpostavki za etički prekid trudnoće, sudska potvrda kaznenog djela silovanja prije prekida trudnoće predstavlja ozbiljnu objektivnu teškoću jer moguća duljina sudskog postupka može doći u sukob s maksimalnim rokom unutar kojeg se prekid trudnoće može obaviti. Stoga Sud smatra da je obveza podnošenja prethodne žalbe propisana nacrtom zakona u naprijed navedenom slučaju dostatna da ispuni ustavni zahtjev za verifikaciju pretpostavke.

Konačno, jasno je da u okviru Ustava zakonodavac može usvojiti bilo koje rješenje, jer nije na Sudu da zamjeni zakonodavca. Međutim, prema članku 79.4.b. Organskog zakona o Ustavnom sudu (Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, op. Ustavnog suda), njegova je zadaća upozoriti na potrebne izmjene koje bi po njegovom mišljenju - bez da isključe neka druga moguća rješenja - omogućile da zakon formalizira odgovarajuće tijelo.

13. Podnositelji smatraju da pristanak u slučajevima propisanim u stavcima 1. i 3. članka 417.bis Kaznenog zakona, u izričaju koji donosi nacrt, ne bi smjela davati samo majka i posebno se osvrću na sudjelovanje oca, smatrajući da njegovo isključivanje iz postupka krši članak 39.3. Ustava.

Sud nalazi da je rješenje koje je predložio zakonodavac u skladu s Ustavom s obzirom na posebnu prirodu odnosa između majke i nerođenog djeteta iz kojeg proizlazi da odluka prvenstveno utječe na njezin život.

14. Podnositelji na kraju tvrde da nacrt zakona ne sadrži odredbu o posljedicama koje proizlaze iz kaznenog uređenja u drugim pravnim područjima, posebno naglašavajući prigovor savjesti, postupak za davanje suglasnosti maloljetnice ili osobe pod starateljskom skrbi te uključivanje prekida trudnoće u sustav socijalnog osiguranja.

Sud je svjestan posebne važnosti tih pitanja kao i svih onih koji izviru iz prava žene na dobivanje potrebnih informacija za donošenje odluke, i to ne samo medicinske prirode, koje čine osnovu za valjani pristanak, već i društvene prirode.

Međutim ta pitanja, iako njihova regulacija može biti od velikog interesa, nisu u vezi s odlukom o ustavnosti zakona koja se, na temelju članka 79. Ustava, mora kretati u okvirima osporenog kaznenog uređenja.

Ipak, u odnosu na prigovor savjesti bitno je primijetiti da to pravo postoji i može se ostvariti neovisno o tome je li taj propis donesen ili ne. Prigovor savjesti dio je temeljnog prava na ideološke i vjerske slobode zajamčenog člankom 16. stavkom 1. Ustava, a Ustav je izravno primjenjiv, posebno u odnosu na temeljna prava, kao što je to Sud već nekoliko puta naznačio.

U odnosu na način na koji se za maloljetnice ili ženske osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost daje suglasnost može se primijeniti uređenje utvrđeno pozitivnim pravom, bez da se dovede u pitanje činjenica da zakonodavac može procijeniti jesu li postojeći propisi odgovarajući iz perspektive kaznenog uređenja o kojem je riječ.

RJEŠENJE

U svjetlu naprijed navedenog, Ustavni sud u skladu s OVLASTIMA PROPISANIM USTAVOM ŠPANJOLSKOG NARODA presudio je:

da nacrt organskog zakona kojim se u Kazneni zakon dodaje članak 417.bis nije u skladu s Ustavom, ne zbog toga što propisuje slučajeve u kojima se prekid trudnoće ne kažnjava, već zbog toga što ne ispunjava ustavne zahtjeve iz članka 15. Ustava, koji je stoga povrijeđen do mjere i zbog razloga izraženih u točki 12. obrazloženja pravnih pitanja ove odluke.«

VIII. OCJENA USTAVNOG SUDA

A. UVOD

21. Prekid trudnoće kompleksno je, i k tome kontroverzno pitanje, kojem se ne može i ne smije pristupiti jednoznačno. Riječ je o duboko moralnom, svjetonazorskom, etičkom, filozofskom, medicinskom, znanstvenom, religioznom i pravnom pitanju o kojem ni među stručnjacima u pojedinom području nema konsenzusa. Samim time otežano je usuglašavanje stajališta među pojedinim područjima, koja se nužno preklapaju te ih se mora interdisciplinarno promatrati radi davanja odgovora na dvojbe koje iz tog pitanja proizlaze (odnosno njegove nedopustivosti ili dopustivosti).

U ustavnopravnom i zakonodavnom smislu prekid trudnoće postao je aktualan osobito u posljednjim desetljećima prošlog stoljeća, a nastavlja se i u ovom stoljeću. Međutim, na nacionalnoj i globalnoj razini konsenzus o tome kad počinje život, u bilo kojem području, uključujući i ustavnopravno i zakonodavno, još nije postignut.

U međuvremenu doneseni su brojni međunarodni dokumenti i ustanovljena određena praksa međunarodnih sudova, koji su utvrdili određene standarde i pravila. Unatoč tome, ne može se govoriti o postojanju općeg konsenzusa. Štoviše, međunarodna sudišta i sama ističu da je postignut određeni napredak, ali da se još uvijek ne može govoriti o postojanju opće prihvaćenih stajališta koja bi kao zajedničko nasljeđe obvezivala sve države (v. točke od 7. do 16. obrazloženja ovog rješenja u kojima su citirani relevantni dijelovi nekih međunarodnih dokumenata i prakse sudova).

1) Moralni aspekt

22. »Srž problema«, posebice ako ga se promatra primarno sa zakonodavnog aspekta, nalazi se u tome što se iskonsko moralno i svjetonazorsko pitanje, pokušava »prelomiti« tako što će se urediti (prisilnom) pravnom normom. Međutim, moralni stavovi (osobito ako se povežu s nečijim religioznim/vjerskim uvjerenjima) mogu biti u međusobnom sukobu, čak se i međusobno isključivati. Riječ je o pitanju morala, etike i vjere, kako ga svaki pojedinac, u skladu sa svojim pravom na samoodređenje poima i prosuđuje. Iluzorno je stoga očekivati da će se samom njegovom zakonskom regulacijom riješiti sve dileme i podjele koje to pitanje izaziva u društvu. Složenost i osjetljivost odnosa prava i morala odražava i opterećuje rješavanje pitanja prekida trudnoće.

Pri tome se često ispušta iz vida da se moralni stavovi ne mogu uvijek, i ne moraju nužno, pretočiti u pravne norme, a da moralne dužnosti, i onda kada su zakonski uređene, prelaze granice zakona. Moralne dužnosti stoga ne mogu biti isključiva osnova za pravno uređenje određenog pitanja. Prekid trudnoće jest, prije svega, moralno pitanje koje se tiče ne samo savjesti, prava i dostojanstva žene (koja želi, namjerava prekinuti trudnoću), već se ogleda i u stajalištu određene društvene zajednice o etičkoj prihvatljivosti ili neprihvatljivosti nekog čina (javnom moralu), filozofskim i etičkim stavovima o pravu na zaštitu i pravu na dostojanstvo ljudskog bića i prije rođenja i sl.

Zbog toga ne čudi što pitanje prekida trudnoće izaziva duboke podjele i rasprave u svim društvima. Može se, ipak, ustvrditi da su na nacionalnoj i globalnoj razini formirana dva međusobno moralno suprotstavljena »tabora« (skupine): protivnici »prava na pobačaj«, koji se nazivaju »za život« (pro life), i njegovi zagovornici, koji se nazivaju »za izbor« (pro choice), a koji su pod tim nazivom prihvaćeni i u nekim međunarodnim dokumentima. Moralni se argumenti tih dviju skupina sažeto svode na sljedeće.

22.1. Zagovornici gledišta »za život« smatraju da život započinje začecem, da je embrio ljudsko biće koje mora uživati sva ljudska prava, uključujući i pravo na život. Majčino tijelo je »samo mjesto na kojem nerođeno dijete raste i hrani se«, pa žena nema pravo (samo)odlučivanja o životu nerođenog djeteta. Naglašavaju i prava oca, odnosno nužnost (su)odlučivanja i djetetova oca. Prekid trudnoće je za njih ubojstvo, (nasilan) prekid ljudskog života. Čini se da su u toj

skupini moralna gledišta uvjetovana i religioznim uvjerenjima njegovih zagovornika, budući da su vjerska stajališta većine religija komplementarna i u velikoj se mjeri podudaraju s gledištima zagovornika »za život«.

22.2. Zagovornici gledišta »za izbor« smatraju da je pravo žene na siguran prekid trudnoće temeljno ljudsko pravo koje proizlazi iz prava žene na život, samoodređenje, dostojanstvo i zdravlje. Restriktivni zakoni koji zabranjuju prekid trudnoće samo izlažu žene povećanim zdravstvenim rizicima i djeluju diskriminirajuće. Oni ne znače da se prekid trudnoće neće obavljati ili da će se njihov broj smanjiti već samo ženi smanjuju dostupnost sigurnom prekidu trudnoće. Zabrana prekida trudnoće stoga prisiljava žene da pribjegavaju alternativnim rješenjima i obavljaju ilegalne prekide trudnoće te time dovode u opasnost svoj život i zdravlje. Budući da je ženino pravo na reproduktivno samoodređenje temeljno ljudsko pravo, smatraju to nedopustivim. Samo žena može odlučivati o svom tijelu, životu, zdravlju i dostojanstvu, a neželjena trudnoća može predstavljati veliki teret za fizičku i emocionalnu dobrobit žene.

2) Zakonodavni aspekt - komparativni prikaz europskog zakonodavstva

23. Polazeći od navedenog, (samo) moralnog prijevora i oštre podijeljenosti javnosti, očito je da je normativno uređenje dopuštanja ili zabrane prekida trudnoće za svakog zakonodavca veliki izazov. Tim više što bi svaki razuman zakonodavac trebao težiti tome da svojim zakonodavnim rješenjima ne produbljuje, već ublažava društvene podjele te približava i harmonizira vrijednosti i stavove koje zastupaju pojedine društvene skupine. Zakonodavna rješenja pojedinih država različita su, budući da je svaka država u vrijeme usvajanja relevantnog zakonodavstva polazila od svog moralnog, kulturnog, religioznog, socijalnog i drugog nasljeđa, te ga mijenjala ili dopunjavala u skladu s promjenama u društvu i sustavu društvenih vrijednosti. Teško je stoga sačiniti pouzdanu komparativnu analizu, a kamoli govoriti o zajedničkom nazivniku.

23.1. Ipak, komparativni prikaz pokazuje da je prekid trudnoće, kad je riječ o državama članicama Vijeća Europe, odnosno Europske unije dopušten, uz veća ili manja ograničenja, u gotovo svim državama. Većina europskih država dopušta prekid trudnoće na zahtjev i/ili iz široko postavljenih zdravstvenih i socioekonomskih razloga.

Irska dopušta prekid trudnoće samo i isključivo zbog ugroženosti života žene, dok ga Sjeverna Irska dopušta i zbog ugroženosti zdravlja žene. U Poljskoj je dopušten samo iz zakonom restriktivno određenih razloga, kada postoji ozbiljna opasnost za život i zdravlje žene ili zbog deformacije fetusa. Malta i Andora ne dopuštaju ga niti iz takvih razloga (dakle, apsolutno zabranjuju prekid trudnoće). Restriktivni zakoni i praksa tih država kojima se ugrožava, čak i u izvanrednim okolnostima, život i zdravlje žene predmet su kritika (osude) raznih međunarodnih tijela. U odnosu na neke od njih, ESLJP utvrdio je povredu prava zaštićenih Konvencijom (članka 3. i/ili članka 8. odnosno članka 10. Konvencije - v. npr. Tysiac protiv Poljske (presuda, 20. ožujka 2003., zahtjev br. 5410/03), R. R. protiv Poljske (presuda, 28. studenoga 2011., zahtjev br. 27617/04), P. i S. protiv Poljske, A. B. i C. protiv Irske - v. o tome detaljnije u točkama 15.1., 15.2. i 15.3. obrazloženja ovog rješenja).

Prekid trudnoće na zahtjev i/ili iz socioekonomskih razloga

24. Europske države koje dopuštaju prekid trudnoće na zahtjev vezuju ga uz raniji stupanj trudnoće (obično do 10., 12. ili 14. tjedna). Tako se, primjerice, u Portugalu prekid trudnoće na zahtjev može tražiti do 10. tjedna, u Španjolskoj do 14. tjedna, u Francuskoj do 12. tjedna, u Slovačkoj do 10. tjedna, u Švedskoj do 18. tjedna i sl. Države koje dopuštaju prekid trudnoće na zahtjev, ali ga vezuju uz određene, široko postavljene zdravstvene i socioekonomske razloge, također ga vezuju uz određeni stupanj trudnoće. Tako se, primjerice, u Norveškoj i Ujedinjenom Kraljevstvu prekid trudnoće može obaviti do 24. tjedna trudnoće, u Italiji do 12. tjedna.

Zakoni država koje dopuštaju prekid trudnoće predviđaju da nakon isteka razdoblja u kojem se on može zakonito obaviti na zahtjev, uz ili bez socioekonomskih razloga, zdravstveni stručnjaci mogu obaviti prekid trudnoće i u višim stupnjevima trudnoće, ako postoji opasnost za život žene, za njezino tjelesno i mentalno zdravlje, te u slučaju teških ili fatalnih oštećenja fetusa.

24.1. U europskim državama koje dopuštaju prekid trudnoće razdoblje potrebno za donošenje odluke (»razdoblje promišljanja«) te savjetovanje (obvezujuće ili neobvezujuće) predviđeno je u zakonodavstvima nekih država zapadne Europe (primjerice, u Španjolskoj), dok se u državama sjeveroistočne Europe ne traži.

Prekid trudnoće maloljetnih osoba u pravilu je dopušten uz pristanak roditelja ili skrbnika, osim u Belgiji gdje je dopušten i bez njihovog pristanka. Troškovi prekida trudnoće razlikuju se od države do države i ovise o dobi žene i njezinom socijalnom statusu.

25. Zaključno, može se reći da komparativni prikaz, uz uvažavanje svih opasnosti generalizacije, posebice imajući u vidu brojnost i raznolikost zakonodavnih rješenja, pokazuje da je prekid trudnoće dopušten u najvećem broju europskih država, uključujući i one (rijetke) pravne sustave u kojima se pravo na život priznaje i nerođenom biću (fetusu). Riječ je o Njemačkoj u kojoj je Savezni ustavni sud u odluci 39 BVerfGE1, 1975. (v. točku 19. obrazloženja ovog rješenja u kojoj su citirani relevantni dijelovi te odluke), utvrdio da pravo na život ima svatko, tj. sve ljudske individue neovisno o fazi njihova razvoja, a da život u smislu povijesne egzistencije ljudske individue postoji prema provjerenoj biološko-fiziološkoj spoznaji od 14. dana od dana začeca.

3) Međunarodni dokumenti

26. Nepostojanje konsenzusa na europskoj i globalnoj razini vjerojatno je jedan od razloga zbog kojeg nijedan međunarodni akt, kojim se uređuju ljudska prava i slobode, uključujući i one koje se primarno bave zaštitom prava žena i djece, ne daje definiciju niti tumači tko se podrazumijeva pod pojmom »svatko«, čija se prava i slobode zajamčena tim aktom štite. Obuhvaća li pojam »svatko« i rođeno i nerođeno, smatra li se ljudskim bićem koje ima punu pravnu osobnost i nerođeno biće (embrio i/ili fetus), odnosno ako da od kada, od kojeg stupnja svojeg razvoja nerođeno biće stječe taj status.

Drugim riječima, ne daju i ne pokušavaju dati odgovor na pitanje kada počinje život. Notorno je i općeprihvaćeno da svako ljudsko biće ima pravo na život, ali tko se ima smatrati ljudskim bićem u smislu osobe koja uživa punu pravnu zaštitu? Termini koji se koriste u međunarodnim dokumentima općenite su i načelne naravi, ne daju nedvosmislen odgovor na ovu dvojbu (kao ni

zakoni većine europskih država), te otvaraju prostor za različita tumačenja, katkada i međusobno oprečna (neki od tih dokumenata citirani su u točkama od 7. do 11. obrazloženja ovog rješenja).

26.1. Primjerice, u članku 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima navodi se da se »sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima«, dok se u članku 3. navodi »da svatko ima pravo na život«.

Članak 6. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisuje da »nitko ne smije biti samovoljno lišen života«.

Konvencija o pravima djeteta definira dijete kao »svako ljudsko biće mlađe od osamnaest godina«, te člankom 6. propisuje da se »priznaje svakom djetetu prirodno pravo na život«.

