

**Нина С. Планојевић**

*Правни факултет Универзитета у Крагујевцу*

**Синиша Ђ. Варга**

*Правни факултет Универзитета у Крагујевцу*

## **МОРАЛНЕ НОРМЕ И ГРАЂАНСКО ПРАВО СА ОСВРТОМ НА ПРАВА ПРОНАЛАЗАЧА**

### **Сажетак**

*Предмет рада* је анализа начина усклађивања грађанско-правних са моралним нормама, са акцентом на начину, код кога правно допуштено понашање одређују моралне норме, на чије поштовање правна норма обавезује, не наводећи их конкретно. *Циљ* аутора је да укажу на проблеме који при примени оваквих норми настају, углавном око утврђивања садржине морала. Аутори за пример узимају Закон о патентима, који патентирање проналазака допушта ако њихова комерцијална употреба, између осталог, неће бити противна моралу. Констатујући да су биотехнолошки проналасци најчешћи предмет процене о којој је реч, аутори износе бројне аргументе против овакве регулативе, *закључујући* да она није применљива у свакој грани права, а посебно не у патентном праву. То нарочито зато, што се и проналазак који због неморалности није патентиран ипак може користити. Стога је њихов *предлог* да се моралност комерцијалне употребе проналаска не процењује када он већ настане, у оквиру патентног права на основу правне норме која упућује на моралне; већ методом преузимања моралних норми у правне већ при регулисању (научних) истраживања која претходе настанку проналазака.

Кључне речи: моралне норме, проналазак, патент, грађанско право.

## ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Питањем утицаја морала на право, права на морал и другим аспектима односа моралних и правних норми бавили су се многи правни писци у разним државама и разним временским периодима. Њихова мишљења су различита и крећу се од негирања постојања било какве везе између морала и права, тј. од става о њиховој потпуној одвојености<sup>1)</sup> - до становишта о њиховој нераскидивој повезаности, јединству, па чак и идентитету<sup>2)</sup>.

У складу са чињеницом да су моралне и правне норме две врсте друштвених норми које се међусобно разликују<sup>3)</sup>, у савременој науци преовлађује мишљење негде између горе наведених екстремних ставова, а то је да се оне међусобно надопуњују и да „између њих нема ни радикалне супротности ни потпуног идентитета“<sup>4)</sup>. Општеприхваћени став у правној теорији данас је да су правне и моралне норме у тесној вези, а њихов међусобни однос треба да буде такав да су правне норме у што већој мери у складу са моралним. Право зато често прописује оно на шта и морал обавезује; али емпиријски посматрано, поклапање морала и права ипак никада не може бити потпуно: неке моралне норме нису погодне да се укључе у право, неке правне норме су морално „необојене“, а неке су из одређених разлога и супротне моралним – ма колико то непожељно било<sup>5)</sup>. Ипак, јасно је да ће право које је „подржано“

- 1) То је став позитивистичких теорија, по којима је право скуп процедура, лишених моралног садржаја. Један од представника овог правца, Џ. Остин, пише: „Егзистенција права је једна ствар; његова врлина или порок је друга“. Наведено према: Дејан Вук Станковић, „Морал и право у савременој правној филозофији“, *Филозофија и друштво*, Београд, бр. IX-XX/2001/2002, стр. 205, <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0353-5738/2002/0353-57380209203s.pdf> (18. 03. 2011).
- 2) То је становиште класичне, природно – правне теорије, која своје корене има још у радовима Св. Томе Аквинског, преко Хобса, Лока, Русоа.. О томе више: Дејан Вук Станковић, нав. дело, стр. 205.
- 3) За разлику од правних, моралне норме ствара дифузно, неорганизовано друштво, оне су слободне и аутономне, па је санкција унутрашња (грижа савести), имају виши ниво апстракције и већу снагу од правних, неписане су и теже је егзактно утврдити њихову садржину итд.
- 4) Савремене теорије о односу морала и права заступају став о поларном карактеру овог односа, тј. о њиховој релативној супротности (почев од Н. Л. А. Hart-a, R. Dworkin-a итд.). О томе више: Дејан Вук Станковић, нав. дело, стр. 204 и 207-209.
- 5) *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 833 (одредница „Морал и право“). Уколико су друштвена заједница и њено право неморални, тешко могу опстати на дужи период. О тоталитарним режимима и њиховом праву у овом тексту више: Дејан Вук Станковић, нав. дело, стр. 206.

моралом бити више поштовано, с обзиром на снагу морала и његове унутрашње санкције<sup>6)</sup>, а друштво успешније.

О граници до које усклађивање правних с моралним нормама треба да иде; као и о начинима на које се то може постићи такође се много расправљало<sup>7)</sup>, а ми уочавамо и издвајамо два приступа овом проблему<sup>8)</sup>. По једном од њих, садржина моралне норме се преузима правном нормом, чиме се морална норма претвара у правну, а право се усклађује с моралом. По неким мишљењима право је „минимум морала“ (*Jellinek*)<sup>9)</sup> и подразумева преузимање бар оних моралних норми које су неопходне за одржање друштва. Али, та квантитативно – квалитативна мера преузимања морала у право може бити и другачија.

Други приступ је да се правном нормом пропише обавеза поштовања моралних норми за одређену ситуацију, генерално, без њиховог конкретнoг навођења или директног преузимања. Реч је о правном регулисању, код кога садржина правног правила зависи од моралних, на која се оно позива, па је морал на тај начин интегрисан у право<sup>10)</sup>. Морал заправо одређује границе правно дозвољеног понашања. Одређени аутори ову врсту правних норми називају бланкетним нормама<sup>11)</sup>, које се у правној теорији<sup>12)</sup> дефинишу као врста неодређених норми, којима није одређена санкција, већ је препуштено надлежном органу да то учини нормативним актом који сам доноси – у циљу њеног прилагођавања конкретном случају. Други аутори<sup>13)</sup> овакве норме виде као норме чију садржину

6) *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 833 (одредница „Морал и право“)

7) О томе више: Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет, Београд, 2001.

8) Трећи начин усклађивања права са моралом, којим се нећемо бавити овом приликом, је спонтани «продор» морала у право, које није у складу с моралом, на тај начин што се формира супротан обичај, који је у складу с моралом и који обеснажује «неморално право». О томе више: Маријан Павчник, «Морал као извор права», *Архив за правне и друштвене науке*, Удружење правника Србије, Београд, књ. XXXVIII, бр. 4/1982, стр. 451-452

9) У теорији је спорно у којој мери је овај став прихватљив и какав је његов смисао. Нама је најближе виђење, по коме је право минимум морала у смислу да владајући, опште-прихваћени морал позитивно вреднује право. О томе више: Маријан Павчник, нав. дело, стр. 441-442.

10) О томе више: Маријан Павчник, нав. дело, стр. 446 и др.

11) Маријан Павчник, нав. дело.

12) *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 121 (одредница „Бланкетна норма (пропис“)“).

13) Иако се не изјашњава директно о томе, рекли бисмо да овакав став прихвата и Илија Бабић у свом раду „Добри обичаји, трговински обичаји и узансе – правила морала и извор права“, *Право и привреда*, бр. 3-4/1997.

чини правни стандард, који се у правној теорији<sup>14)</sup> дефинише као неодређени појам, који (иако је увек исти) мења конкретну садржину зависно од конкретног случаја, а његово значење утврђује орган који норму примењује – из истих разлога као и код бланкетних норми. Као оправдање за коришћење норми које садрже правне стандарде наводи се чињеница да низ сличних ситуација, које се по одређеним елементима ипак разликују, не би било целисходно регулисати сваку засебно бројним нормама; али се оне због разлика не могу „покрыти“ ни једном нормом с чврсто одређеним појмовима. У каквом су међусобном односу бланкетне норме и норме које садрже правне стандарде и да ли се нека од њих може подвести под ону другу или не; као и да ли се метод усклађивања права с моралом о коме је реч може назвати бланкетном или регулативом путем правних стандарда – питање је којим се овом приликом из разумљивих разлога не можемо бавити. Иако смо ближе идеји да се овде ради о употреби правног стандарда, у наставку рада ћемо метод усклађивања о коме је реч одређивати дескриптивно.

Код оба наведена начина усклађивања права с моралом – моралне норме су не само материјални, него и формални извор права, јер постају део правних норми. За сваки од наведених начина могу се навести аргументи за и против.

\* \* \*

Тема о односу морала и права је универзална, интригантна и увек актуелна, али она није само теоријског карактера. Разумевајући значај усклађености права с моралом, законодавци су морали искорачити из света идеја правних теоретичара и филозофа и одабрати конкретан начин на који ће у стварности реализовати тај циљ.

Анализом садржине великог броја по случајном узорку изабраних правних норми из области општег грађанског права, као и посебних грана које су се из њега развиле - што је предмет нашег интересовања у овом раду - могли смо закључити да је међу њима могуће наћи доста оних које су „морално индиферентне“ (техничке, процесне и сличне норме); али да је тешко наћи оне, које су супротне моралу. То све ако морал схватимо као скуп правила која одређују шта је у једном друштву добро, а шта зло (општеприхваћено одређење); и ако пођемо од претпоставке о нашем познавању морала српског друштва данас. Из тога закључујемо да је основни начин домаћег законодавца за усклађивање права с моралом (а из

14) *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 1227 (одредница „Правни стандард“).

правне литературе се може видети да је таква ситуација и у другим државама) - преузимање садржине одређених моралних норми у правне при њиховом формулисању, у већем или мањем броју. Овај метод не захтева посебно коментарисање, разумљив је и не ствара проблеме у пракси при примени оваквих норми, јер је њихова садржина јасно одређена.