Članak 1. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, kao svrhu i predmet Konvencije određuje »zaštitu dostojanstva i identiteta ljudskih bića i jamči svima, bez diskriminacije, poštovanje njihovog integriteta i drugih prava i temeljnih sloboda u pogledu primjene biologije i medicine«. Članak 2. stavak 1. Konvencije propisuje: »Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom.«

4) Međunarodni standardi

a) Praksa UN-a i WHO-a

26.2. Odbori i specijalizirane agencije UN-a zahtijevaju da prekid trudnoće bude legalan i dostupan u situacijama kada trudnoća ugrožava mentalno ili fizičko zdravlje trudne žene, njezin život ili život fetusa, te u situacijama silovanja, incesta i drugog seksualnog nasilja, kao i da se te indikacije široko interpretiraju. Odbori kontinuirano upozoravaju na povezanost restriktivnih zakona o prekidu trudnoće i stope smrtnosti trudnica. Restriktivni zakoni nisu samo oni koji usko postavljaju indikacije, nego i oni koji proceduralnim ili drugim preprekama u praksi ograničavaju pristup prekidu trudnoće. Države moraju osigurati dostupnost, pristupačnost, prikladnost i dobru kvalitetu usluge prekida trudnoće. To uključuje uspostavljanje jasnog pravnog okvira, koji sadrži smjernice o okolnostima u kojima je prekid trudnoće zakonit, prikladno reguliranje prava na prigovor savjesti na način koji ne ugrožava dostupnost prekida trudnoće te ukidanje proceduralnih prepreka kao što su obvezno savjetovanje ili obvezna razdoblja čekanja. Kada države onemogućuju pristup zakonitom i sigurnom prekidu trudnoće, žene se odlučuju na prekid unatoč zabrani (tzv. nesigurni pobačaj), dovodeći u opasnost svoje zdravlje i život. Odbori stoga potiču države na liberalizaciju zakona o prekidu trudnoće te konzistentno kritiziraju države s restriktivnim zakonima.

WHO također prepoznaje poveznice između restriktivnih zakona o prekidu trudnoće, nesigurnog pobačaja i smrtnosti žena. Nesigurni pobačaji jedan su od četiri glavna uzroka pobolijevanja i smrtnosti žena, što čini 13% uzroka smrti trudnica i 20% ukupne smrtnosti i invaliditeta zbog trudnoće i poroda. U državama u kojima su prekidi trudnoće zakoniti i dostupni na zahtjev ili uz široko postavljene restriktivne razloge, njihov se broj, te smrtnost i obolijevanje zbog prekida trudnoće smanjuje. Ograničavanje mogućnosti zakonitog pristupa prekidu trudnoće ne smanjuje potrebu za njim, već povećava broj žena koje se odlučuju na nezakonite i nesigurne pobačaje. U

onim državama koje imaju restriktivne zakone o prekidu trudnoće žene se odlučuju na usluge u susjednim državama u kojima su oni zakoniti što je povezano s troškovima (često i znatnim), odgađa uslugu i stvara društvene nejednakosti. Zakoni i pravila koja olakšavaju pristup sigurnom pobačaju ne povećavaju postotak ili broj prekida trudnoće, već smanjuju nezakonite i nesigurne zahvate.

26.3. Odgovor na »pitanje svih prijepora« kada počinje život ne daju ni pravorijeci međunarodnih sudova doneseni u odnosu na tumačenje i primjenu međunarodnih dokumenata, odnosno sukladnost nacionalnih zakonodavstava s načelima sadržanima u tim međunarodnim dokumentima.

b) Praksa ESLJP-a

27. ESLJP u svojoj dosadašnjoj praksi, također, nije protumačio pojam »život« i postavio za njega odgovarajuće pravne standarde. Upravo suprotno, moglo bi se reći da je bio vrlo obziran i oprezan, polazeći od toga da ne postoji europski pravni ili znanstveni konsenzus o tom pitanju. Sukladno takvom stajalištu, ESLJP se u dosadašnjim postupcima, koji su se odnosili na prekid trudnoće i u kojima se od njega tražilo određenje pojma »život« i od kada »život« počinje u smislu članka 2. Konvencije, ograničavao i »štiti« posebnim okolnostima konkretnog slučaja ostavljajući državama široku slobodu procjene.

ba) U odnosu na članak 2. Konvencije

27.1. Pravo na život uređeno je člankom 2. Konvencije pa već i njegovo mjesto jasno pokazuje da ono u Konvenciji zauzima prvo i najvažnije mjesto. Ono je »jedno od temeljnih vrijednosti demokratskih društava koja čine Vijeće Europe«, što je ESLJP utvrdio još u prvoj presudi u kojoj je odlučivao o povredi prava na život (McCann i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva). Člankom 2. Konvencije štiti se pravo na život svakoga. Međutim, iako je hijerarhijski najviše, najvažnije pravo, jer bez prava na život sva druga prava i slobode nemaju smisla, pravo na život iz članka 2. Konvencije nije apsolutno u smislu da se njime život štiti bezuvjetno. Ono se odnosi na zaštitu od nezakonitog i nasilnog oduzimanja, jer oduzimanje života, u određenim, strogo propisanim okolnostima, može biti opravdano.

ESLJP u tumačenju i primjeni članka 2. Konvencije polazi od stajališta da nije poželjno (»Sud se osvjedočio da nije ni poželjno«, Vo protiv Francuske, § 85.), a ni moguće apstraktno odgovoriti na pitanje je li nerođeno dijete osoba u smislu članka 2. Konvencije. Stoga, jednako je legitimno za državu da odabere ili ne odabere smatrati »nerođene« osobama s ciljem zaštite života. Iako je prihvatio da »nerođeni« počinju dobivati određenu zaštitu u svjetlu znanstvenog napretka i potencijalnih rezultata istraživanja u području genetičkog inženjerstva, medicinski potpomognute oplodnje, te eksperimentiranja s embrijem, zadržao se na konstataciji da se u najboljem slučaju zajedničkom osnovom među državama može smatrati da embrij/fetus pripada ljudskoj rasi. Potencijal tog bića i njegova sposobnost da postane osoba koja uživa određena građanska prava (primjerice, nasljeđivanje i darovanje) zahtijeva zaštitu ljudskog dostojanstva koja se može priznati i tom biću, a da se od njega ne stvori »osoba« s »pravom na život« u smislu članka 2. Konvencije (Vo protiv Francuske, § 84.).

27.2. Moglo bi se stoga reći da stajalište o domašaju članka 2. Konvencije u odnosu na nerođeno (biće) polazi od toga da Konvencija ne definira ni pojam »svatko« ni pojam »život«. Članak 2. Konvencije sadrži dva temeljna elementa: opću obvezu zaštite života zakonom i zabranu namjernog lišenja života osim u određenim, strogo propisanim, slučajevima. Čak i pod pretpostavkom da se može smatrati da fetus ima prava zajamčena člankom 2. Konvencije, procjena eventualne povrede njegovih prava ovisi o osobitim okolnostima konkretnog slučaja, odnosno o tome je li nacionalnim zakonodavstvom o prekidu trudnoće uspostavljena pravedna ravnoteža između potrebe da se zaštiti fetus, s jedne strane, i prava i interesa žene, s druge strane. Tako je, primjerice, u predmetu Boso protiv Italije (odluka, 5. rujna 2002., zahtjev br. 50490/99) ESLJP utvrdio da je mjerodavno talijansko zakonodavstvo koje dopušta prekid trudnoće u prvih 12 tjedana trudnoće, ako postoji opasnost za tjelesno ili psihičko zdravlje žene (a nakon toga se prekid trudnoće može napraviti samo ako bi nastavak trudnoće ili porod ugrozio život žene, ili ako je utvrđeno da će se dijete roditi s teškom dijagnozom koja bi mogla ugroziti ženino tjelesno ili psihičko zdravlje), usmjereno na zaštitu zdravlja žene. Utvrdio je da je odredbama nacionalnog zakonodavstva uspostavljena pravedna ravnoteža između potrebe da se zaštiti fetus, s jedne strane, i interesa žene, s druge strane.

Stoga, a zbog nepostojanja zajedničkog pristupa (konsenzusa) u pogledu početka života, u ocijeni nacionalnih pravnih rješenja primijenjenih u pojedinačnim slučajevima, ESLJP primjenjuje test razmjernosti i ocjenjuje je li država, u okviru široke slobode procjene, postigla pravednu ravnotežu između zaštite pojedinačnih prava i javnog interesa. Sloboda procjene sužava se u slučajevima kada postoji konsenzus, i kada je riječ o pitanjima koja se tiču temeljnih aspekata privatnog života (članak 8. Konvencije). Ako se tiče morala ili je riječ o velikim nacionalnim reformama, ona je znatno šira. Kao što je vidljivo, pitanje konsenzusa i slobode procjene osobito je složeno u pitanju prekida trudnoće.

27.3. ESLJP nadalje polazi od toga da u većini država Vijeća Europe postoji tendencija prema liberalizaciji prekida trudnoće, kao i da je većina država u svojim zakonodavstvima riješila suprotstavljena prava fetusa i prava žene (majke) u korist lakšeg pristupa prekidu trudnoće.

bb) U odnosu na članak 8. Konvencije

28. U tom kontekstu članak 2. Konvencije vezan je uz članak 8. Konvencije, budući da zakonodavstvo koje regulira prekid trudnoće dotiče područje privatnog života, a kada je žena trudna, njezin privatni život postaje blisko vezan s fetusom u razvoju. Pri tome je članak 8. Konvencije relevantan s dva aspekta.

28.1. Prvi je aspekt zaštita prava na privatni život žene u odnosu na donošenje (samostalno) odluke o pravu na život, s jedne strane, te prava potencijalnog oca na donošenje odluke, s druge strane. ESLJP smatra da svako tumačenje prava potencijalnog oca iz članka 8. Konvencije, u slučaju kada majka namjerava prekinuti trudnoću, prije svega mora voditi računa o njezinim pravima, budući da se trudnoća, njezin nastavak ili prekid, prvenstveno tiču nje (X. protiv Ujedinjenog Kraljevstva [odluka Komisije, 13. svibnja 1980., zahtjev br. 8416/79, Decisions and Reports (DR) 19], H. protiv Norveške [odluka, Komisije, 11. srpnja 1977., zahtjev br. 17004/90, Decisions and Reports (DR) 73], Boso protiv Italije).

28.2. Drugi aspekt tiče se pozitivnih obveza države u smislu članka 8. Konvencije. Naime, budući da priroda prava na odlučivanje o prekidu trudnoće nije apsolutna, države su dužne osigurati djelotvoran pravni okvir koji će osigurati provedivost u praksi i djelotvornost zakonom zajamčenih prava. Drugim riječima, u skladu sa svojom ustaljenom praksom, ESLJP zahtijeva da ta prava ne budu teorijska ili prividna, već stvarna.

28.3. Zaključno, a u odnosu na različite nacionalne zakone o prekidu trudnoće koje je ispitivao, ESLJP dosljedno zastupa stajalište da se nerođeno (dijete) ne smatra »osobom« izravno zaštićenom člankom 2. Konvencije, te da ako nerođeno biće i ima »pravo na život«, ono je implicitno ograničeno pravima i interesima majke (Vo protiv Francuske, §§ 79. i 87.). Pri tome, polazeći od članka 8. stavka 1. Konvencije i stajališta da se ta odredba ne može tumačiti da su trudnoća kao i njezin prekid, u načelu, u isključivom području privatnog života majke, ne isključuje mogućnost da se pod određenim okolnostima zaštita može proširiti i na nerođeno dijete (Vo protiv Francuske, § 80.). Ključno je da se o tom pitanju odlučuje balansiranjem (vaganjem) različitih, ponekad sukobljenih prava i sloboda žene, majke i oca u međusobnom odnosu ili u odnosu na nerođeno dijete, ili pak u odnosu na interes društva (društvene zajednice), a u balansiranju tih prava i interesa države imaju široku slobodu procjene. Stoga se, općenito gledajući, može zaključiti da se prekid trudnoće temelji na načelima slobode odnosno na pravima žene (trudnice) na privatnost, na samostalno donošenje odluka i izbor, slobodno odlučivanje o vlastitom tijelu i načinu života, zaštiti zdravlja i života, ali i pravu nerođenog (bića) na određenu zaštitu, te javnom interesu (legitimnom cilju) društvene zajednice da se štiteći pravo na život (hijerarhijski najviše) osigura da prekid trudnoće bude izuzetak. Ako prekid trudnoće primarno ulazi u sferu privatnosti (žene), tada on ne smije biti shvaćen kao mjera planiranja obitelji ili sredstvo kontracepcije, što ulazi u sferu javnog interesa i dobrobiti zajednice.

Polazeći od široke slobode procjene koja je državama ostavljena u osjetljivim moralnim, svjetonazorskim, socijalnim i pravnim pitanjima poput ovog, posebice kada o njemu ne postoji konsenzus, ESLJP je »lopticu« vratio na nacionalni teren, tj. vratio je u područje nacionalnog zakonodavstva koje je pak podložno preispitivanju pred nacionalnim (ustavnim) sudovima.

c) Praksa Suda EU

29. Sud EU do sada se tom problematikom bavio samo u jednom predmetu Oliver Brüstle protiv Greenpeace eV. Utvrdio je da se svaka ljudska jajna stanica u trenutku kad je oplođena smatra »ljudskim embrijem« u okviru značenja i za potrebe primjene članka 6(2)(c) Direktive 98/44/EC Europskog parlamenta jer tada počinje postupak razvitka ljudskog bića.

Sud EU ogradio se tako da je definiciju »ljudskog embrija« protumačio ograničeno, tj. radi određivanja opsega primjene Direktive. Međutim, neovisno o tome, čini se da se njegovo određenje »ljudskog embrija« ne može tumačiti kao da je s time eksplicitno ili implicitno definirao pojam »ljudskog bića«, osobito ne u smislu jednake zaštite rođenog i nerođenog bića, od trenutka njegova začeća.

5) Praksa ustavnih sudova

30. Ustavni sudovi država članica Vijeća Europe / Europske unije, počevši od sedamdesetih godina prošlog stoljeća, pozvani su ocjenjivati ustavnost (suglasnost s njihovim ustavima) nacionalnih zakona kojima se uređuje pitanje (ne)dopustivosti prekida trudnoće.

Ustavno sudovanje, kako se može iščitati i iz odluka nekih ustavnih sudova (v. točke od 17. do 20. obrazloženja ovog rješenja u kojima su citirani relevantni dijelovi odluka nekih europskih ustavnih sudova), nastoji posredovati, tj. kanalizirati društveni sukob, otvoren sedamdesetih godina prošlog stoljeća u razvijenim demokracijama, a u vezi s ulogom žene u obitelji i društvu, zahtijevajući (stvarnu) jednakost žena i ravnopravnost spolova. Ustavni sudovi opravdavaju osporene ustavne vrednote i prava čuvajući društvenu koheziju, i u svojim odlukama nastoje uspostaviti pravednu ravnotežu između suprotstavljenih prava i interesa. U proteklim desetljećima u njihovim odlukama, radi ostvarivanja tog cilja, izražena je svojevrsna retorička inverzija, uspostavljanjem zaštite nerođenog (bića) kao javnog interesa radi omogućavanja ženama nadzora nad odlukama o prekidu trudnoće ili pozivanjem na zaštitu zdravlja žena u svrhu otežavanja pristupa prekidu trudnoće.

U osnovi je riječ o (pr)ocjeni koje će ustavne vrijednosti i prava ili slobode ustavni sud uzeti kao relevantne kod odlučivanja o pravu žene da traži i ostvari prekid trudnoće i obvezi države da zaštiti nerođeno biće, odnosno kada bude vagao (balansirao) suprotstavljena prava i interese. Komparativni prikaz odluka ustavnih sudova pokazuje da su osnovanost zahtjeva (prijedloga) za ocjenu ustavnosti zakona o prekidu trudnoće ocjenjivali stavljanjem u međusoban odnos (vaganjem) prava i interesa dva sudionika, žene i nerođenog bića (primjerice, Francuska i Italija) ili tri sudionika, žene, nerođenog bića i države (primjerice, Njemačka i Španjolska).

31. Iz tog prikaza također proizlazi da gotovo ni jedan europski ustav ne priznaje eksplicitno ili implicitno posebno pravo na život prije rođenja. Irska je jedina država koja u Ustavu ima odredbu koja izrijekom priznaje pravo na život nerođenih, dok tri druga ustava (češki, mađarski i slovački) sadrže odredbe koje se odnose na prenatalni život (na zaštitu života prije rođenja), te propisuju da ljudski život zaslužuje zaštitu prije rođenja. Međutim, ustavni sudovi tih država ocijenili su da se te ustavne odredbe ne može tumačiti kao ustanovljenje ili priznanje posebnog prava na život nerođenog bića, već kao ustavnu vrijednost koja uživa posebnu zaštitu države (v. detaljnije u točki 19. obrazloženja ovog rješenja). Iako Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke (od 23. svibnja 1949. [BGBl p. 1], izmijenjen člankom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Temelnog zakona od 23. prosinca 2014. [I, str. 2438]) ne sadrži odredbe o prenatalnom životu, Savezni ustavni sud Njemačke protumačio je pojam »svatko« iz članka 2. stavka 2. tog zakona, tako da on obuhvaća sve ljudske individue neovisno o fazi njihova razvitka.