Али, анализом грађанско-правних законских текстова, уочили смо и постојање таквих правних норми, у којима законодавац користи и други поменути начин усклађивања, где се адресатима правном нормом прописује обавеза поштовања моралних норми. Ова обавеза по правилу иде „у пакету“ с обавезом поштовања императивних законских норми и/или јавног поретка. Поштовање моралних норми је обично услов чијим се испуњавањем стиче одређена (повољна) правна позиција, неко субјективно право и сл. - или чијим се непоштовањем све то не може стећи или ће се изгубити. Моралне норме на чије се поштовање обавезују правни субјекти се при том не наводе конкретно, већ њихову садржину треба да утврди онај орган, који норму примењује. Овакву формулацију свакако прате све оне предности (могућност дужег важења правне норме), али и мане (одређена правна несигурност), на које је већ указивано у правној теорији када је реч о употреби правних стандарда уопште<sup>15)</sup>; али се у вези овог начина усклађивања права с моралом у одређеним случајевима појављују и додатне дилеме, па ће њихово изношење и наша даља разматрања бити усмерене само на овај начин усклађивања (грађанског) права с моралом.

Пре него што до краја одредимо предмет свог рада и пређемо на изношење дилема о којима је реч, морамо у вези начина усклађивања права с моралом који ћемо коментарисати изнети једно запажање везано првенствено за домаће право, које уноси додатне недоумице у ову проблематику. Наиме, један број законских текстова<sup>16)</sup>, који се служе наведеном методом, користи термин „морал“ (јавни морал, морална норма, пословни морал); док се други

15) Миливоје Марковић, „Генералне клаузуле – фрагментарна скица за студију о правним стандардима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1968.

16) Видети: чл. 32, 43, 46 и др. Устава РС из 2006; Закон о адвокатури из 1998; чл. 29 Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана из 1982; Закон о електронској трговини из 2009; Закон о инвестиционим фондовима из 2006; чл. 61 Закона о наслеђивању из 1995; чл. 11 Закона о спољнотрговинском пословању из 2009; чл. 38 и др. Закона о привредним друштвима из 2004; чл. 8 и др. Закона о ознакама географског порекла из 2010. итд.

текстови<sup>17)</sup> позивају на „добре обичаје“ (или добре пословне обичаје), рекли бисмо у истом значењу.

Пример за то је рецимо Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)<sup>18)</sup>, који је до измена из 1993. за пуноважан настанак облигационих права чији су извор правни послови (грађански и трговачки), као услов предвиђао и њихову усаглашеност с моралним нормама (социјалистичког самоуправног друштва – какво смо у време доношења закона имали). Уколико су циљ, садржина, основ, рок, услов или предмет правног посла били противни моралу, он је санкционисан ништавошћу, а моралне норме биле су једна од граница аутономије воље странака. Од измена из 1993. ЗОО термин морал замењује синтагмом добри обичаји, чиме ствара бројне недоумице и полемике у правној теорији и судској пракси о њеном значењу<sup>19)</sup>. Иако је већинско мишљење<sup>20)</sup>, коме се и сами придружујемо, да добри обичаји свакако обухватају и моралне норме, по нама ипак остаје отворено питање шта то још улази у опсег појма добри обичаји, услед чега је била нужна замена синтагме моралне норме овом другом. Језички и суштински се свакако не може бранити став да се ради о синонимима. Иако и у домаћем и у страним правима<sup>21)</sup> постоји општа сагласност око тога да се израз добри обичаји не може схватити у значењу које има термин обичај; сама употреба речи обичај у овој синтагми, која треба да значи нешто сасвим друго (морал) – свакако ствара одређену забуну<sup>22)</sup>. Зато има и мишљења<sup>23)</sup> да је, без обзира на већ општеприхваћено схватање добрих обичаја у смислу моралних норми, требало у ЗОО – у задржати синтагму „моралне норме“. У правној теорији, међутим, постоје различити ставови и о томе коју категорију моралних нор-

17) Видети: чл. 1 Закона о сузбијању нелојалне утакмице Краљевине Југославије из 1930.; чл. 2 Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума СФРЈ из 1974; чл. 22 Закона о трговини СРЈ из 1993; бројне чланове Закона о облигационим односима из 1978. итд.

18) Сл. лист СФРЈ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; Сл. лист СРЈ 31/93; Сл. лист СЦГ 1/2003.

19) Андрија Гамс и Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд, 1990, стр. 255.

20) О томе више: Слободан Перовић, „Појам и примена добрих пословних обичаја“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 1/1982, стр. 20; Илија Бабић, нав. дело.

21) Израз «добри обичаји» користи се и у француском, немачком и многим другим правима, са сличним дилемама у погледу његовог значења.

22) У том смислу о односу обичаја, права и морала: Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980. Као оправдање за ову замену по нама не може послужити ни то што је ЗОО у својој првобитној верзији говорио о моралу *социјалистичког самоуправног друштва*, јер је ту формулацију било могуће изменити.

23) Илија Бабић, нав. дело, стр. 58.

ми обухватају добри обичаји: моралне норме било које врсте или само правила пословног морала<sup>24)</sup>.