Prikaz pokazuje da su interesi žene pravno zaštićeni općim načelima prava na autonomiju i slobodno odlučivanje, te privatnost koji su, uz određene varijacije, neizostavan dio ustava razvijenih demokratskih država.

a) Ustavni sud Španjolske

31.1. Španjolski zakon o prekidu trudnoće koji je sada na snazi i koji je bio osporavan pred Ustavnim sudom počiva na tzv. periodnom modelu, koji dopušta prekid trudnoće na zahtjev žene

u određenom periodu trudnoće, tj. do određenog razdoblja (o odluci španjolskog Ustavnog suda v. detaljnije u točki 20. obrazloženja ovog rješenja).

Ustavni sud nije za ocjenu ustavnosti zakona smatrao potrebnim ulaziti u raspravu može li nerođeno biće biti nositelj ustavnih prava, ali je zaštitio prenatalni život kao ustavnu vrijednost. Stoga i život nerođenog bića kao ustavna vrijednost uživa ustavnosudsku zaštitu te postoji pozitivna obveza države zaštititi i njegov život.

Navedenu obvezu države stavio je u međusobni odnos, polazeći od temeljnih ljudskih prava i sloboda koja se štite Ustavom, s pravom žene na osobni rast i razvoj, život, tjelesni i psihički integritet, privatnost, slobodu misli i slobodu od diskriminacije.

Stoga je ustavnost osporenog zakona o prekidu trudnoće ocjenjivao balansiranjem radi uravnoteženja tih međusobno suprotstavljenih prava i interesa.

31.1.1. Pri tome je jasno istaknuo da je riječ o pitanju koje isključivo ulazi u područje zakonodavca. Zakonodavac je taj koji je nadležan za njihovo međusobno uravnotežavanje, kao i za eventualno zakonodavno reguliranje pitanja kada počinje život. On je taj koji je pozvan proširiti zaštitu i na prenatalni život (i odlučiti do kuda ona seže), pri tome vodeći računa da svaka takva odluka mora uzeti u obzir temeljna prava žene (trudnice). Uloga ustavnog suda je da zakonodavcu odredi granice njegove slobode procjene, tj. da postavi načela za zakonodavna rješenja koja će uravnotežiti ta prava i interese.

b) Ustavni sud Portugala

31.2. Periodni model prekida trudnoće zakonodavno je rješenje za koje se opredijelio i portugalski zakonodavac. Portugalski Ustavni sud, odlučujući o ustavnosti tog modela, utvrdio je da je osporeni zakon o prekidu trudnoće u skladu s ustavnim vrednotama i pravima koja štiti portugalski Ustav (odluka Ustavnog suda Portugala broj: 75/2010 od 23. veljače 2010.). Za razliku od španjolskog zakona koji ženama priznaje pravo na slobodnu odluku o prekidu trudnoće na pisani zahtjev žene do 14. tjedna trudnoće, portugalski zakon iz 2007. godine dopušta ženama slobodno odlučivanje o prekidu trudnoće do 10. tjedna trudnoće.

Sažeto, u toj je odluci sud potvrdio svoju raniju praksu (odluka Ustavnog suda Portugala broj: 617/2006 od 15. studenoga 2006.) da se unutaruterični život (intrauterine life) nalazi u opsegu zaštite prava na život, ali kao objektivna ustavna vrijednost. Nerođeno (biće) izričito se ne smatra nositeljem prava, nego utjelovljenjem ustavne vrijednosti. Ljudski život, iako zaslužuje neki oblik zaštite od samog začeca, odvija se kao razvojni proces s kvalitativno različitim prijelomnim točkama tog procesa, zbog čega su dopušteni različiti stupnjevi zaštite koji prate sam proces. Uslijed toga postoji dužnost zaštite, s time što Ustav ne određuje poseban oblik zaštite. Stoga opseg i način njegove zaštite ulaze u područje slobode procjene zakonodavca. Odlukom se, nadalje, priznaje da su reproduktivno pravo i interesi žena obuhvaćeni općim ustavnim odredbama koje se odnose na slobodu razvoja njihove osobnosti i samoodređenja, te se stoga dužnost države u zaštiti života ne može automatski smatrati obvezom trudnice na majčinstvo.

31.2.1. Portugalski Ustavni sud istaknuo je također da je pitanje zaštite nerođenog života, njegov opseg i način zaštite, u isključivoj nadležnosti zakonodavca, a zadaća je Ustavnog suda odrediti načela kojima se zakonodavac dužan rukovoditi i ispitati jesu li ona poštovana u odabranom zakonodavnom modelu. Stoga je na zakonodavcu izabrati neki oblik zaštite poštujući ne samo zabranu nedovoljnosti (jamstvo minimalne zaštite), nego i zabranu prekomjernosti (da te mjere ne utječu na druga Ustavom zaštićena dobra). U konkretnom slučaju, portugalski Ustavni sud utvrdio je da su ti zahtjevi ispunjeni te je zaključio da je osporeni zakon o prekidu trudnoće u suglasnosti s Ustavom.

c) Ustavni sud Slovačke Republike

31.3. Slovački Ustavni sud nije prihvatio prijedloge za ocjenu ustavnosti zakona o prekidu trudnoće, koji također dopušta prekid trudnoće na zahtjev trudnice, i to do 12. tjedna trudnoće.

Podnositelji prijedloga tvrdili su da je zakon u suprotnosti s člankom 15. stavkom 1. slovačkog Ustava koji propisuje da svatko ima pravo na život te da ljudski život zaslužuje zaštitu, čak i prije rođenja. Slično kao i portugalski Ustavni sud, i slovački Ustavni sud smatrao je da je ženina odluka o prekidu trudnoće na zahtjev u određenom razdoblju utemeljena na ustavnim pravima na privatnost, dostojanstvo i (reproduktivnu) autonomiju. Vezano uz prekid trudnoće na zahtjev sud je zauzeo stajalište da se vrijednost prenatalnog života može štiti samo dok ta zaštita nije u suprotnosti sa srži slobode žene i njezinim pravom na privatnost. Polazio je od toga da bi, ako žena u određenom razvojnom stupnju trudnoće ne može odlučivati vlastitom voljom hoće li roditi ili prekinuti trudnoću, to značilo da ima obvezu iznijeti trudnoću do kraja, obvezu koja nema uporište u Ustavu. Ujedno bi se time dovela u pitanje bit njezina prava na privatnost, kao i njezine osobne slobode (relevantni dijelovi odluke slovačkog Ustavnog suda citirani su u točki 17. obrazloženja ovog rješenja).

d) Ustavno vijeće Francuske Republike

31.4. Francuska je također jedna od država koje su odabrale periodni zakonodavni model prava na prekid trudnoće, te je on na zahtjev žene dopušten do 12. tjedna trudnoće. Ustavno vijeće Francuske, odlukom o ustavnosti Zakona o stvarnoj jednakosti između žena i muškaraca (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes) iz 2016. godine, odlučilo je da je to zakonsko rješenje u suglasnosti s Ustavom.

31.4.1. Ustavno vijeće bilo je i prije odluke iz 2016. godine u prilici odlučivati o ustavnosti zakonske odredbe koja je pravo žene na prekid trudnoće na zahtjev produljivala s 10. na 12. tjedan trudnoće (odluka Ustavnog vijeća Francuske Republike broj: 2001-446 DC od 27. lipnja 2001.). U tom je slučaju Ustavno vijeće bilo pozvano odgovoriti i na pitanje kada počinje život. Podnositelji prijedloga za ocjenu ustavnosti zakona tvrdili su da produljenje roka predstavlja napad na poštovanje ljudskog bića od početka života te da se u tom razdoblju embrij razvija u fetus, što je prag nakon kojeg biće u nastajanju jest ljudsko biće. Ustavno vijeće Francuske nije dovelo u pitanje očito postojanje ustavnog prava čovjeka iz članka 2. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina¹¹¹¹(Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (franc. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) jedan je od temeljnih dokumenata Francuske revolucije, koji određuje pojedinačna prava i kolektivna prava naroda prema državi. Donijela ju je Ustavotvorna skupština

(franc. Assemblée nationale constituante) 26. kolovoza 1789., a prihvaćena je dan kasnije kao prvi korak do donošenja ustava. Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina utvrđuje se načelo prema kojem se ljudi rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima, pri čemu se društvene razlike mogu zasnivati samo na zajedničkoj koristi (članak 1.). Prema Deklaraciji sloboda je u tome što se može činiti sve što ne nanosi štetu drugome. Uživljanje prirodnih prava svakog čovjeka ima za granicu samo ono što ostalim članovima društva osigurava uživanje istih prava, a te granice određuju se zakonom (članak 4.). Deklaracijom se jamči sloboda misli i izražavanja (članak 10.). Deklaracijom se jamči dostojanstvo (članak 6.) kao prava iznad svih i preduvjet svim ostalim pravima. Međutim, odbilo je dati odgovor je li i u kojem stupnju svog razvitka fetus ljudsko biće, osoba koja raspolaže pravom na život. Polazio je od toga da se u šutnji Ustava to pitanje tiče metafizike i medicine, a ne onih koji sude o zakonima.

Ustavno vijeće istaknulo je da je isključivo na zakonodavcu odrediti kada fetus u tijeku nastajanja jest (postaje) ljudsko biće. Nije na Ustavnom vijeću, koje ne raspolaže općom diskrecijskom ovlasti procjene i odlučivanja jednake prirode kakvu ima parlament, dovoditi u pitanje odredbe koje je donio zakonodavac na temelju trenutnog stanja znanja i tehnike. Zaključno je utvrdilo da zakonsko podizanje granice razdoblja s 10. na 12. tjedan u kojem se žena (trudnica) može odlučiti na prekid trudnoće na zahtjev nije, s obzirom na stanje znanja i tehnike u vrijeme njegova donošenja, poremetilo ravnotežu koju Ustav zahtijeva u zaštiti ljudskog dostojanstva od bilo kojeg oblika zadiranja u slobodu žene iz članka 2. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina.

31.5. Prije navedenih odluka i neki drugi europski ustavni sudovi bili su također pozvani odgovoriti na pitanje ustavnopravnog statusa nerođenog bića, odnosno ustavnosti zakonodavnih odredaba o dopustivosti prekida trudnoće. Iako su tom pitanju pristupili s ponešto drukčijih pozicija od prije navedenih sudova, ti su sudovi također utvrdili da je njihova ocjena o dopustivosti prekida trudnoće uvjetovana pravom trudne žene na prekid trudnoće, s jedne strane, i interesa zaštite nerođenog bića, s druge strane.

e) Ustavni sud Republike Italije

31.5.1. Talijanski Ustavni sud tako je u odluci iz 1975. godine utvrdio da je nemoguće dati načelni apsolutni prioritet interesima fetusa, a da se pri tome odbaci zaštita zdravlja već postojeće osobe, stoga što žena već jest osoba, a embrio odnosno fetus će to tek postati. Zbog toga između njih ne postoji jednakost u pravima, uključujući i u pravu na zaštitu zdravlja (odluka talijanskog Ustavnog suda broj: 27/1975 od 18. siječnja 1975.). Talijanski Ustavni sud potvrdio je to stajalište i u svojim kasnijim odlukama brojeva 26/1981 od 7. svibnja 1981., 196/1987 od 25. svibnja 1987. i 35/1997 od 30. siječnja 1997.

f) Ustavni sud Austrije

31.5.2. Austrijski Ustavni sud, slično talijanskom Ustavnom sudu, u svojoj je odluci naglasio da načelo jednakog postupanja pri zaštiti prava i sloboda osoba ne obvezuje na davanje nerođenom bolje zakonske pozicije. Sukob interesa treba riješiti prevagom interesa žene jer za razliku od trudne žene koja jest ljudsko biće, fetus u utrobi to još nije u punom smislu jer nema samostalnu sposobnost preživljavanja izvan ženine utrobe. Stoga se u određenim razvojnim fazama na fetus

ne može primijeniti ustavno načelo jednakog postupanja (odluka broj: VfSlg 7400/1974, G 8/74 od 11. listopada 1974.).

g) Savezni ustavni sud Njemačke

31.5.3. Konačno, komparativni prikaz prakse europskih ustavnih sudova pokazuje da jedino njemački Savezni ustavni sud izrijekom priznaje prenatalno pravo na život. U prvoj odluci iz 1975. godine, u kojoj je ocjenjivao ustavnost zakonodavnog modela prekida trudnoće njemački Savezni ustavni sud bavio se pitanjem ima li parlament ovlasti donositi zakone koji mogu ograničiti ili isključiti pravo na život iz članka 2. stavka 2. Temelnog zakona. Utvrdio je da pravo na život ima prvu i središnju poziciju u hijerarhijskom odnosu temeljnih ljudskih prava te da pravo na život ima svatko, što podrazumijeva sve ljudske individue neovisno o fazi njihovog razvitka (polazio je od toga da život ljudske individue postoji od 14. dana nakon začeća). Fetus predstavlja samostalnu vrijednost, odvojenu od majke i ima pravo na život.

Savezni ustavni sud utvrdio je da je dužnost države štititi nerođeni život zbog prava na dostojanstvo fetusa. Država ga je dužna štititi i na štetu prava majke na samoodređenje jer njezino pravo na samoodređenje nije apsolutno. Na temelju klauzule ograničenja iz članka 2. stavka 1. Temelnog zakona to se pravo može ograničiti radi zaštite prava drugih, ustavnog poretka ili moralnog zakona (Sittengesetz). Za razliku od tog prava, pravo na život kao hijerarhijski najviše pravo, može se ograničiti, ali samo zakonom u iznimnim situacijama. Polazeći od naprijed navedenog, primjenom testa balansiranja, utvrdio je da pravo na život fetusa, uz sve njegove posebne karakteristike, preteže nad pravom majke da slobodno razvija svoju osobnost, iako se u iznimnim situacijama taj test neće primijeniti. To su situacije koje su za ženu prevelik teret i bilo bi nerazumno zahtijevati od žene da žrtvuje svoje vlastite vrijednosti izvan razumnih očekivanja. Prekid trudnoće je stoga dopušten ako trudnoća ugrožava život žene ili predstavlja tešku prijetnju njezinom zdravlju, u slučaju malformacija fetusa ili u slučaju trudnoće prouzrokovane kaznenim djelom, te u slučaju tzv. socijalne indikacije žene i njezine obitelji koja može prouzročiti konflikt takvog intenziteta koji prelazi razumnu granicu trpljenja, uslijed koje ju ni prijetnja kaznom ne bi odvratila od odluke da prekine trudnoću (riječ je o zakonu koji je prekid trudnoće propisivao kao kazneno djelo osim u naprijed navedenim situacijama zbog njihove izrazite nepovoljnosti i tegobnosti za trudnu ženu). Zakonodavni model testa nerazumnog tereta, kao ustavnopravno prihvatljiv, potvrđen je i drugom odlukom Saveznog ustavnog suda iz 1993. godine.

Savezni ustavni sud time je potvrdio i svoje stajalište o dopustivosti prekida trudnoće na zahtjev u ranoj fazi trudnoće, ali pod uvjetom da žena prođe obvezatno savjetovanje prije prekida trudnoće, a država donese mjere kojima se osigurava društvo prilagođeno djetetu (relevantni dijelovi navedenih odluka citirani su u točki 19. obrazloženja ovog rješenja).

Njemačko zakonodavno rješenje odnosno odluka Saveznog ustavnog suda iz 1975. godine bili su zbog svoje restriktivnosti osporeni pred Europskom komisijom za ljudska prava Vijeća Europe. Komisija je zahtjev razmatrala s aspekta moguće povrede članka 8. Konvencije te je ocijenila da njemačko zakonodavstvo nije zanemarilo pravo na privatni život. Polazeći od evolutivnog tumačenja prava zajamčenih Konvencijom i njihove primjene u praksi, Komisija je svoju ocjenu opravdala i činjenicom da je u vrijeme stupanja na snagu Konvencije zakonodavstvo u većini

država bilo jednako restriktivno kao i njemačko (Brüggemann i Scheuten protiv Njemačke, odluka, 12. srpnja 1977., zahtjev br. 6959/75; o toj odluci Komisije v. i u prikazu prakse ESLJP-a u točki 15.1. obrazloženja ovog rješenja).

6) Novija (liberalizirana) zakonodavna rješenja u nekim državama

32. U međuvremenu, a posebice u posljednjim desetljećima, zakonodavna su rješenja znatno liberalizirana, a ustavni sudovi, kao što je prikazano na primjeru Portugala, Slovačke i Francuske, nisu doveli u pitanje njihovu ustavnost. Kako je već navedeno, zakonodavna rješenja u tim državama temelje se na periodnom modelu koji dopušta prekid trudnoće na zahtjev žene u određenom razdoblju trudnoće (sa ili bez prethodnog savjetovanja). Navedene države, poput primjerice Portugala, napustile su (njemački) model prema indikacijama koje zabranjuju prekid trudnoće, osim u slučaju indikacija utvrđenih od treće osobe i obveznoga obeshrabrujućeg savjetovanja. Portugalski je zakonodavac u međuvremenu izmijenio svoje zakonodavstvo o prekidu trudnoće (izmjenama Zakona o dobrovoljnom prekidu trudnoće, port. alteração à lei da Interrupção Voluntária da Gravidez / IVG, Lei No. 3/2016 od 10. veljače 2016.), te je ukinuo obvezno savjetovanje prije prekida trudnoće i plaćanje u javnim zdravstvenim ustanovama, tako da i španjolsko i portugalsko zakonodavstvo sadrže odredbe o savjetovanju koje, međutim, nije izričito obvezujuće. Njemačka je u međuvremenu više puta (primjerice, 2012. i 2014. godine) izmijenila način savjetovanja. Savjetovanjem se trudna žena potiče da informira savjetnika o razlozima zbog kojih namjerava prekinuti trudnoću, ali se njime ona ne smije prisiljavati na raspravu o svojoj situaciji ili na suradnju sa savjetnikom (njem. Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten [Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKGG]).

32.1. WHO smatra da je obvezatno savjetovanje u svrhu odgovaranja od prekida trudnoće u suprotnosti s međunarodnim standardima o ljudskim pravima, te da savjetovanje treba biti dobrovoljno, povjerljivo i nenametnuto.

Odbori UN-a također su izrazili zabrinutost zbog zahtjeva za obvezatnim i pristranim savjetovanjem prije prekida trudnoće te pozvali države da ne prihvaćaju takve zahtjeve.

»Zakonodavni rezervat«

33. Iz navedenog proizlazi, zaključno, da neovisno o razlikama u pristupu koji su odabrali ustavni sudovi pojedinih država - koji je po naravi stvari uvjetovan i različitim ustavnim odredbama i zakonodavnim rješenjima, ali i kulturnim, socijalnim, tradicijskim i religijskim nasljeđem - svi su oni jedinstveni i dosljedni u stajalištu da je odgovor na pitanje kada počinje život (ako odgovor na njega smatra nužnim ili svrhovitim za dopustivost ili nedopustivost prekida trudnoće) u nadležnosti zakonodavca (zakonodavni rezervat). Drugim riječima, da je odgovor na to pitanje u domeni zakonodavca, a ne ustavnog suda kao čuvara ustava i vrijednosti koje se njime štite. Zadaća je ustavnog suda ispitati je li u okviru široke slobode procjene koju zakonodavac ima u uređivanju složenih pitanja poput ovog poštovao ustavne vrednote i prava zajamčena ustavom te je li proveo test razmjernosti/balansiranja kako bi uspostavio pravednu ravnotežu između prava žene i interesa zaštite nerođenog bića.

B. SAŽETAK PRIGOVORA PREDLAGATELJA

Vraćajući se na konkretan predmet, Ustavni sud smatra potrebnim ukratko izložiti bitan sadržaj prigovora svih predlagatelja, koji su detaljnije navedeni u III. glavi obrazloženja ovog rješenja.

Ustavni sud ocjenjuje da se prigovori predlagatelja mogu svesti na dva temeljna, međusobno povezana, prigovora. Prvi prigovor na kojem neki predlagatelji temelje neustavnost osporenog Zakona je u činjenici da je proglašenjem Ustava iz 1990. godine prestao važiti Ustav SRH-a, a s time i članak 272., na temelju kojeg je osporeni Zakon donesen. Drugim riječima, prestankom važenja ustavne osnove na temelju koje je donesen, i osporeni je Zakon postao u cijelosti neustavan.

Drugi je prigovor da nije u suglasnosti sa (sadašnjim) Ustavom, posebice s člankom 21., kojim se propisuje da svako ljudsko biće ima pravo na život. Polaze od toga da je pravo na život nedvojbeno temeljno ljudsko pravo, stavljeno iznad i ispred svih drugih ljudskih prava, a da pojam »ljudsko biće« iz članka 21. stavka 1. Ustava obuhvaća nerođenog i rođenog čovjeka. Polazeći od navedenog, embrij je kao ljudsko biće jednak u dostojanstvu s drugim ljudskim bićima, ujedno je i subjekt prava na život koje mu jamči Ustav. Zbog nespornog pravnog subjektiviteta nerođenog djeteta, suvišno je postojanje bilo kakve naznake granice u trudnoći koja se odnosi na dopuštanje odnosno zabranu prekida trudnoće. Ustavno pravo na život ne može biti poništeno izmišljenim pravom majke na prekid trudnoće. Ne postoji posebno pravo na prekid trudnoće, već se ženina želja da prekine trudnoću transformira u pravo, a prekid trudnoće predstavlja štetu za čitavo društvo i javni poredak.

Smatraju da je Republika Hrvatska dužna pružiti nerođenoj djeci jaču zaštitu od one koju trenutno pruža, utemeljenu na edukaciji o slobodi i odgovornosti, reproduktivnom zdravlju i spolnosti, o odgovornom roditeljstvu i planiranju obitelji te poboljšanju sustava posvojenja i sustava brige i podrške trudnicama i majkama koje ne mogu ili ne žele zadržati djecu nakon poroda.

C. OCJENA USTAVNOG SUDA O PRIGOVORU NEUSTAVNOSTI OSPORENOG ZAKONA ZBOG NEPOSTOJANJA USTAVNE OSNOVE NA TEMELJU KOJE JE DONESEN

34. Osporeni Zakon donesen je na temelju Ustava bivše SRH iz 1974. godine. Članak 272. tog Ustava glasio je:

»Član 272.

Pravo je čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece.

To se pravo može ograničiti samo radi zaštite zdravlja.«

Taj Ustav nije na snazi; na snazi je Ustav iz 1990. godine, koji je proglašen i stupio na snagu 22. prosinca 1990.

Ustav iz 1990. godine ne sadrži takvu ili odredbu sličnu onoj iz članka 272. Ustava SRH. U daljnjem tijeku ustavnosudskog postupka Ustavni sud morao je stoga odgovoriti na pitanje koje,

kao svojevrsno prethodno pitanje, ističu neki predlagatelji, a to je da je automatski prestankom važenja ranijeg Ustava, prestao važiti i Zakon donesen na temelju tog Ustava.

35. Nesporno je da se pojedini pravni instituti ili pojmovi iz Zakona još temelje na pravnim kategorijama koje više ne postoje u ustavnom poretku Republike Hrvatske (primjerice, organizacije udruženog rada). Osporeni Zakon nije usklađivan s Ustavom.

Republika Hrvatska - u skladu s načelom državnog kontinuiteta i sukcesije u odnosu na bivšu Socijalističku Republiku Hrvatsku i bivšu Socijalističku Federativnu Republiku Jugoslaviju - u načelu je prihvatila propise i druge akte tih država, do donošenja novih zakona, odnosno do njihovog usklađenja s vlastitim pravnim poretkom. Člankom 1. Ustavnog zakona o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 110/96.) propisano je da se zakoni, drugi propisi i opći akti moraju uskladiti s Ustavom najkasnije do 31. prosinca 1997. Istu odredbu sadržavale su sve ranije izmjene i dopune Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske, s time što je rok za usklađivanje bio vezan uz druge nadnevke, »Narodne novine« broj 56/90., 8/91., 31/91., 59/91., 27/92., 34/92. - pročišćeni tekst, 91/92., 62/93., 50/94. i 105/95.^{12[12]}(Člankom 4. Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 56/90.) propisano je da se zakoni, drugi propisi i opći akti moraju uskladiti s Ustavom u roku godine dana od dana proglašenja Ustava. Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 59/91.) taj je rok produžen do 30. lipnja 1992. Ustavnim zakonom o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 27/92.) taj je rok produžen do 31. prosinca 1992. Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 91/92.) taj je rok produžen do 31. prosinca 1993. Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 62/93.) taj je rok produžen do 30. lipnja 1994. Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 50/94.) taj je rok produžen do 31. prosinca 1995. Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 105/95.) taj je rok produžen do 31. prosinca 1996. Konačno, Ustavnim zakonom o izmjenama Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 110/96.) taj je rok produžen do 31. prosinca 1997.)

U vezi s navedenim, Ustavni sud ističe da je u izvješću broj: U-X-838/2012 od 15. veljače 2012. (»Narodne novine« broj 20/12.) upućenom Hrvatskom saboru već zauzeo stajalište o njihovoj hijerarhiji u sustavu pravnih normi, kao i o pravnoj snazi (obvezatnosti) rokova propisanih tim ustavnim zakonima. Tako je utvrdio da ni jedan dosadašnji zakon za provedbu Ustava nije imao ustavnu snagu te njegovi učinci ne mogu spriječiti neposrednu primjenu odgovarajućih odredaba samog Ustava, pa ni onda kada bi njime to bilo izravno propisano. U odnosu na propisane rokove usklađenja, ocijenio je da oni nisu prekluzivne već instruktivne naravi, pa činjenica da su pojedini zakoni doneseni po »starom« Ustavu, važećem prije donošenja »novog« Ustava iz 1990. godine, ne znači da samim time oni postaju neustavni i prestaju važiti, već je njihova suglasnost odnosno nesuglasnost s »novim« Ustavom podložna preispitivanju u svakom pojedinom slučaju.

Drugim riječima, ako ih ni po proteku instruktivnog roka zakonodavac ne uskladi s Ustavom, presumira se da su usklađeni s Ustavom te oni proizvode pravne učinke sve dok ih (ako ih)

zakonodavac ili Ustavni sud u postupku ocjene suglasnosti zakona s Ustavom ne isključe iz pravnog poretka.

Primjenjujući navedena načelna stajališta na konkretan slučaj proizlazi da je zakonodavac, budući da do sada osporeni Zakon nije isključio iz pravnog poretka Republike Hrvatske, prihvatio da u njemu egzistira, iako formalno neusklađen s Ustavom. Dakle, prihvatio je presumpciju njegove usklađenosti, a posljedično i suglasnosti s Ustavom. Stoga je Ustavni sud taj koji je pozvan u postupku ocjene suglasnosti osporenog Zakona s Ustavom odlučiti o njegovoj suglasnosti odnosno nesuglasnosti s Ustavom.

36. U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud je u nekoliko slučajeva već odlučivao o suglasnosti s Ustavom zakona donesenih na temelju ranijeg Ustava, odnosno Ustava bivše SRH.

Tako je u odluci broj: U-I-28/1993 od 17. travnja 1996. (»Narodne novine« 32/96.), kojom je ukinuo članak 22. Zakona o porezu na promet nekretnina (»Narodne novine« broj 53/90., 59/90., 61/91., 26/93. i 95/95.), Ustavni sud utvrdio da je riječ o odredbi zakona donesenog za vrijeme važenja Ustava SRH, te da zakon do danas (tj. do donošenja odluke Ustavnog suda) nije usklađen s Ustavom. Ustavni sud ukinuo je osporenu zakonsku odredbu zato što je utvrdio da ona izlazi iz okvira Ustavom (»novim«, tj. Ustavom iz 1990. godine) dopuštenih ograničenja vlasništva (članak 50. stavak 2. Ustava) i ugrožava »samu ustanovu prava vlasništva te Ustavom zajamčene poduzetničke slobode«.

36.1. U odluci broj: U-I-892/1994 od 20. studenoga 1996. (»Narodne novine« 99/96.), kojom je u točki I. izreke ukinut članak 94. Zakona o stambenim odnosima (»Narodne novine« broj 51/85., 42/86., 37/88., 47/89., 22/90., 22/92., 58/93. i 70/93.) u dijelu u kojem je ostao na snazi na temelju članka 52. stavka 1. Zakona o najmu stanova (»Narodne novine« broj 91/96.), Ustavni sud istaknuo je:

»Treba napomenuti da ZSO nije usklađen s Ustavom i njegovim temeljnim odredbama te se osnovni pravni instituti tog Zakona još zasnivaju na pravnim kategorijama koje više ne postoje u ustavnom poretku Republike Hrvatske (npr. društveno vlasništvo, davanje stana na korištenje). Svoju dosadašnju praksu, po kojoj su predmet ocjene ustavnosti bile i pojedine odredbe zakona koji još nisu usklađeni s Ustavom, ovaj Sud je izrazio u svojim odlukama broj: U-I-231/1990 i U-I-272/1992 (»Narodne novine«, br. 25/94).«

36.2. U odluci broj: U-I-283/1997 od 12. svibnja 1998. (»Narodne novine« broj 69/98.), kojom su ukinuti članci 1., 2., 3., 4. i 6. Zakona o usklađivanju mirovina i drugih novčanih primanja iz mirovinskog i invalidskog osiguranja, te upravljanju fondovima mirovinskog i invalidskog osiguranja (»Narodne novine« broj 20/97.), Ustavni sud je razloge za svoju ocjenu obrazložio sljedećim:

»Razloge za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti osporavanih odredbi Ustavni sud je našao u neusklađenosti mirovinskog sustava - u koji spada i osporavani Zakon - s Ustavom Republike Hrvatske.

(...)

Mirovinski sustav, u koji spada i osporavani zakon, još nije usklađen s Ustavom (primjerice - u pojedinim odredbama zakona i podzakonskih akata nalaze se pravni instituti i pravni pojmovi koji ne postoje u hrvatskom pozitivno-pravnom sustavu).«

37. Slijedom navedenog, Ustavni sud nadležan je ocjenjivati suglasnost s Ustavom svih zakona, uključujući i onih donesenih u drukčijem ustavnopravnom režimu (tj. na temelju ranijeg Ustava), pa čak i ako su protekli rokovi za njihovo usklađivanje s »novim« Ustavom s obzirom na njihovu instruktivnu pravnu narav. Stoga činjenica da je zakon ostao neusklađen sama po sebi nije dostatna za utvrđenje njegove nesuglasnosti s Ustavom. Drugim riječima, u postupku ocjene ustavnosti ili neustavnosti neusklađenih zakona Ustavni sud postupa na isti način kao da je riječ o zakonu donesenom na temelju Ustava.

Prema tome, činjenica da su doneseni u vrijeme drukčijeg ustavnopravnog uređenja (pa čak ni ako »novi« ustav ne sadrži odredbu istovjetnu ili sličnu ukinutoj), nije dostatna, sama po sebi, za proglašenje takvih zakona nesuglasnim s ustavom. Upravo suprotno, takvo utvrđenje bilo bi protivno načelu vladavine prava i dovelo bi u pitanje pravnu sigurnost i pravni kontinuitet. Ovo stoga što se u pravilu, osim u izvanrednim situacijama, »novi« ustav naslanja na »stari«, prethodni ustav. U svakom slučaju, odgovor na pitanje o njihovom međusobnom odnosu trebale bi dati prijelazne i završne odredbe »novog« ustava. Odgovor postoji i u slučaju kad prijelazne i završne odredbe o tome šute, tj. ništa ne govore. Tada se pretpostavlja da su ti zakoni u suglasnosti s novim ustavom, sve dok ih sam zakonodavac ili ustavni sud ne ukine u postupku apstraktne kontrole zbog njihove materijalne (supstancijalne) nesuglasnosti s (novim) ustavom.

Polazeći od mjesta Ustava u hijerarhiji pravnih propisa, Ustav je nadređen svim zakonima i drugim propisima (naknadnim i prethodnim), a Ustavni sud kontrolira poštovanje hijerarhije pravnih normi odnosno suglasnost zakona s ustavnim načelima i vrednotama.

38. Ustavni sud podsjeća da je vladavina prava iz članka 3. Ustava najviša vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava. Prema članku 5. stavku 1. Ustava, u Republici Hrvatskoj svaki zakon mora biti u suglasnosti s Ustavom.

Slijedom svega navedenog, Ustavni sud utvrđuje neosnovanim prigovore predlagatelja o neustavnosti osporenog Zakona u cijelosti zbog prestanka važenja ustavne osnove na temelju koje je donesen.

39. Stoga, u daljnjem tijeku ustavnosudskog postupka, Ustavnom sudu preostaje ispitati je li osporeni Zakon u suglasnosti s Ustavom.

D. OCJENA USTAVNOG SUDA O PRIGOVORU NESUGLASNOSTI OSPORENOG ZAKONA S USTAVOM

40. Člankom 1. osporenog Zakona, kojim se određuje cilj i svrha njegovog uređenja, propisuje se, između ostalog, da se njime priznaje pravo čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece. Pravo nije apsolutno, može se ograničiti zakonom i to radi zaštite zdravlja (trudne žene - članak 2.). Da je zaštita života i zdravlja trudne žene primarna vrijednost, potvrđuje i članak 25. Zakona na temelju kojeg se prekid trudnoće ima izvršiti ili dovršiti bez obzira na uvjete i postupak

propisan Zakonom ako prijeti neposredna opasnost za život ili zdravlje trudne žene ili ako je prekid trudnoće već započeo.

Članak 15. Zakona definira prekid trudnoće kao medicinski zahvat koji se može izvesti do isteka 10. tjedna od dana začeća, a nakon proteka tog razdoblja samo po odobrenju komisije pod uvjetima i u postupku utvrđenima zakonom.

Prekid trudnoće obavlja se na zahtjev trudne žene, ako nije proteklo više od 10 tjedana od dana začeća prekid trudnoće mora se obaviti. U protivnom, prekid trudnoće može se obaviti samo po odobrenju komisije, a pod uvjetima i u postupku propisanim zakonom (stavci 2. i 3. članka 15. Zakona).

Polazeći od predmeta uređenja Zakona, kojim je, između ostalog, dopušten prekid trudnoće na zahtjev žene do isteka 10. tjedna trudnoće, predlagatelji smatraju da je Zakon nesuglasan, prije svega, s člankom 21. Ustava, »kojim se svakom ljudskom biću jamči pravo na život«. Polaze od toga da pojam »svako ljudsko biće« podrazumijeva kako rođenog tako i nerođenog čovjeka, a njegov život počinje začećem. Stoga se i ustavna zaštita života čovjeka proteže na trenutak njegova začeća.