Без могућности да овом приликом улазимо дубље у наведену проблематику, помињемо је једино у циљу коначног прецизирања предмета нашег рада, који ће се свести на процену целисходности коришћења методе усклађивања права с моралом о којој је реч само у законским текстовима који изричито користе термин морал, а не добри обичаји.

За разматрања о којима је реч изабрали смо пример Закона о патентима<sup>25)</sup> из разлога што су у вези са њим, по нашем мишљењу, дилеме о целисходности прописивања правном нормом обавезе поштовања моралних најјаче изражене и специфичне у односу на друге законске текстове који користе сличну формулацију. Закон о патентима у чл. 7 изричито предвиђа могућност стицања једног апсолутног субјективног имовинског права (патента) тек уколико комерцијална употреба предмета тог права (проналаска), поред осталог<sup>26)</sup>, не би била противна јавном поретку или моралу.

## ОБЛАСТ ПРОНАЛАЗАШТВА КОЈА СЕ ДАНАС НАЈЧЕШЋЕ МОРАЛНО ВРЕДНУЈЕ

Анализа доскорашње праксе у Србији показује да је изузимање проналазака из патентно-правне заштите због неусклађености с моралним нормама рестриктивно примењивано. У Заводу за интелектуалну својину забележен је врло мали број случајева одбијања патентирања проналазака из овог разлога. Слична се ситуација може констатovati и у другим државама са сличном законском регулативом<sup>27)</sup>.

24) За овај став залажу се многи правни писци: Шиме Ивањко, "Више вриједи добри обичаји него добри закони", *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 6-7/1986, стр. 699-700; Славко Царић, *Правни положај привредних организација*, Центар за привредни consulting, Нови Сад, 2000, стр. 232; Синиша Варга, *Право конкуренције*, Факултет за правне и пословне студије и Прометеј, Нови Сад, 2007, стр. 182.

25) *Сл. лист СЦГ*, 32/2004.

26) Патентирати се не могу ни: - проналасци који се односе на хируршке или дијагностичке поступке, или поступке лечења који се примењују непосредно на људском или животињском телу (осим проналазака производа, одн. супстанци и композиција које се примењују у том поступку); и - проналасци биљних сорти, животињских раса или битно биолошких поступака за добијање биљке или животиње (изузев проналазака микробиолошког или другог техничког поступка или производа добијеног тим поступком).

27) Постоје примери изузимања из патентноправне заштите проналазака контрацептивних средстава (поједине земље Латинске Америке) или апарата за коцку (САД). Додуше, могуће је да је у другопоменутом примеру искључењу из патентне заштите више до-

Но, то не значи да је овај основ изузимања мртво слово на папиру и да је без икаквог значаја у патентном праву. Ситуација би се значајно могла променити у савременом добу, које одликује појава биотехнологије.<sup>28)</sup>

Под биотехнологијом подразумева се скуп техника које се користе у циљу органских промена биолошког материјала<sup>29)</sup>, промена у микроорганизмима, у биљкама или животињама; или у изазивању промена неорганских материја биолошким путем.<sup>30)</sup> Иако открића из области генетике датирају још из XIX века, биотехнолошка ера започиње открићем тзв. рекомбинантне ДНК технологије 1973. године. Научници Херберт Бојер (*Herbert Boyer*) и Стенли Коен (*Stanley Cohen*) су утврдили да се ген једног може изместити и рекомбиновати 'in vitro'<sup>31)</sup> са ДНК другог бактеријског организма како би поново био убачен у први организам који би тиме стекао карактеристичне особине другог организма.<sup>32)</sup> И док се употреба рекомбинантне ДНК технологије сматра тривијалном када се примењује на бактерије, дотле је могућност манипулисања генетским материјалом виших организама, а поготово човека, изазвало толико моралних дилема, расправа и дискусија по питањима безбедности човека и животне средине, људске природе, еволуције, друштвене једнакости и људских права, да се у овој области појавила нова наука: биоетика.

Биоетика је наука о моралном осмишљавању човековог живота.<sup>33)</sup> У центру пажње биоетике је генетски инжењеринг хуманим генетским материјалом, који се сматра оправданим само онда када се предузима у сврхе лечења наследних болести. Ово стога

принело одсуство корисности него неморалност, јер се у праву САД услов моралности проналаска не тражи.

28) Слична констатација: Hector MacQueen; Charlotte Waelde; Graeme Laurie, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*; Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 424-425.

29) То се односи и на ћелије или линије биљних или животињских ћелија, ензима, плазмиди и вируса.

30) Слободанка Јовановић, "Заштита интелектуалне својине у области биотехнологије", У: *Избор објављених радова стручњака Завода 1920-2000*, књига прва, (уредник: Милорад Теслић), Савезни завод за интелектуалну својину, Београд, 2000, стр. 157.

31) *In vitro* [лат. у стаклу] - који се обавља под вештачким условима, у лабораторији. Супротно: *in vivo* (Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад, 2006).

32) Видоје Спасић, "Могућности заштите творевина из области биотехнологије по основу интелектуалне својине", *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 11/2002, стр. 973.

33) Гордана Вукадиновић, "Хумана будућност и право – неки проблеми биоетике", *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2006, стр. 736.

што је добробит човека примарни интерес друштва. То је истакнуто и у чл. 13 Конвенције Савета Европе о људским правима и биомедицини из 1997,<sup>34)</sup> према коме се захват на промени човековог генома може предузети само ради превентивних, дијагностичких или терапеутских циљева и под условом да није усмерен ка изазивању ма какве промене у генима потомака.

Наследне болести су болести узроковане дефектима гена и не могу се лечити деловањем на биолошке симптоме болести, већ генском манипулацијом која за циљ има „да ген функционише без дефектне (неисправне) производње протеина“.<sup>35)</sup> Ово је могуће, јер је људски геном потпуно дешифрован и сачињена је целовита картографија гена одговорних за особине, предиспозиције, способности, па и за болести сваког појединца;<sup>36)</sup> а такође су развијене и технике уношења здравих гена или полинуклеотида у људске телесне ћелије (са дефектним геном, а ради њиховог лечења – тзв. соматска генска терапија<sup>37)</sup>).

Међутим, пацијенти који пате од генетских болести и за које је индикована соматска генска терапија нису толико бројни да би истраживања фармацеутских и других биотехнолошких компанија била исплатива, али се истраживања ипак настављају, а вредност акција компанија које се баве различитим делатностима у области биотехнологије је у енормном порасту на свим светским берзама. То је у толикој мери изражено, да је својевремена експанзија предузећа из области информатичких технологија превазиђена, па се може рећи да је биотехнологија, међу новим технологијама, финансијски водећа.<sup>38)</sup> При свему томе биотехнолошка истраживања све више постају глобални напор, о чему сведочи појава мноштва

34) 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). Конвенција је закључена у Овиеду (Asturias) 4. IV 1997; ступила на снагу 1. XII 1999; Србија ју је потписала (као Државна заједница Србија и Црна Гора) 9. II 2005; а ратификовала 17. XII 2011. законом објављеним у *Сл. гласнику Р. Србије - међународни уговори*, бр. 12/2010.

35) Весна Клајн-Татић, „Етичка и правна питања генске терапије”, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 9/2006, стр. 404.

36) Гордана Вукадиновић, нав. дело, стр. 735. Зато се за човека тврди да представља „биолошки компјутер са сложеним генетским програмима“ (Драгиша Миловановић, *Помирити се са собом*, Гоја, Београд, 2008, стр. 68).

37) Дејство соматске генске терапије остаје ограничено на особу која је овом третману подвргнута, за разлику од генског трансфера на оплодним ћелијама и ембрионима који има трајни наследни ефекат и стога је забрањен, и то не само у Европи. И у Америци је проглашена забрана таквих истраживања (Весна Клајн - Татић, нав. дело, стр. 411).

38) Душан Дабовић; Ива Игњатовић, „Регулисање примене биотехнологије генетички модификованих организама”, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 9/2006, стр. 721.

нових биотехнолошких истраживачких средишта у читавом свету.<sup>39)</sup>

Поставља се питање: због чега се јавља таква диспропорција између великог обима и експанзије истраживања о којима је реч и броја људи којима она могу помоћи? Очигледно је јасно сагледавање могућности комерцијализације резултата истраживања и успешно решење проблема прелаза са лабораторијског на индустријски ниво било узрок убрзаном развоју биотехнологије,<sup>40)</sup> чије могућности далеко превазилазе оквир помоћи малобројним пацијентима и чије се консеквенце не могу у овом тренутку ни предвидети у свим аспектима. Наиме, „врло је могуће да ће једног дана технологија управљена на болест, послужити развоју технологије која ће бити употребљена за нетерапеутске сврхе“.<sup>41)</sup>

Дакле, из свега наведеног можемо закључити да су проналасци у вези којих се данас најчешће може поставити питање усаглашености њихове комерцијалне употребе са моралним нормама - управо проналасци из области биотехнологије.

## ПРОБЛЕМ КРИТЕРИЈУМА РАЗГРАНИЧЕЊА МОРАЛНЕ ОД НЕМОРАЛНЕ КОМЕРЦИЈАЛНЕ УПОТРЕБЕ ПРОНАЛАЗАКА

На питање како разликовати оне биотехнолошке методе и проналаске којима се унапређује живот људи од оних који претстављају потенцијалну претњу људском достојанству, у оквиру биоетике се у овом моменту не може дати коначан и једнозначан одговор.

С једне стране, страх од непознатог не може бити препрека наставку истраживања у овој области, нити се напредак биотехнологије може зауставити. С друге стране, не постоји јединствено виђење људске природе које би послужило усмеравању биотехнологије. За сада је једини изврстан консензус постигнут у погледу схватања да је свесно стварање генетички истоветних људских бића противно људском достојанству и да представља злоупотребу медицине и биологије.<sup>42)</sup>

39) Камил Идрис, *Интелектуална својина – моћно средство економског раста*, Завод за интелектуалну својину Србије и Црне Горе, Београд, 2003, стр. 99.