41. Čini se da se Ustavni sud našao u središtu prijepora o kojem ne postoji jedinstven stav kako u znanosti, medicini i biomedicini, tako ni u filozofiji, religiji, bioetici, pravu pa i politici, kao što je razvidno iz pozadine problematike prekida trudnoće, naprijed detaljno navedene.

Od Ustavnog suda očekuje se da razriješi prijepor, odredi kada počinje život i tako arbitrira između dviju strana, one koja smatra da život započinje začećem, pa je nerođeno biće od začeća u domeni zaštite članka 21. Ustava i isključuje »pravo žene na prekid trudnoće«, i one koja smatra da život započinje rođenjem, pa je nerođeno biće izvan zaštite članka 21. Ustava, u kojem slučaju pretežu prava žene.

41.1. Ustavni sud polazi od svog stajališta da se odredbe Ustava moraju tumačiti u duhu cjelokupnog pravnog poretka oblikovanog u Ustavu tako da njihovo tumačenje izvire iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju. Tako je, primjerice, u rješenju broj: U-I-3789/2003 i dr. od 8. prosinca 2010. (»Narodne novine« broj 142/10.) utvrdio:

»8.2. ... Ustav čini jedinstvenu cjelinu. Njemu se ne može pristupati na način da se iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju izvlači jedna odredba, pa se ona onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim vrijednostima koje su Ustavom zaštićene. Ustav posjeduje unutarnje jedinstvo i značenje pojedinačnog dijela vezano je uz sve ostale odredbe. Promatra li ga se kao jedinstvo, Ustav odražava pojedina sveobuhvatna načela i temeljne odluke u vezi s kojima se moraju tumačiti sve njegove pojedinačne odredbe. Stoga se nijedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati. Drugim riječima, svaka pojedina ustavna odredba uvijek se mora tumačiti u skladu s najvišim vrednotama ustavnog poretka koje su temelj za tumačenje samog Ustava. To su: sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštovanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav (članak 3. Ustava).«

Sukladno tome, nijedna se ustavna odredba ne smije tumačiti tako da proizvodi neustavne posljedice.

41.2. Nadalje, Ustavni sud podsjeća da je ljudsko dostojanstvo apsolutno zaštićeno, nederogabilno i nekomparabilno. U odluci broj: U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012. (»Narodne novine« broj 91/12.) Ustavni sud utvrdio je sljedeće:

»Članak 1. Povelje o temeljnim pravima Europske unije (Official Journal of the European Union, C 83/389, 30. 3. 2010.) glasi: 'Ljudsko je dostojanstvo nepovredivo. Mora se poštovati i štiti.' U Europskoj uniji ljudsko dostojanstvo je prva nedjeljiva i univerzalna vrijednost.

Ustavni sud podsjeća i na Protokol br. 13 uz Konvenciju koji govori o 'urođenom dostojanstvu svih ljudskih bića'. Podsjeća i na temeljnu postavku kojom se Europski sud vodi kad tumači ljudska prava, a koja je sadržana u predmetu Refah Partisi (Stranka prosperiteta) i drugi protiv Turske (presuda, 31. srpnja 2001., zahtjevi br. 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98):

'43. ... Ljudska prava čine integrirani sustav za zaštitu ljudskog dostojanstva. S tim u vezi, demokracija i vladavina prava tu imaju ključnu ulogu.'

Pri tumačenju ustavnih vrednota Ustavni sud prihvaća i pravna stajališta njemačkog Saveznog ustavnog suda da je ljudsko dostojanstvo središnja točka od koje se mora polaziti pri uravnoteživanju svih drugih ustavnih vrijednosti. To je stajalište izraženo u presudi Lebach (BVerfGE 35, 202 /Lebach/ - Urteil des Ersten Senats vom 5. Juni 1973 auf die mündliche Verhandlung vom 2. und 3. Mai 1973 - 1 BvR 536/72):

'Objektne ustavne vrijednosti moraju u slučaju sukoba biti uravnotežene, koliko je to moguće; ako se to ne može postići onda će se uzimanjem u obzir tipičnih osobina i posebnih okolnosti pojedinačnog slučaja odlučiti koji od interesa mora ustuknuti. Pritom se obje ustavne vrijednosti moraju promatrati u svom odnosu prema ljudskom dostojanstvu kao središnjoj točki vrijednosnog ustrojstva Ustava.'

Ustavni sud utvrđuje da je ljudsko dostojanstvo apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i nije ga moguće ni ograničavati ni vagati. Pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva čini taj dokaz nezakonitim. Odstupanje od tog pravila nije dopušteno jer nijedno drugo pojedinačno pravo ili sloboda odnosno nijedan opći ili javni interes, pa ni onaj usmjeren na uspješno procesuiranje najtežih kaznenih djela, nije dopušteno uspoređivati niti mu je dopušteno dati prednost pred ljudskim dostojanstvom. Ta je zabrana sadržana, implicite, u člancima 17. stavku 3., 23. stavku 1., 25. stavku 1. i 35. Ustava.«

42. Članak 21. stavak 1. Ustava propisuje da svako ljudsko biće ima pravo na život. Članak 21. prvi je članak naveden u odjeljku 2. Osobne i političke slobode i prava, glave III. Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravo na život preduvjet je svim ostalim pravima jer sva ostala ljudska prava i slobode iz njega proizlaze.

Ustav jamči pravo na život »svakom ljudskom biću«, ali ne sadrži definiciju (ne razrađuje) pojam ljudskog bića, obuhvaća li on uz rođene osobe (čovjeka), koje nedvojbeno imaju pravni subjektivitet, i one nerođene.

43. Pravo na slobodu i osobnost temeljna su ljudska prava. Ustav sadržava načelo nepovredivosti slobode i osobnosti čovjeka (članak 22. Ustava), koje se mogu ograničiti samo pod uvjetima propisanim Ustavom.

44. Ustav također svakome jamči štovanje i pravnu zaštitu osobnog i obiteljskog života i dostojanstva (članak 35. Ustava; u daljnjem tekstu: pravo na privatnost).

44.1. Pravo na privatnost zajamčeno člankom 35. Ustava uključuje pravo svakoga na slobodu odlučivanja i samoodređenje. Stoga je pravo na privatnost inherentno pravo žene na vlastiti duhovni i tjelesni integritet, koji uključuje i odluku hoće li začeti dijete i kako će se njezina trudnoća razvijati. Ostajanjem u drugom stanju (bilo planirano ili neplanirano, na dobrovoljan način ili kao posljedica nasilja) žena se ne odriče prava na samoodređenje. Svako ograničenje odlučivanja žene u autonomnom samoostvarenju, pa tako i želi li iznijeti trudnoću do kraja, predstavlja miješanje u njezino ustavno pravo na privatnost.

Miješanje u pravo na privatnost dopušteno je samo ako je u skladu sa zakonom. Takav zakon mora slijediti određene legitimne ciljeve i mora biti nužan za zaštitu tih ciljeva u demokratskom društvu. Zadiranje u nečiju privatnost mora odražavati prijeku društvenu potrebu za zaštitom jednog ili više legitimnih ciljeva i mora biti odgovarajuće sredstvo zaštite u odnosu na te ciljeve.

45. S tim u vezi Ustavni sud utvrđuje da nerođeno biće, kao Ustavom zaštićenu vrijednost uživa ustavnu zaštitu u smislu članka 21. Ustava samo do one mjere do koje se ne sukobljava s pravom žene na privatnost. Pravo na život nerođenog bića u tom smislu nije zaštićeno tako da ima prednost ili veću zaštitu u odnosu na pravo žene na privatnost. U tom smislu zakonodavac ima slobodu diskrecije u postizanju pravedne ravnoteže između prava žene na slobodu odlučivanja i privatnost, s jedne strane, i javnog interesa da osigura zaštitu nerođenog bića, s druge strane. U skladu s navedenim, Ustavni sud podsjeća da prema praksi ESLJP-a iako prekid trudnoće ulazi u područje privatnosti žene, on ne smije biti shvaćen kao mjera planiranja obitelji ili sredstvo kontracepcije.

45.1. Ustavni sud ponavlja da pitanje »kada počinje život« nije u nadležnosti Ustavnog suda. U nadležnosti Ustavnog suda preispitati je zakonodavstvo kojim se uređuje pitanje prekida trudnoće, kako bi ocijenio je li ono u suglasnosti s ustavnim načelima i vrijednostima, odnosno je li njime ostvarena pravedna ravnoteža između suprotstavljenih prava i interesa do kojih neizbježno dolazi u složenim pitanjima poput ovog - prava žene da sama odluči o prekidu trudnoće i interesa društva da zaštiti život nerođenog bića. Drugim riječima, zadaća je Ustavnog suda ocijeniti je li zakonodavac u okviru široke slobode procjene pravilno balansirao njihova prava i interese (v. točku 33. obrazloženja ovog rješenja).

46. Zaključno, polazeći od navedenih načelnih stajališta, Ustavni sud ocjenjuje da je na zakonodavcu propisati postupak i razdoblje u kojem se prekid trudnoće na zahtjev žene može obaviti bez ograničenja.

Ustavni sud utvrđuje da je u suglasnosti s Ustavom zakonodavno rješenje prema kojem se prekid trudnoće može obaviti na zahtjev žene do isteka 10. tjedna trudnoće (a nakon toga, u suglasnosti nadležnog tijela, samo ako se na temelju medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti narušenje zdravlja žene za vrijeme trudnoće, porođaja ili poslije porođaja, ako se može očekivati da će se dijete roditi s teškim tjelesnim ili duševnim manama, kad je do začeća došlo u vezi s izvršenjem određenih kaznenih djela [članak 22. Zakona], odnosno kada prijeti neposredna opasnost za život ili zdravlje trudne žene ili ako je prekid trudnoće već započeo [članak 25. Zakona]).

Stoga, Ustavni sud ocjenjuje da osporeno zakonodavno rješenje nije poremetilo pravednu ravnotežu između ustavnog prava žene na privatnost (članak 35. Ustava) i slobodu i osobnost (članak 22. Ustava), s jedne strane, i javnog interesa zaštite života nerođenih bića koju Ustav jamči kao Ustavom zaštićenu vrijednost (članak 21. Ustava), s druge strane.

47. Slijedom svega navedenog, Ustavni sud ocjenjuje da osporeni Zakon nije nesuglasan s člancima 2., 3., 14., 16., 21., 22., 35. i 38. Ustava, kao ni s Ustavom u cjelini.

48. Stoga je na temelju članka 43. stavka 1. Ustavnog zakona riješeno kao u točki I. izreke ovog rješenja.

E. NUŽNOST »OSUVREMENJIVANJA« ZAKONA

49. Ustavni sud ponavlja da osporeni Zakon sadrži pojedine pravne institute ili pojmove koji više ne postoje u ustavnom poretku Republike Hrvatske (primjerice, organizacije udruženog rada, kaznene odredbe izražene u dinarima). Dakle, osporeni Zakon formalno nije usklađen s Ustavom.

49.1. Nadalje, od donošenja Ustava 1990. godine izgrađen je potpuno novi pravni i institucionalni okvir zdravstvenog, socijalnog, znanstvenog i obrazovnog sustava. Ti sustavi zasnivaju se na drugim vrijednosnim osnovama i načelima, usklađeni su s Ustavom i s međunarodnim standardima kao i s napretkom znanosti i medicine koji su pratili promjene u sustavu zdravstva, obrazovanja i socijalne politike. Drugim riječima, a uzimajući u obzir protek vremena od stupanja na snagu Zakona (gotovo četrdeset godina), očita je »zastarjelost« osporenog Zakona odnosno nužnost njegovog »osuvremenjivanja«.

50. Na zakonodavcu je da, uz nužne zakonodavne promjene iz naprijed navedenih razloga, u novom Zakonu odredi edukativne i preventivne mjere tako da prekid trudnoće bude izuzetak.

U okviru svoje široke slobode procjene zakonodavac je slobodan odrediti mjere koje smatra svrhovitima da se kroz edukativne i preventivne programe, primjerice uključivanjem reproduktivnog i spolnog obrazovanja, promovira spolno odgovorno ponašanje te odgovornost i muškarca i žene u prevenciji neželjene trudnoće. Zakonodavac također može, kako bi ženi omogućio da njezino određenje prema trudnoći i majčinstvu bude slobodno, odrediti primjereno razdoblje razmišljanja prije donošenja odluke o prekidu ili nastavku trudnoće u kojem bi joj bile pružene sve informacije o trudnoći i uslugama koje joj stoje na raspolaganju (primjerice, o savjetodavnim centrima i zdravstvenoj zaštiti za vrijeme trudnoće i poroda, o radnim pravima

trudnica i majki, o dostupnosti jaslica, o centrima koji osiguravaju odgovarajuću kontracepciju i informacije o sigurnom seksu, te o centrima u kojima se savjetovanje može obaviti prije i nakon trudnoće). Na zakonodavcu je također odrediti hoće li novim zakonom urediti pitanje troškova prekida trudnoće (hoće li ih i u kojim slučajevima snositi žena ili će oni teretiti državni proračun), pitanje priziva savjesti liječnika koji ne žele obavljati prekide trudnoće i sl.

Slijedom navedenog, Ustavni sud nalaže Hrvatskom saboru da u roku od dvije (2) godine od dana donošenja ovog rješenja donese novi zakon u skladu s naprijed navedenim utvrđenjima.

51. Nalog iz točke II. izreke ovog rješenja temelji se na članku 31. stavcima 4. i 5. Ustavnog zakona.

52. Rješenje o objavi iz točke III. izreke temelji se na članku 29. Ustavnog zakona.

Broj: U-I-60/1991

U-I-94/1991

U-I-173/1995

U-I-39/2008

U-I-5089/2016

U-I-5639/2016

U-I-5807/2016

Zagreb, 21. veljače 2017.

Predsjednik

dr. sc. Miroslav Šeparović, v. r.

* * *

Na osnovi članka 27. stavka 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (»Narodne novine« broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst), pisano obrazlažem

IZDVOJENO MIŠLJENJE

u predmetu broj: U-I-60/1991 i dr.

Ovime obrazlažem izdvojeno mišljenje najavljeno na sjednici od 21. veljače 2017. na kojoj sam glasovao suprotno većini.

1. Ocjenjujem da osporeni zakon nije suglasan s Ustavom i da je nesuglasje drastično, pa zakon treba ukinuti.

Visoka osjetljivost predmetne normativne materije u svakom pogledu, nalaže izbjeći pravni vakuum kao štetan. Zato treba pribjeći ukidanju s odgovnim učinkom do donošenja novoga zakona u razumnom primjerenom roku ne dužem od godinu dana. Hrvatskom saboru treba naložiti donošenje zakona koji će sukladno demokratskim standardima pluralističkog društva u odnosu na cjelokupnu javnu i parlamentarnu proceduru pripreme i njegova donošenja osigurati zakonodavno rješenje, sukladno moralnim, svjetonazorskim i kulturološkim osobitostima hrvatskog društva, koje će pronaći harmoničnu mjeru u razboritom usklađivanju relevantnih ustavnih vrijednosti poštujući jamstvo prava na život kao ustavni aksiom u specifičnom kontekstu jedinstvene veze majke i nerođenog djeteta kao relacije »dvojtva u jedinstvu« sa svim implikacijama koje proizlaze iz tog posebnog i ni sa čime usporedivog odnosa.

Uvodno smatram potrebnim naglasiti da se ovaj ustavnosudski predmet ne svodi na razrješavanje svjetonazorskih pitanja. Pogotovo se ishod odlučivanja u ovoj stvari ne može odrediti alternativom - »ili zakon iz 1978. ili zabrana pobačaja«. Takve naglašene javne percepcije proizlaze iz logičke »podvale« isključenja treće opcije. Ovdje je riječ o ocjeni ustavnosti konkretnog osporenog »modela pobačaja« iz zakona iz 1978., koji je samo jedan od mogućih načina reguliranja ovoga pitanja. Prema tome, ukidanjem zakona pobačaj se ne zabranjuje, nego se od parlamenta traži da donese drukčiji, Ustavu sukladan zakon (ukidanjem zakonskih odredaba o npr. javnoj nabavi, modelu ubiranja poreza i sl. ne zabranjuje se javna nabava ili oporezivanje, nego se samo određeni normativni model ocjenjuje nesuglasnim s Ustavom). Naime, Ustavni sud nije »arbitar mundi« pa nije dužan rješavati svjetonazorske i ideološke prijepore između aktivista ove ili one provenijencije, vjerskih zajednica i bioetičara. Ustavni sud je nadležan ocijeniti na osnovi »ustavnog razloga« i legitimnih metoda pravne interpretacije je li osporeni zakon u skladu s Ustavom RH ili nije. Prema tome, nije u pitanju arbitriranje u idejnim razmiricama, nego odlučivanje na razini pravno pozitivističkog pristupa.

2. Osporeni zakon smatram nesukladnim Ustavu prvenstveno zato što »pada na testu« vladavine prava s obzirom na zahtjeve koji iz toga načela izvire prema Izvješću Venecijanske komisije Vijeća Europe iz 2011. g. Zahtjev zakonitosti (legality) primarno uključuje »transparentan, odgovoran i demokratski proces donošenja zakona«. Mislim da ne treba posebno dokazivati da jednopartijski komunistički sustav sa svojim ideološkim profilom i njegovom praktičnom izvedbom objektivno nije udovoljavao, niti je bio usmjeren udovoljiti navedenim zahtjevima, naročito kada je riječ o svjetonazorski »osjetljivoj« normativnoj materiji.

3. Ako se i uzme da je nedonošenjem novoga zakona u ovoj materiji od 1990. nadalje via facti konvalidiran opisani »nedostatak«, nije bilo moguće sanirati supstancijalnu nesuglasnost s Ustavom koju nalazim očiglednom.

Osporeni zakon - razvidno je to već iz njegova naziva, temelji se na pravnim institutima i kategorijama koje ne postoje u Ustavu RH, a oslanjaju se - dijelom izravno, a dijelom smisleno povezano - na izričite odredbe nekadašnjeg Ustava SRH iz 1974., a time i na njegovu ideološku i vrijednosnu pozadinu. Zato je osporeni zakon na osnovi strogo formalne pravne analize na razini »tekstualnog pozitivizma« neprikladan za ustavnosudsku analizu u pravom smislu riječi. On,

naime, »iskače iz sustava«, predstavlja strukturalno disfunkcionalan i, u postojeći ustavni model, neuklopiv normativni uradak. Ustavni sud RH je odlukama u predmetima U-I-28/93, 892/94, 283/97 ukinuo odredbe »starih« zakona (od prije 1990.) nalazeći da izlaze iz ustavnih okvira »novoga« Ustava, da se baziraju na pravnim institutima i pravnim kategorijama i pojmovima koji više ne postoje u ustavnom poretku RH (t. 36. Rješenja). Mislim da je očito kako je to upravo slučaj i s osporenim zakonom, pa je stajalište iz cit. ustavnosudskih odluka trebalo primijeniti i u ovom predmetu.

4. Bitna materijalnopravna osnova osporenog zakona ne postoji u Ustavu RH. S jedne strane, »pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece« (čl. 272. Ustava SRH iz 1974.) koje implicira pravo na pobačaj kao mjeru planiranja obitelji (tipično za komunističke modele onoga vremena - SSSR i većina zemalja tzv. real-socijalizma), nije više u katalogu ustavnih prava. S motrišta europskih civilizacijskih standarda (koji osuđuju pobačaj kao sredstvo planiranja obitelji) radi se o neprihvatljivom normativnom atavizmu. S druge strane, taj je zakon potpuno usklađen s odredbom iz čl. 248. st. 1. Ustava SRH iz 1974., prema kojoj je nepovredivost života zajamčena isključivo »čovjeku«. Takva formulacija (u ustavnom kontekstu Ustava SRH iz 1974.) ne pokriva »nerođeni život«, jasno obuhvaćen zaštitom iz čl. 21. Ustava RH - »svako ljudsko biće«.

Prema tome, u odnosu na osporeni zakon iz 1978., tadašnji zakonodavac imao je izričitu (danas nepostojeću) ustavnu osnovu iz čl. 272. Ustava SRH iz 1974. (»pravo čovjeka na slobodno odlučivanje o rađanju djece«). Nije pritom imao »problem« s nerođenim životom, jer ga čl. 248. st. 1. Ustava SRH iz 1974. (»život čovjeka je nepovrediv«) nije obvezivao da na zakonodavnom planu zaštititi nasciturusa.

Premda je Ustav SRH iz 1974. u čl. 249. st. 1. propisivao i zaštitu privatnosti (»jamči se nepovredivost integriteta ljudske ličnosti, osobnog i porodičnog života te drugih prava ličnosti«), posve je jasno da tadašnji zakonodavac - načelno ideološki nesklon zaštititi privatnosti - očigledno nije imao na umu ni privatnost ni autonomiju ličnosti trudnice, a ni ženska reproduktivna prava, nego je zakonom naprosto »razradio« tada postojeće, a danas nepostojeće, ustavno pravo (slobodnog odlučivanja o tome hoće li već začeta djeca biti rođena ili usmrćena) na pravno-tehnički dosljedan i korektan način, s gledišta tadašnjeg ustavnopravnog poretka.

Valja ponoviti da navedeno pravo iz čl. 272. Ustava SRH iz 1974. (u biti, pravo na pobačaj) tada nije bilo ograničeno nikakvim konkurentnim odn. divergentnim pravom s kojim bi se moralo uravnotežiti. Jamstvo nepovredivosti života pripadalo je, po Ustavu SRH iz 1974., samo čovjeku, pa je zakonodavac bio slobodan »dozirati« opseg »prava na pobačaj« po svojoj volji.

Iz izloženoga jasno proizlazi da se zakonodavac 1978. uopće nije bavio niti opterećivao aktualnom problematikom ljudskih prava izvirućih iz privatnosti i autonomije ličnosti, a još je manje bio zaokupljen balansiranjem odn. »pronalaženjem pravične ravnoteže ('fair balance') između međusobno suprotstavljenih prava« (prava nerođenih na život i prava majke - trudnice na privatnost i samoodređenje). Čini mi se neprikladnim navlačiti paravan vladavine prava i ustavnih vrijednosti demokratskog društva na zakon koji je tipičan normativni proizvod ideologizirane aktivističke države bitno određene nedostatkom demokracije i vladavine prava. S toga motrišta, a ono mi se nameće presudno bitnim, načelno je posve neprihvatljiva konstatacija da »osporeno zakonodavno rješenje, nije poremetilo pravednu ravnotežu između ustavnog prava

žene na privatnost (čl. 35. Ustava) i slobodu i osobnost (čl. 22. Ustava) s jedne strane, i javnog interesa na zaštitu života nerođenih bića koju Ustav jamči kao posebnu ustavnu vrijednost (članak 21. Ustava), s druge strane« (t. 46., odlomak 3. Rješenja).

Predmetno zakonodavno rješenje iz 1978., naime, nije niti moglo uzeti u obzir ustavne vrijednosti iz 1990., a pogotovo ih nije moglo, niti trebalo pravedno uravnotežiti, jer tih vrijednosti tada nije ni bilo. Argumentacijska tehnika Rješenja, kako ja vidim stvari, svodi se zapravo na ustavnosudsku ocjenu koja nije standardna. Naime, ne ocjenjuje se ono što je zbiljski normativni supstrat osporenog zakona, nego se ocjenjuje nepostojeća (virtualna) normativna koncepcija zakonodavnog balansiranja između antagoniziranih (tada nepostojećih) statusa i prava iz članka 35. i članka 22. naspram članka 21. Ustava RH, iako to balansiranje u osporenom zakonu nije bilo provedeno niti ga je bilo objektivno moguće provesti. Zato ocjena iz Rješenja da je taj problem u osporenom zakonu uspješno riješen, nema »tlo pod nogama«, jer polazi od pogrešno određenih polaznih premisa.

Kao da je zakonodavac iz vremena bivše države kojoj vladavina prava nesumnjivo nije bila odlika, bez svoje volje i namjere (preterintencionalno), prije 40 godina, normativno regulirao ovu zahtjevnu materiju baš na način koji korespondira najvišim standardima zaštite ljudskih prava i ustavnim vrijednostima hrvatske države vladavine prava 21. stoljeća.

Taj mi je pristup korjenito neprihvatljiv.

5. Ovo naročito zato što se u Rješenju inače tvrdi:

- da »osporeni zakon formalno nije usklađen s Ustavom« (t. 49.),
- da se aktualni »zdravstveni, socijalni, znanstveni i obrazovni sustavi« zasnivaju na drugim vrijednosnim osnovama i načelima koji korespondiraju Ustavu i međunarodnim standardima,
- da je u tom smislu osporeni zakonodavni model prekida trudnoće »zastario« te je »nužno« njegovo osuvremenjivanje! (t. 49.1. Rješenja).

Zdravi razum nalaže zaključiti da je onda pogotovo nužno »osuvremeniti« zakonodavni model u odnosu na bit stvari i srž problematike. Dakle, očita je potpuna nesuglasnost osporenog zakona s Ustavom, pa ga zato treba ukinuti u cijelosti.

6. Glede normativne koncepcije čl. 15. osporenog zakona, posve sam suglasan s bitnom tezom Rješenja koja korespondira jasnom i ustaljenom stajalištu ESLJP-a (Vo protiv Francuske, 2004. - §. 82. i 84., P. i S. protiv Poljske, 2012. - §. 97, A., B. i C. protiv Irske, 2010. - §. 222., 223., 226., 232., 233., 237. i 241.) - da zbog kompleksnosti i osjetljivosti problematike statusa embrija i dopustivosti pobačaja koja primarno tangira moralne, religijske i ideološke nazore konkretnog društva, nacionalno zakonodavstvo uvijek nužno reflektira svjetonazorske, kulturološke i tradicijske specifičnosti konkretne socijalne sredine i obilježja nacionalnog identiteta pojedine državne zajednice.

S te točke gledišta nije moguće izbjeći zaključak da je osporeni zakon normativni produkt s jasnim »okusom i mirisom epohe« u kojoj je kreiran, a čija su bitna obilježja: jednopartijska diktatura s odsustvom vladavine prava, demokracije i pluralizma, nametanje »kolektivnih istina«, oktroiranje službene ideologije utemeljene na marksističkom pogledu na svijet (Ustav SRH iz 1974., Osnovna načela, glava V. st. 2. i 3.) koji u dimenziji »javnog morala« stoji na radikalno ateističkim pozicijama s bitnim postavkama o »klasnom« moralu koji negira postojanje univerzalnog i konzistentnog vrijednosnog sustava.

Nikakvim interpretativnim naftalinom nije moguće zatomiti »mirise prošlosti« osporenog zakona. On je ozračen ideološkom i vrijednosnom paradigmom iz koje potječe.

7. Prihvatiti da je osporeni zakon sukladan Ustavu, posebice u odnosu na članak 15. toga zakona, u kontekstu čl. 21. Ustava, ne znači zauzeti etički i svjetonazorski neutralnu poziciju, nego se u biti radi o svrstavanju uz vrijednosnu opciju koja je u najmanju ruku temeljito sporna iz perspektive hrvatskog Ustava (a i realnih svjetonazorskih osobitosti hrvatskog društva).

Članak 15. u povezanosti s člankom 1. osporenog zakona normativno artikulira apsolutnu, ničim ograničenu i pravno nevezanu slobodu odlučivanja o tome hoće li se nerođeni život u toj razvojnoj fazi ostaviti da se dalje razvija ili usmrtiti - nema obveze utvrđivanja bilo koje indikacije (medicinske, kriminološko-etičke, embriopatske odn. eugeničke niti bilo koje druge), nema nikakvog propisanog prethodnog savjetovanja (pobačajno obeshrabrujućeg niti neutralnog) o bitnim aspektima i učincima takvog zahvata, nema ni normiranog minimalnog razdoblja (»spatium deliberandi«) za razmišljanje prije donošenja tako bitne odluke, ukratko nema nikakvih propisanih uvjeta za poduzimanje prekida trudnoće. Taj je »zahvat« za nerođeno biće nesumnjivo »capitis deminutio maxima« - nasciturus postaje »moriturus« isključivo na osnovi podnesenog zahtjeva kao manifestacije subjektivne volje.

»Pravo na prekid neželjene trudnoće« prividno i samo semantički atribuirano trudnoći »neželjenost« kao neko njezino objektivno svojstvo u funkciji pravne pretpostavke dopuštenosti zahvata. U stvari je riječ o želji da se trudnoća prekine - izbor »za« ili »protiv« abortusa (odnosno, života) određen je željom (nositelja konfrontirane pravne pozicije) kao jedinim kriterijem i legitimirajućim temeljem bilo koje odabrane alternative.

S obzirom na stilizaciju propisa kojim je regulirano pravo na pobačaj, ne traži se, dakle, da odluka o pobačaju bude posljedica razumno i/ili moralno uvjetovanog odabira. Dostatna je želja kao izraz slobodne volje.

Ovdje je riječ o koncepciji kreiranja prava (na pobačaj) kao projekcije subjektivne volje. Moralno ispravno je ono što je odabrano kao željeno. Ako je jedini kriterij izbora želja, svaka izabrana opcija je ispravna samim time što je željena. Nema nikakvog »vanjskog« objektivnog kriterija prosudbe etičke valjanosti izbora, nema mjerila kojim bi se razlikovalo »dobro« od »zla«, sve je »dobro« jer je željeno. Kako ja vidim stvari, riječ je o koncepciji etičkog relativizma koja negira postojanje objektivnog moralnog poretka, a time i mogućnost primjene fundamentalnih načela humanističkog morala, principa distributivne pravednosti i klasičnih pravno etičkih zasada objektivno pravednog postupanja (honeste vivere, neminem laedere, sum cuique tribuere). Moralni relativizam načelno je legitimna opcija s gledišta individualnog morala

(pro foro interno), ali u optici Ustava RH je krajnje dvojbena. Ustav, naime, nije samo sustav pravila o organizaciji države, djelokrugu državnih vlasti i svečani katalog različitih prava. U njemu su i deponirane bitne vrijednosti određene zajednice - njezin nacionalni, kulturni i vrijednosni identitet i njezini moralni standardi. Ne radi se o moralno neutralnom aktu, nego o vrhovnom pravu države koje je vrijednosno utemeljeno.

Načelo »socijalne pravde« kao jedno od najviših vrednota ustavnog poretka RH i temelj za tumačenje Ustava (članak 3. Ustava), te kategorija »javnog morala« kao jedan od taksativno navedenih univerzalnih ustavnih limita svih prava i sloboda zajamčenih Ustavom (članak 16. st. 1. Ustava), po naravi stvari isključuju koncepciju etičkog relativizma koja negira postojanje objektivnog moralnog reda, a naglašava tzv. subjektivne vrednote kao posljedice individualnog izbora pojedinaca. Mišljenja sam da pojam »javnog morala« nije prazna odn. irelevantna ustavna proklamacija, nego ustavna kategorija koja implicira postojanje obvezujućih univerzalnih i konzistentnih moralnih principa hrvatskog društva. Zato mislim da je osporeni zakon, posebice u gore navedenom bitno spornom dijelu, koncepcijski protuustavan odn. u drastičnom neskladu s etosom hrvatskog Ustava koji ne dopušta da se, osobito u situaciji konfrontacije ustavnih prava, isključivim mjerilom ispravnosti nametne sama poželjnost nekog odabira (ovdje, prekida trudnoće), koji rezultira dokidanjem, odn. uništenjem same biti kontrapostiranog prava (ovdje, prava na život).

Iz vizure Ustava, mišljenja sam da zakonodavac mora zauzeti neku određenu poziciju i jasno normativno objektivizirati kriterije dopuštenosti takvog zahvata. Time ne želim prejudicirati apriornu protuustavnost zakonodavnog rješenja koje bi u »pobačajnom modelu« uzimalo u obzir i odluku žene protiv majčinstva i obveza koje iz njega proizlaze, ali takvo rješenja mora biti koncipirano na Ustavu RH sukladan način.

U suprotnom, »pravo na prekid neželjene trudnoće« (de facto na usmrćenje nerođenog života) kao izraz subjektivne volje i izbora određenog željom, svodi se na neograničenu moć i legaliziranu samovolju. Ako pravo na privatnost (sve da je ono - dato sed non concessio - baš i »ugrađeno« u osporeni zakon kao ustavna osnova prava na pobačaj iz čl. 15. zakona) kao pravo na vlastiti životni stil i samoodređenje iz čl. 35. Ustava, prema čl. 16. Ustava, ima svoj ustavnopravni legitimni limit u kategoriji »javnog morala«, onda ta kategorija mora imati neku objektivnu supstancu moralnih pravila koja određuju što je ispravno i vrijedno, a što nije. U suprotnom, ako »javni moral« nije objektivitet odn. stvarni i konzistentni vrijednosni sustav, nego je jedino »pravilo« postupanje po slobodnoj subjektivnoj volji (etički relativizam), onda »javni moral« ne može ni ostvariti funkciju ustavno predviđenog limita prava na autonomiju ličnosti. Tada se, naime, sam limit izjednačuje s osobnom slobodom izbora i u nju utapa, jer je sloboda izbora upravo bit prava na osobnu autonomiju. U tom kontekstu, »javni moral« zapravo nema ulogu ustavnog instituta nego funkcionira na razini semantičke dekoracije (flatus vocis).

Ovaj dio moje argumentacije nije (barem ne svjesno) potaknut potrebom za općenitim moraliziranjem nego je motiviran stajalištem ESLJP-a iz poznatog predmeta A., B. i C. protiv Irske, 2010. U §. 223. te odluke se navodi: »Sud primjećuje da u pravnim i društvenim porecima država ugovornica nije moguće pronaći jedinstvenu europsku koncepciju morala ... Zbog njihova 'neposrednog i stalnog kontakta sa životnim snagama svojih zemalja' državne vlasti su u načelu u boljem položaju od međunarodnih sudaca dati mišljenje o 'stvarnom sadržaju zahtjeva morala'»

u njihovoj zemlji, kao i o potrebi ograničenja koja su zbog njih nametnuta«. Izloženi citat pokazuje da i iz perspektive Europske konvencije moralni standardi države ugovornice odn. konkretne društvene zajednice imaju pravno relevantan značaj u ovoj problematici i da, kao što je npr. bio slučaj u Irskoj, mogu imati čak i presudan utjecaj na nacionalni zakonodavni model u materiji statusa embrija i dopuštenosti pobačaja.