40) Слободанка Јовановић, нав. дело, стр. 158.

41) Весна Клајн-Татић, нав. дело, стр. 403.

42) Марко Трајковић, „Биоетика као једна од парадигми савремене правне државе“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр.12/2006, стр. 942.

У том смислу је у позитивном патентном праву Републике Србије<sup>43)</sup> прописано да се патентом нарочито не могу штитити проналасци: поступака за клонирање људских бића;<sup>44)</sup> поступака за промену генетског идентитета гермитивних ћелија људских бића; коришћења људског ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе;<sup>45)</sup> и поступака измене генетског идентитета животиња, ако је вероватно да ти поступци изазивају патњу животиња, без постизања значајне медицинске користи за човека или животињу, као и животиње које су резултат таквих поступака.<sup>46)</sup>

Набрајање биотехнолошких проналазака које не би требало патентирати није коначно. Сагласно тачки 38. преамбуле Биотехнолошке директиве Европске уније<sup>47)</sup> не могу се патентирати ни било који други биотехнолошки проналасци чијом би се употребом вређало људско достојанство.<sup>48)</sup> Као примери наводе се про-

43) Закон о патентима (Сл. лист СЦГ, 32/2004), чл. 7, ст. 2, т. 1.

44) Клонирање је сваки процес, укључујући и технику цепања ембриона, којим се ствара људско биће истоветно (одн. чије ћелијско једро садржи исте генетске информације постојеће у) другом живом или покојном људском бићу (видети Directive 98/44/EC of the European parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, recital 41). То што је клонирање људских бића предвиђено као противно моралу наводи на забринутост творце биотехнолошке директиве у погледу (хумане - прим. аутора) еугенике (Lionel Bentley & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, стр. 440). Еугеника је наука о условима под којим се наследни недостаци организма отклањају, а добра својства усавршавају (Иван Клајн и Милан Шипка, нав. дело).

45) Оваква формулација значи да са становишта патентног права коришћење људског ембриона у дијагностичке и у сврхе лечења није противно моралу. Обим примене ове норме свакако зависи од тога како се тумачи индустријска или комерцијална употреба.

46) С обзиром да у процесу клонирања не долази до модификације живог бића, то је клонирање животиња са патентно-правног становишта морално дозвољено. Али, то не значи да у примени ове норме нема никаквих недоумица. Нпр. како поступити ако се за човека или животињу постижу значајне медицинске користи, али уз патњу животиња? Односи ли корист по човечанство превагу над патњом животиње? И како то измерити и упоредити? Да ли је довољно да је проналазач савестан, тј. да верује у постизање значајних медицинских користи? И у ком моменту све то измерити и упоредити? Ако је то датум подношења патентне пријаве према којем се и иначе утврђује испуњеност материјално-правних услова за признање права на проналазак, шта ако се патња животиње појави или повећа након тог датума?

47) Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6.07.1998. on the legal protection of biotechnological inventions; OJ L 213 of 30.7.1998, p.13

48) До повреде људског достојанства нарочито може доћи у случајевима када се биолошки материјал издваја из тела живог човека. Иако би требало да буде неспорно да је за тако нешто потребна сагласност тог лица, питање је да ли је оно свесно са чим се саглашава и да ли има сазнања о висини финансијске добити коју прати патентирање тог биолошког материјала. У том смислу, осим повреде физичког интегритета, човек може бити обманут, изманипулисан, обешчашћен, искоришћен и лишен права на сопствени, иначе јединствени, генетски материјал (US патент бр. 4,438,032. Видети више: Vandana Shiva, *Protect or Plunder? - Understanding Intellectual Property Rights*, Zed Books, London & New York, 2001, стр. 6. О истој теми поводом случаја *Howard Florey/H2 Relaxin* [1995]

налазак процеса производње немани (*chimeras*)<sup>49)</sup> из гермитивних ћелија и проналазак поступка производње тотипотентних ћелија<sup>50)</sup> човека или животиње.

Као што се може видети, данас се искључење из патентне заштите проналазака чија би комерцијална употреба била противна моралу „најчешће примењује на проналаске у области генетског инжењерства у којима се манипулише генетским материјалом човека“.<sup>51)</sup> Забрана се заснива на страху од скрнављења људске природе и губитка људскости, тј. суштинског квалитета човека.

Али, за све досад наведено ситуација је јасна и непроблематична, јер је „на делу“ метод преузимања конкретних моралних норми у (патентно) правне норме, о коме је већ било речи. Као проблем, међутим, и даље остаје питање како разграничити и утврдити да ли ће комерцијална употреба *осталих* биотехнолошких и других проналазака, који у наведеним законским текстовима нису изричито поменути, бити у складу с моралом или неће, а што се регулише чл. 7 Закона о патентима, према којем ће захтев за признање патента бити одбијен уколико комерцијална употреба проналаска није у складу с моралом. Ово смо окарактерисали као проблем због бројних злоупотреба биотехнолошког знања, и то почев од репродуктивног клонирања, односно фабриковања људских бића,<sup>52)</sup> преко стварања монструма или нових психотропних супстанци, па до биотероризма,<sup>53)</sup> при чему у биоетици још увек не постоји општеусвојен став шта јесте, а шта није недопустива повреда људског достојанства, као моралног принципа. И док се недостатак јединственог одређења људског достојанства у контексту биотехнолошких активности може оправдати тиме што су и

EPOR 541 види код: Hector MacQueen; Charlotte Waelde; Graeme Laurie, нав. дело, стр. 427).

49) Химера је чудовиште из старогрчке митологије која има главу лава, тело козе и реп змије или змаја (и уз све то бљује ватру). У контексту патентног права химера би било биће чије би тело било састављено од делова генетски различитог порекла.

50) Тотипотентне ћелије су ћелије које садрже све генетске информације неопходне за развој комплетног организма човека или животиње.

51) Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 100. Иронија је међутим да најјачи етички лоби против патентирања проналазака из области генетског инжењеринга чине европска национална удружења за заштиту животиња (Слободан Марковић, *Патентно право*, Номос, Београд, 1997, стр. 83).

52) Нпр. ради стварања генетске наткласе људи (Марко Трајковић, нав. дело, стр. 942) генетским модификовањем интелигенције и физичких способности у циљу трајног задржавања политичке и социјалне доминације у друштву (Весна Клајн-Татић, нав. дело, стр. 404/405).

53) „Историја човечанства не улива поверење у позитивне стране човекових моћи, када их поседује“ (Весна Клајн-Татић, нав. дело, стр. 407).

биоетика и биотехнологија нове научне гране које су, посебно у домаћим условима, још у развоју, сматрамо оправданим питање да ли је везивање могућности патентирања биотехнолошког проналаска за усклађеност његове комерцијалне употребе с моралом баш прави начин за регулисање ове материје?

Наиме, што се патентног права тиче, проблем је у томе што се њиме злоупотреба биотехнологије, рекли бисмо, *не може спречити*. Применом позитивног патентног права у погледу таквих проналазака може се ускратити конституисање правног монопола, тј. додела проналазачу апсолутног права које делује *erga omnes* (патента), са свим последицама у погледу заштите и искоришћавања проналаска које иду уз то, али се не може забранити њихова *употреба*. Тиме се у битној мери умањује значај законске одредбе којом се из патентноправне заштите искључују проналасци чија би комерцијална употреба била противна (јавном поретку или) моралу, тако да се заиста оправдано поставља питање о целисходности њеног постојања.

### **МОЖЕ ЛИ СЕ ПАТЕНТНИМ ПРАВОМ СПРЕЧИТИ УПОТРЕБА ПРОНАЛАЗАКА У НЕМОРАЛНЕ СВРХЕ?**

Патентно право је правна надградња над односима комерцијалне примене резултата људског интелектуалног стваралаштва у области технике. Зато при примени патентног права садржину резултата проналазачке делатности, по нашем мишљењу, не треба разматрати са социјалног, психолошког или неког другог не-техничког аспекта, па ни моралног. Навешћемо стога две групе аргумената у прилог тезе да вредновање будуће комерцијалне употребе проналазака с аспекта моралних норми није најбољи метод усклађивања права с моралом у овој области.

Прва група аргумената спада у категорију оних који би се могли односити на начин усклађивања о коме је реч примењен у било којој грани права, па и патентном. Ти општи, заједнички аргументи своде се на питање: може ли се егзактно утврдити садржину (неодређеног броја) моралних норми на чију примену правна норма упућује? Код оваквог начина регулисања, наиме, садржина моралног правила се не може одмах и јасно видети из правног, што је непожељна ситуација и за адресата норме и за орган који је примењује. Утврђивање садржине моралне норме је компликована

активност, понекад са несигурним резултатом, што ће се из наших даљих излагања и видети.

Друга група наших аргумената је везана само за патентно право.

### *Заједнички аргументи*

Иако је морал објективно условљен, општи је став да га је научно могуће само делимично утврдити, јер друштвена наука још увек није толико развијена да за сваку друштвену групу одмах може извести њен морал<sup>54)</sup>. Могуће је само утврдити главна начела морала и највише моралне вредности, као што је нпр. човечност<sup>55)</sup> (мада се ни то шта се под човечношћу подразумева не може утврдити за сва времена и сва друштва) - па из њих изводити „ниже“ моралне вредности и начела. Утврдити само садржину моралне норме притом није довољно, јер се мора утврдити и у ком обиму је она релевантна за право, тј. у којој мери је у складу с правним системом и његовим начелима<sup>56)</sup>.