Utoliko je s obzirom na ranije cit. odredbe hrvatskog Ustava o ustavnoj kategoriji »javnog morala« kao pozitivnopravnoj odrednici (a ne »meta« ili »retro« - ustavnoj silnici) bilo potrebno odrediti se i prema toj dimenziji problema u kontekstu preciziranja sadržaja i opsega prava na privatnost, posebice zbog prigovora nekoliko predlagatelja koji zahvaćaju i upiru baš na moralnu dimenziju slučaja. Mislim da je, umjesto opsežne komparativne analize (odabranih inozemnih zakonodavstava i odluka stranih ustavnih sudova) čiji rezultati ne mogu biti u funkciji argumentacijskog parametra odluke hrvatskog Ustavnog suda o tome je li domaći zakon suglasan našem Ustavu, trebalo zahvatiti i u »zahtjeve morala« konkretnog hrvatskog društva, jer bez toga analiza balansa suprotstavljenih pravno-interesnih pozicija iz čl. 21. i čl. 35. Ustava nije potpuna! Ovo zato što nije riječ o relaciji koja bi bila moralno neutralna (»s onu stranu dobra i zla«). I to je argument za moju ocjenu da osporeni 40 godina stari zakon treba ukinuti i omogućiti hrvatskom parlamentu donošenje novoga, koji će predmetnu materiju regulirati sukladno aktualnom moralnom, svjetonazorskom i kulturološkom kontekstu hrvatskog društva.

8. U odnosu na bit problema - tumačenje sadržaja i učinka čl. 21. st. 1. u relaciji s čl. 22. st. 1. i čl. 35. Ustava RH, uvodno napominjem da mi metodološki pristup Rješenja nije prihvatljiv. Umjesto da se predmetu ustavnosudske analize pristupi izravno, impozantna kvantiteta različitih komparativnih prikaza - uz sav hvalevrijedan trud na njihovom prikupljanju - de facto zamagljuje vidik, a nije od pomoći pri zauzimanju konačnih zaključaka.

U ovoj je materiji na europskom planu očit i notoran izraziti diverzitet nacionalnih kultura i pravnih standarda (t. 23. Rješenja) pa ustavna i zakonska rješenja drugih zemalja koja reflektiraju njihove svjetonazorske i druge osobitosti možda mogu biti od nekoga informativnog značaja za raspravu pri kreiranju nacionalnog zakonskog modela, ali za ovu ustavnosudsku stvar ne koriste. Kako je koje nacionalno zakonodavstvo riješilo sporna pitanja, posve je neodlučno za ocjenu je li domaći zakon suglasan s hrvatskim Ustavom. To, što model osporenog zakona korespondira npr. u cijelosti - zakonima zemalja bivšeg SSSR-a i istočne Europe, a mutatis mutandis - zakonima Portugala, Španjolske, Slovačke i Francuske, ne može biti argument za valjani pristup u ovom ustavnosudskom predmetu. Taj isti model osporenog zakona naime, s druge strane, uopće ne korespondira zakonskim rješenjima npr. SR Njemačke, Irske, Poljske, Mađarske itd. Ne čini mi se smislenim i konstruktivnim da u okviru ustavnosudskog diskursa - kojim treba dominirati sveti princip nadmoći Ustava i korištenja ustavnog argumenta - ulazimo u klasifikaciju komparativnih modela prema kriteriju restriktivnosti odn. moderniteta ili liberalnosti (t. 23.1. Rješenja). Takva metajuridička kriteriologija implicira vrijednosno postavljanje koje je u konačnici besmisleno. Ocjenjivati jesu li npr. Portugalci ili Slovaci po pitanju pobačaja liberalniji od Nijemaca, Poljaka ili Iraca naprosto ne može pomoći u rješavanju »našeg« problema.

Isto vrijedi i u odnosu na stajališta izražena u odlukama nekih europskih ustavnih sudova. Ne samo što i ta stajališta reflektiraju »nacionalnu kulturu« i vlastiti ustavni i nacionalni identitet,

nego je - s pozitivnopravnog motrišta - naprosto, riječ o potpuno različitim ustavnim osnovama, pa već načelno otpada smisao i svrha komparacije. Logičari bi rekli da nedostaje »tertium comparationis«, pa je usporedba formalnologički pogrešna. Prema tome, u odnosu na mogućnost korištenja stajališta drugih ustavnih sudova u okviru »ustavnog argumenta« za našu hrvatsku ustavnosudsku odluku, jedinoga smisla ima konzultirati argumentaciju ustavnih sudova onih država čiji ustavni tekstovi sadrže usporedivu - identičnu ili barem bitno podudarnu odredbu o pravu na život (»pravo na privatnost« kao, u osnovi, status libertatis definiran je u pravilu svugdje kao osobna sloboda ili sloboda samoodređenja čiji se sadržaj prepušta »maštovitosti« pravnika i aktivista za ljudska prava, uglavnom - »crux« je u pravu na život). S tim u vezi, u praksi Ustavnog suda RH, zauzeto je stajalište da je i »... u hrvatskom ustavnopravnom poretku zbog usporedivih ustavnih osnova (podcrtao autor) primjenjiva praksa njemačkog Saveznog ustavnog suda koja ima univerzalno značenje za rasvjetljavanje pitanja vezanih uz poreznu politiku u socijalnoj državi ...« (U-IP-3820/09 i 3826/09 od 17.11.2009. - NN br. 143/09). Zbog toga je i u okvirima ovoga predmeta, pri korištenju komparativnih ustavnosudskih rješenja, valjalo posegnuti samo za kompatibilnim ustavnim osnovama i na njima utemeljenim stajalištima koja eventualno mogu biti od značaja za rasvjetljavanje pitanja koje se razmatra. Prema mojim uvidima, s čl. 21. st. 1. Ustava RH usporedive su ustavne osnove o pravu na život iz čl. 38. Ustava Republike Poljske i čl. 2. st. 2. Ustava Republike Njemačke (»Jeder hat das Recht auf Leben ...«).

Presuda Ustavnog suda Poljske K-26/96, u kojoj je između ostaloga rečeno:

»O tome hoće li se imati dijete ne može se odlučiti ako se dijete već razvija u prenatalnoj fazi te u tom smislu roditelji već imaju dijete. Pravo imati dijete može se interpretirati isključivo u pozitivnom aspektu a nikako kao pravo na uništenje ljudskog života u razvoju. Pravo na donošenje odgovornih odluka ... je ograničeno na jedini negativni aspekt, a to je pravo na odbijanje začeca djeteta«,

nije ni navedena u odabiru prakse europskih ustavnih sudova spomenute u Rješenju.

Bitna stajališta o pravu na život zauzeta u odlukama njemačkog Saveznog ustavnog suda (npr. »Pravo na život jamči se svakomu tko živi, između pojedinih dijelova života u razvoju, prije rođenja ili između rođenoga i onoga koji se ima roditi ne postoji nikakva razlika, 'svatko' u smislu čl. 2. st. 2., 1. reč. jest 'svatko živući' - svaka ljudska individua koja posjeduje život; stoga 'svatko' znači također i još nerođeno ljudsko biće. Život ploda zaštićen je za cijelo vrijeme trudnoće, on ima načelno prvenstvo nad trudničnim pravom na samoodređenje i ne smije biti doveden u pitanje ni u jednom određenom razdoblju ... vremenski ograničenim prenošenjem odgovornosti za pravo na život nasciturusa, u mjerodavnost slobodne, pravno nevezane odluke trećega, čak i ako bi to bila majka, više ne bi bila zajamčena pravna zaštita toga života u smislu razmjernosti ...«) u Rješenju su prezentirana kao »usamljeni slučaj«, de facto kao ustavno jurisprudencijski raritet (t. 31.5.3. Rješenja).

S druge strane, iz sadržaja ključnih argumenata Rješenja kojima se obrazlaže suglasnost osporenog zakonskog modela pobačaja s Ustavom RH (t. 44.1., 45. i 46. Rješenja), očita je potpuna recepcija argumentacijskog supstrata odluke Ustavnog suda Slovačke Republike br. US-12/01 od 4.12.2007. sadržanog u t. 13., 14., 15., 17. i 18. te odluke (iscrpno reproducirane pod t.

17. Rješenja). Načelno ne osporavam opravdanost i legitimnost recipiranja vanjskih rješenja (s obzirom na ranije cit. praksu Ustavnog suda RH kojom je inaugurirana mogućnost takvog »modela« elaboriranja vlastitog stajališta), pogotovo jer je slovačka odluka besprijekorno obrazložena. Problem je, međutim, u formalno-logičkoj dimenziji koja je nužni čuvar racionalnosti diskursa. Nedostaje, naime, tertium comparationis, jer ustavne osnove nisu ni minimalno usporedive. Hrvatski Ustav određuje u čl. 21. st. 1. - »Svako ljudsko biće ima pravo na život«! Slovački Ustav, prema sadržaju cit. odluke slovačkog Ustavnog suda, u članku 15. st. 1. Ustava Republike Slovačke, »... razlikuje pravo svake osobe na život (prva rečenica) i zaštite nerođenog ljudskog života (druga rečenica), što ukazuje na razliku između prava na život kao osobnog, subjektivnog elementa i zaštite nerođenog ljudskog života kao objektivne vrijednosti« (t. 2. odluke). S obzirom na tako koncipiranu ustavnu odredbu, posve različitu od hrvatske ustavne norme, slovački Ustavni sud utvrđuje kako »... nasciturus nije subjekt prava kojem pripada temeljno pravo na život iz prve rečenice članka 15. stavka 1. Ustava ... Druga rečenica članka 15. stavka 1. Ustava koncipira zaštitu nerođenog ljudskog života kao ustavnu vrednotu ... u odnosu na vrednote zajamčene Ustavom pravna zaštita je slabija ... ključna je razlika prvenstveno u opsegu dopuštene diskrecije na koju zakonodavac ima pravo kad odlučuje o pravnoj regulaciji pobačaja na temelju Ustava ...« (t. 9. - 12. odluke Ustavnog suda Slovačke Republike US-12/01 od 4.12.2007.). S obzirom na to da prema slovačkom Ustavu, dakle, nasciturus nije titular prava na život (jer je tako izričito propisano), nego je njegova zaštita tek »ustavna vrednota« (neka vrsta refleksa ustavnog prava) pa ne djeluje standard »ubi ius, ibi remedium«, jasno je da pravo trudnice na zaštitu njezine privatnosti iz čl. 16. st. 1. i čl. 19. st. 1. i 2. slovačkog Ustava koje je koncipirano baš kao subjektivno ustavno pravo stricto sensu (a ne ustavna vrednota) ima primat zbog svoga jačeg pravnog značaja nad zaštitom nerođenog života kao ustavnom vrednotom čiji je normativni status slabiji. (Na podudaran način je koncipiran i ustavni model Portugala - nerođeno dijete izričito se ne smatra nositeljem prava, nego samo utjelovljenjem ustavne vrijednosti što posljedično omogućuje prevagu majčinog prava na samoodređenje, koja je legitimirajući temelj dopuštenosti pobačaja - t. 5.1. odlomak 4. i t. 31.2. odlomak 2. Rješenja).

9. Članak 21. st. 1. Ustava RH zbog svoje suštinske različitosti u odnosu na slovačku i portugalsku ustavnu osnovu onemogućuje usporedivost s modelima tih zemalja kao i opravdanost korištenja stajališta iz odluka ustavnih sudova tih država u ovom hrvatskom slučaju. Utoliko su i stavovi ustavnosudske doktrine (o nerođenom biću kao /samo/ utjelovljenju ustavne vrijednosti a ne nositelju prava na život), predstavljeni kao izraz »modernog konstitucionalizma« vrlo upitne uporabne vrijednosti u ovom predmetu (t. 5.1. Rješenja). S jedne strane, kriterij »modernosti« je neprovjerljiv i relativan te sam po sebi nije agenda za ustavnopravni pristup, a s druge strane, kraj notorne raznolikosti ustavnih modela europskih država, generalizacije na bazi portugalske, španjolske, francuske i slovačke kazuistike su nepotpune i zamagljuju realnost pluraliteta nacionalnih modela. Uz sve uočljive pokušaje da se stvori ozračje suglasja o ovoj problematici, ono evidentno ne postoji ni na kojoj međunarodnoj razini, a najmanje na konstitucionalnoj u smislu općeprihvaćenih supranacionalnih standarda koji bi tangirali domaću ustavnu ili ustavnosudsku »scenu«. Regulacija statusa embrija i pobačaja ulazi u područje »slobodne prosudbe nacionalne države«, dakle u zonu ustavnog identiteta i nacionalnog suvereniteta u smislu supremacije ustava kao vrhovnog prava zemlje (»ustavni patriotizam«). Zato pojmovi i kategorije sadržane u ustavnim odredbama nacionalne države moraju biti interpretirane sukladno načelu vladavine prava u kontekstu najviših vrednota ustavnog poretka

pojedine nacionalne države a ne implantiranjem inozemnih modela koji su normativno, tekstualno i vrijednosno različiti.

10. S obzirom na sadržaj članka 21. st. 1. hrvatskog Ustava, nema osnove za razlikovanje statusa »titulara« prava na život od statusa »ustavom zaštićene vrijednosti« u koji je status (t. 45. Rješenja) kategorizirano »nerođeno biće« s bitnom posljedicom samo posredne ustavne zaštite na osnovi javnog interesa (a ne proprio iure). Javni interes u tom modelu prestaje - a s njime i zaštita, u sukobu s jačim pravom žene na privatnost u segmentu »autonomnog samoostvarenja« po pitanju »želi li iznijeti trudnoću do kraja« (t. 44.1. Rješenja). Cit. ustavna odredba međutim poznaje samo jedan status nositelja prava na život (»svakog ljudskog bića«). Nasciturus - ili je ljudsko biće ili nije, tertium non datur. Ako je - onda uživa ustavno jamstvo zaštite prava na život u odnosu na državu i njezina tijela, uključivo i zakonodavnu vlast u punom opsegu. Ako pak nije ljudsko biće, onda ne potpada pod čl. 21. st. 1. Ustava RH i ne može biti ni »zaštićena vrijednost« jer tu kategoriju hrvatski Ustav ne poznaje. U tom bi slučaju situacija s nerođenima ostala nepromijenjena u odnosu na stanje prema ranijem Ustavu SRH iz 1974. Tada je u čl. 248. st. 1. nepovredivost života bila zajamčena samo čovjeku, što je nesumnjivo dopuštalo zaključivanje da prenatalni život nije uključen u ustavnu zaštitu. Dakle, mišljenja sam da u čl. 21. st. 1. Ustava nerođeno biće - ako »ulazi« u normu - nema »podstanarski status«, nije nižerangirani titular tek refleksa prava na život, odnosno da mu ius vivendi ili pripada u punom opsegu ili mu uopće ne pripada. Svaki drugi pristup koji uključuje kreiranje različitih kategorija prava na život u neprijateljstvu je s ustavnim postulatom jednakopravnosti jer rezultira različitom pravnom zaštitom istog prava. Konstrukcija nerođenog bića kao »zaštićene vrijednosti« s posrednom pravnom zaštitom, uz istovremeno otklanjanje odgovoriti na pitanje kada počinje pravo na život i odrediti sadržaj pojma »svako ljudsko biće« je, prema mom viđenju, tumačenje contra constitutionem.

11. Od međunarodnih akata navedenih u Rješenju ne vidim da bi bilo kakav ustavnopravni značaj za ovaj predmet imala stajališta sadržana u različitim rezolucijama, preporukama, smjernicama i sl. odbora i specijaliziranih agencija UN-a, WHO-a i drugih tijela (t. 26.2. Rješenja) čiji akti ne stvaraju međunarodnopravne obveze za državu, jer nemaju autoritet po osnovi općeg međunarodnog prava u smislu nametanja obveza nacionalnim državama, pa je očito riječ o aktima ultra vires efekta.

11.1. U pogledu međunarodnih ugovora obvezujućih za RH jer su ratifikacijom postali dio internog hrvatskog prava iznad zakonske snage (čl. 141. Ustava), sedes materiae za pitanje početka prava na život je nedvojbeno Konvencija o pravima djeteta (t. 10. Rješenja) od 20.11.1989., stupila na snagu 2.9.1990., obvezujuća za RH od 8.10.1991. (NN - Međ. ugovori br. 12/93). Tom je Konvencijom svakom djetetu priznato »prirođeno pravo na život« (članak 6. st. 1.), koje sukladno općim pravilima za tumačenje međunarodnih ugovora (čl. 31. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora) treba interpretirati kontekstualno, uključivo s preambulom ugovora koja je važna za određivanje cilja i svrhe instrumenta koji se tumači. Takva metoda tumačenja izričito je naglašena i u praksi ESLJP-a (Golder protiv UK, 1975., Banković i dr. protiv Belgije i dr., 2001.). Sagledavajući pojam »prirođenog prava na život« koje pripada »svakom djetetu« kroz interpretativnu optiku preambule (st. 9.) ove Konvencije u kojoj je naglašeno da su »... djetetu, zbog njegove tjelesne i mentalne nezrelosti, potrebni posebna zaštita i skrb, uključujući odgovarajuću pravnu zaštitu prije (podcrtao autor) i nakon rođenja«,

nedvojbeno je da u sve koristi konvencijske zaštite, uključivo s fundamentalnim pravom na život koje je bitna pretpostavka ostvarenja svih drugih prava, teleološko tumačenje Konvencije uključuje i nerođenu djecu. Bilo bi nerazumno zaključiti da Konvencija nerođenima jamči »posebnu zaštitu i skrb uključivo s pravnom zaštitom« a da im ključno pravo - koje je preduvjet zaštite i skrbi - nije zajamčeno. Ovdje pojam prava na život kao »prirođenog« prava, valja povezati sa pojmom »prirođenog dostojanstva ... svih članova ljudske obitelji ...« (st. 1. preambule Konvencije) koji u povezanosti s prethodnim ne isključuje nerođene. Navedena je Konvencija u odnosu na osporeni zakon *lex posterior* i *lex superior* s učinkom derogiranja njegovih odredaba koje su suprotstavljene Konvenciji.

11.2. U odnosu na Europsku konvenciju o ljudskim pravima nužno je konzultirati praksu ESLJP-a koji može utvrditi povredu EK-a i u slučaju koji je pred nacionalnim sudom presuđen besprijekorno i striktno u skladu s nacionalnim ustavom i zakonom, ali - iz optike ESLJP-a, ne i sukladno EK-u. To pokazuje da EK *de facto* ima iznadustavni značaj.

Praksa ESLJP-a očito ne ograničava »nacionalne pristupe« (t. 15. Rješenja), jer ključno pitanje (smatra li se »nerođeni« titularom prava na život te ima li primat pravo na život ili pravo na privatnost) ESLJP prepušta području »slobodne prosudbe« nacionalnih država. Stoga, jednako je legitimno za državu da odabere ili da ne odabere smatrati »nerođene« osobama s ciljem zaštite života (Vo protiv Francuske, §. 85. - t. 27.1. Rješenja). Iz prakse ESLJP-a nije moguće izvesti nikakav obvezujući naputak za nacionalno zakonodavstvo, sve su opcije moguće. Evidentno je da nerođeni nisu izričito uključeni, ali nisu ni isključeni iz pojma »svatko« (everyone) u čl. 2. st. 1. EKLJP-a koji regulira pravo na život. U tom će kontekstu »svatko« biti i »unborn« ako ga takvim proglasi nacionalna vlast (što je upravo slučaj s čl. 21. Ustava RH). S druge strane, odredba iz čl. 8. EKLJP-a (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života) ne daje osnovu za konstruiranje »prava na pobačaj« kao autonomnog prava koje bi, po hijerarhijskom značaju nadilazilo pravo na život. Naime, u pogledu »prava na pobačaj«, ESLJP je izričit - članak 8. EK (pravo na privatnost), »... ne može se tumačiti tako da jamči pravo na pobačaj ...« (P. i S. protiv Poljske, 2012. i A., B. i C. protiv Irske, 2010., §. 214.).

11.3. Konačno, od nesumnjivog je značaja za ovu materiju odluka Velikog Vijeća Europskog suda pravde iz listopada 2011. u predmetu oznake C-34/10, Brüstle protiv Greenpeace, koja sadrži eksplicitno stajalište o prenatalnom životu - njegovom početku od začeća i njegovoj zaštiti (ponovljeno i u predmetu istog suda C-364/13 od 18.12.2014.). Prema stavu Suda EU, život se smatra započetim od začeća i od tada se štiti, a to u kontekstu patentne zaštite biotehnoških inovacija. Taj kontekst, međutim, ne isključuje valjanost protezanja predmetnog stajališta i na općenitu problematiku statusa embrija, odnosno na druga normativna područja koja dotiču pitanje početka života i njegove zaštite, osim ako iz okolnosti konkretne materije ne bi bilo razvidno neko drugo namjeravano značenje (*intended meaning*) iste normativne formulacije. Mišljenja sam da je, sukladno interpretacijskom zahtjevu terminološke stalnosti pri uporabi tumačenja normi - definicija, izneseno stajalište - da život kao biološka - materijalna stvarnost započinje začećem i uživa pravnu zaštitu - primjenjivo generalno, jer mu ishodište izvire iz objektivnih empirijski provjerljivih premisa (začećem počinje životni ciklus nove biološke - materijalne tvorbe). Opisano stajalište manifestira pristup Suda EU tumačenju pojma ljudskog dostojanstva iz čl. 1. Povelje EU o temeljnim pravima (»Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo.

Ono se mora poštovati i štiti«). U kontekstu odluke C-34/10 valja zaključiti da se zaštita života izvodi iz poštovanja ljudskog dostojanstva koje je inherentno ljudskom postojanju od začeca.

12. U odnosu na bit problematike pravnog statusa embrija, ne slažem se s mišljenjem da »... pitanje kada počinje život nije u nadležnosti Ustavnog suda » (t. 45.1. Rješenja), kao i da Ustav ne određuje pojam »svako ljudsko biće«, pa je taj pojam u Rješenju ostao posve nerazjašnjen (t. 42.2. Rješenja).

S formalno-logičke strane je u tom slučaju ostao bez valjanih premisa konačni zaključak (t. 45. Rješenja) da nerođeno biće ima samo status posredno zaštićene vrijednosti po čl. 21. Ustava (a ne status titulara prava na život) - iz čega se, naime, to izvodi? Takvo zaključivanje je »non sequitur«, ako je polazni pojam »svako ljudsko biće« neodređen (jer mu nije specificirano značenje i granice referencije), a ujedno, za pitanje početka života koje je za nerođene ključna odrednica, Ustavni sud nije nadležan. Koja je onda osnova za isključenje nasciturusa iz kruga titulara prava na život? Za moj pogled na čl. 21. Ustava kao i na dužnost Ustavnog suda u ovom predmetu, nužno je i upravo podrazumijevajuće da Ustavni sud interpretira pojam svakog ljudskog bića, a takva interpretacija nužno traži i definiranje početka života, zapravo prava na život. Bez toga, naime, nije moguće odrediti početak djelovanja ustavne zaštite i jamstva prava na život. Uopće je nemoguće odrediti je li zakonodavac pitanje pobačaja uredio u suglasnosti s Ustavom i je li ustavnopravno valjano uravnotežio kontrapostirana prava, ako se prethodno ne definiraju polazne vrijednosti koje se balansiraju. Također nije moguće ocijeniti je li zakon povrijedio ustavno pravo na život ako se prethodno ne pristupi tumačenju kruga, odnosno opsega titulara toga prava. Posljedica pristupa iz Rješenja, u biti je isključenje nerođenih iz statusa titulara prava na život i njihovo pozicioniranje na kategoriju »zaštićene vrijednosti«. Taj status nema osobno pravo osigurano principom »gdje je pravo, tu je i njegova zaštita«, nego posve ovisi o zakonodavčevoj prosudbi oportuniteta javnog interesa u opsegu i karakteru zaštite koju mu treba pružiti u slučaju pobačaja. Mišljenja sam da takva konstrukcija zaštite nerođenih nije ustavnopravno utemeljena.

Ustavni sud, naime, mora definirati pojmove koji su ustavna kategorija. Ti su pojmovi nerijetko određeni okvirno, odnosno bez radikalne striktnosti u preciziranju (npr. mirotvorstvo, socijalna pravda, »druge osobine« u čl. 14. st. 1., čovječno postupanje, javni moral i sl.) pa je zato potrebno primijeniti adekvatne metode tumačenja i tehnike interpretacije ustavnog teksta. Pojam »svako ljudsko biće« nedvojbeno je upotrijebljen s namjerom ustavotvorca da izrazi neki konkretni sadržaj i smisao, a ne da ostane nejasan. Mišljenja sam da navedena ključna formulacija u čl. 21. st. 1. Ustava nije mogla biti određena bez pune svijesti o tome da će stilizacija ustavnog teksta imati izravne reperkusije za pitanje prosudbe statusa embrija u pobačajnom kontekstu, odnosno da takva odredba nije neutralna. Isto tako je jasno da je značajnom izmjenom ranijeg ustavnog određenja iz čl. 248. st. 1. Ustava SRH iz 1974. (»život čovjeka je nepovrediv«), ustavotvorac očito bio usmjeren na to da proširi krug onih čiji je život zaštićen po slovu i duhu Ustava. Konačno, nijedna druga ustavna odredba o ustavnim pravima i slobodama nema na taj način određenog titulara za kojeg se ne traži opći pravni subjektivitet, odnosno status osobe, koji status konotiraju oznake nositelja drugih ustavnih prava (npr. »državljeni«, »svaka osoba«, »čovjek«). Za pravo na život je dostatno samo postojanje života ljudskog bića i ništa drugo se ne traži.

Posve je pogrešno tvrditi da pitanje »kada počinje život« nije u djelokrugu Ustavnog suda. Ranije je objašnjeno da je početak života definitorna odrednica »svakog ljudskog bića« kao ustavne kategorije.

Teorijsko objašnjenje, da to pitanje treba prepustiti »samo i jedino« Hrvatskom saboru i to »... temeljem načela diobe vlasti i Ustavom utvrđene podjele nadležnosti« (t. 5.1. Rješenja) ne djeluje mi prihvatljivo. Ovo zato što ustavne pojmove treba tumačiti Ustavni sud. »Svako ljudsko biće« nije ustavnopravno irelevantna kategorija nego krucijalni segment temeljnog i najvišeg ustavnog prava koje je uvjet ostvarivanja svih drugih prava. S obzirom na formulaciju ustavnog teksta, jednako kao i u slučaju poljskog i njemačkog Ustavnog suda zbog usporedivih ustavnih osnova, i hrvatski Ustavni sud mora razriješiti pitanje početka prava na život, jer od tada i počinje ustavna zaštita. Načelo diobe vlasti i načelo demokracije zahtijevaju da parlament zakonski regulira sve temeljne društvene odnose. Ali, ne one koju su izravno uređeni Ustavom, odnosno ne na način nesuglasan s Ustavom. Kako bi Ustavni sud uopće mogao ostvarivati svoju ustavnu ulogu zaštite svih od arbitrarnosti ili samovolje javne vlasti, uključivo i od »tiranije« zakona, ako bi bio lišen svog osnovnog instrumenta - autoritativnog tumačenja Ustava koje su svi dužni poštovati. Ustav je, naime, u konačnici - ono što Ustavni sud kaže da je Ustav. Zato u izloženom kontekstu nema mjesta samoograničavanju Ustavnog suda u obavljanju svoje dužnosti.

13. U pogledu pitanja početka života, prije svega postoji nedvojbeni znanstveni konsenzus na razini biomedicinskih spoznaja da začecem (spajanjem gameta) započinje životni proces nove »tvorbe« u smislu materijalne stvarnosti čija je egzistentnost provjerljiva i koja ima svoju biološki formu (»somatski habitus«). O tome nema nikakvih prijepora, nego on izvire isključivo iz metaempirijskog diskursa. Dvojbeno je naime ima li taj novi biološki entitet od svoga nastanka začecem karakter ljudskog bića s obzirom na ljudsko dostojanstvo inherentno svakom ljudskom biću i stječe li ab initio status titulara prava na život kao subjektivnog prava.

Mišljenja sam kako je nedvojbeno da se čl. 21. st. 1. Ustava, na osnovi isključivo pravnopozitivističkog pristupa, odnosi na nerođeno biće od samog njegova nastanka začecem. »Nerođeni« je živuća tvorba (materijalna stvarnost), nije dio mrtve prirode, nije stvar ni životinja niti organ tijela majke, ljudskog je porijekla (genetska ljudskost - začetost od ljudskih roditelja), raste i razvija se autonomno po vlastitom genetskom programu. Taj rast je svrhovito usmjeren i nedvojbeno je riječ o živućem biću - pripadniku ljudske vrste. Što je to ako ne ljudsko biće? Tvrditi da ljudsko biće u smislu čl. 21. st. 1. Ustava nastaje u nekoj kasnijoj fazi razvoja nerođenog, a ne od začeca, implicira da začecem nastaje neka neodređena živuća tvorba - »ne-biće« ili »pseudo-biće«, koje onda progresivnim rastom i razvojem (suprotno općem principu »ex nihilo nihil fit«) metamorfozira u ljudsko biće koje je titular prava na život.

S pravne točke gledišta, u ovom prijeporu onus probandi leži na onome koji tvrdi da se u majčinoj utrobi razvija tvorba koja nije uopće ili nije od svog početka ljudsko biće.

Zaključno, mišljenja sam da embrij nije »neljudsko biće«, odnosno »ne-biće«, nego ljudsko biće u određenoj fazi razvoja i da mu zato pripada temeljem inherentnog ljudskog dostojanstva pravo na život prema čl. 21. st. 1. Ustava u punom opsegu. U životnom procesu (koji u biološkom smislu teče od začeca) kao kontinuiranom procesu nije moguće pouzdano i neproizvoljno

odrediti točku u kojoj nastaje »ontološki skok« iz ne-bića u biće. Jedina pouzdano i neproizvoljno određena točka jest trenutak začeca od kojega i kreće životni proces. Tada nastaje ljudsko biće kojem je ab initio inherentno ljudsko dostojanstvo bez obzira na fazu razvoja, na veličinu, na funkcionalne sposobnosti, na ovisnost o drugima ili na postojanje razvijene svijesti o samome sebi.

Svaki drukčiji zaključak - da sama biološka forma postojanja života koji je ljudskog porijekla ne znači ujedno i postojanje pripadajućeg ljudskog dostojanstva, nego da se ono priznaje tek u nekoj kasnijoj fazi proizvoljnom voljom zakonodavca, nije u suglasju s zaštitom života kao osnovnom ustavnom vrijednošću. U takvoj soluciji, zakonodavac zapravo arbitrira i temeljem vlastite proizvoljne prosudbe na osnovi isključivo kvantitativnih kriterija dijeli zakonsku zaštitu i ljudsko dostojanstvo.

14. S obzirom na to da sukladno gornjoj analizi nerođeno biće potpada pod zaštitu čl. 21. st. 1. Ustava kao titular prava na život, osporeni zakonski model pobačaja nije suglasan s Ustavom.

Pravu na život je inherentno pravo roditi se (doći na svijet) i to je pravo iznad prava na privatnost (prava na životni stil). S pravom na život nerođenog bića je po pravnom rangju izjednačeno jedino pravo na život majke.

Pravu na privatnost nije implicirano pravo na pobačaj, jer ono negira i uništava samu bit prava na život. Obratno, pravo na život ne uništava samu bit prava na privatnost nego ga ograničava, jer je pravo na privatnost moguće kvantitativno sadržajno širiti i stezati a da pritom ne bude narušen njegov identitet, odnosno - u slučaju ograničavanja, nije uništena njegova bit. S druge strane, pravo na život ne može biti ograničeno, nego samo u cijelosti egzistirajuće ili posve dokinuto. Život, naime, ili postoji ili ne postoji.

Zato smatram da je tumačenje Rješenja u dijelu u kojem daje primat pravu na privatnost u odnosu na ustavnu kategoriju prava na život, tumačenje contra constitutionem, jer negira primarni (fundamentalni) značaj prava na život koje je temeljno pravo (core right), pozicionirano iznad prava na privatnost. Takav zaključak proizlazi ne samo iz okolnosti da je riječ o prvorangiranom pravu iz ustavnog kataloga koje je logična pretpostavka (conditio sine qua non) svih ostalih prava, nego posebice iz činjenice da je pravo na život u smislu čl. 17. st. 3. Ustava upravo materijalna jezgra (nepovrediva bit) Ustava koja se ne može ograničiti ni u situaciji izvanrednog stanja i ugroze države pa time ulazi u kategoriju ustavnog identiteta RH. Pravo na privatnost nema takav status i nije vrijednosno usporedivo s pravom na život.

Prema tome, osporeni zakonski model suprotan je Ustavu jer zakonska mogućnost disponiranja - dokidanja nerođenog života u smislu čl. 15. osporenog zakona na osnovi ničim limitirane subjektivne volje predstavlja očigledno kršenje ustavne obveze državne vlasti iz čl. 21. st. 1. Ustava. Navedena odredba, naime, obvezuje državu na sveobuhvatnu (uključivo i zakonsku) zaštitu života svakog ljudskog bića, pa tako i nasciturusa. Zahtijeva se zaštitničko postavljanje države u odnosu na život kao vrhunsku vrijednost i to primarno u odnosu na nezakonito zadiranje trećih. S obzirom na to da je ljudski život ustavna vrijednost najvišeg ranga ova je obveza državne vlasti naročito zahtjevna i ozbiljna.

Osporenim zakonom ta je obveza nesumnjivo grubo prekršena.

Miroslav Šumanović, v. r.