Нов проблем у вези утврђивања садржине морала је у томе што се морал временом мења и што није јединствен за све друштвене заједнице, већ свака друштвена заједница од оних које егзистирају у истом времену има свој морал. Одређене групе у оквиру исте друштвене заједнице имају такође свој морал, што значи да је он „друштвено шаролик“, тј. поред „владајућег“ морала постоји и много различитих, па и међусобно супротних морала у оквиру исте друштвене заједнице - што отежава „искоришћавање“ морала као извора права<sup>57)</sup>. Та релативност морала иде дотле да чак и сваки појединац има сопствени морал<sup>58)</sup> (с обзиром на разлике у друштвеном положају), који се може, али и не мора поклапати са моралом групе којој припада, шире друштвене заједнице, односно

54) *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 832 (одредница „Морал“)

55) Више о томе: Радомир Лукић, *Социологија морала*, Београд, 1967, стр. 506-508; као и: *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 832 (одредница „Морал“)

56) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 446.

57) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 438 и 442.

58) „Фројд тврди, имајући у виду нагонску, импулсивну страну људске природе, да је потпуна хармонизација моралне свести, као облика друштвене цензуре, и свести појединца, готово недостижна.“ Видети: „Појам етике и морала“, стр. 1, <http://www.link-elearning.com/dlmaterijali/materijali/DLPE/SadrzajNJpdf/PE-01.pdf> (27. 04. 2011.).

са „владајућим моралом“<sup>59</sup>). Пошто је и орган који утврђује садржину моралне норме, да би је применио на конкретни проналазак и проценио да ли његова комерцијална употреба може бити неморална - заправо појединац или неколико појединаца, питање је колико су они у стању да разлуче свој сопствени морал или морал групе којој припадају од класичног<sup>60</sup>), владајућег<sup>61</sup>) и/или просечног морала – и која од наведених категорија морала треба да буде референтна за процену? Ако узмемо да је просечни морал оно што нам треба (што је најчешће мишљење), питање је како се он утврђује? Да ли је просечни морал морално схватање просечног члана друштва или је то „резултанта самониклих моралних опредељења појединаца“<sup>62</sup>)?

И шта ако се тај просечни морални став још није формирао, с обзиром да се у нашем случају углавном ради о биотехнолошким проналасцима као новом типу проналазака, чија се суштина и домети још не могу ни спознати ни предвидети - што се из претходних излагања могло видети? С друге стране, начин правног регулисања о коме је реч погодан је за области друштвеног живота које се стално мењају, па правно правило, које одликује крута садржина не може бити довољан показатељ правном субјекту како да се понаша, већ се то препушта моралу, који је еластичнији. Али, други услов за овакву регулативу јесте да су те моралне вредности, које треба да усмере понашање адресата норме, *општеусвојене* и у складу с правним системом – да би могле одиграти ту улогу<sup>63</sup>). Када је у питању биотехнолошко проналазаштво – рекли бисмо да је први услов испуњен, јер се ради о области која „подноси“ динамично и флексибилно нормирање кроз позивање на морал. Али, други услов недостаје – у овој области углавном нема ни до краја формираних, а камоли општеусвојених моралних ставова, јер је област релативно нова и непозната.

Задатак моралне норме, ако се тако можемо изразити, код начина правног регулисања о коме говоримо је да посредује из-

59) Мирољуб Симић; Срђан Ђорђевић; Дејан Матић, *Увод у право*, Правни факултет, Крагујевац, 2009, стр. 197.

60) Под класичним моралним вредностима се углавном подразумевају оне, које су заједничке демократским друштвима.

61) Владајући морал се углавном схвата у смислу општеприхваћеног морала у једној друштвеној заједници.

62) Стеван Врачар, «Морално оправдање државноправних аката», *Архив за правне и друштвене науке*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 2/1978, стр. 235, наведено према: Маријан Павчник, нав. дело, стр. 443.

63) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 446-447.

међу апстрактног правног правила и конкретне ситуације на коју га треба применити, али по неким мишљењима<sup>64)</sup>, којима се придружујемо, питање је да ли морална правила могу да буду сигуран ослонац праву, јер су недовољно конкретизована и неодређена. Зато подржавамо залагања да управо законодавац треба да изричито определи начела морала, ако их је могуће одредити, стављајући моралну норму у оквире правне; а не да прописивањем обавезе поштовања морала као таквог „лоптицу“ пребаци субјектима који примењују право.

Уз све то, не треба заборавити да морална правила представљају и вредносни систем који је у сталној изградњи, као и да су то правила која не морају настајати, као обичаји, дуготрајним понављањем, већ да то могу бити и тренутна понашања, везана за свест човека о добру и злу<sup>65)</sup>. За разлику од права, морал је еластичан, морална норма нема унапред чврсто утврђену садржину попут правне, она је и ирационална и емоционална творевина<sup>66)</sup>, па је њена садржина тако посматрано донекле и „неухватљива“. То представља посебно велики проблем при процени да ли треба одбити патентирање одређеног проналаска због његове могуће неморалне употребе.

### *Аргументи везани за патентно право*

Чињеница да свако друштво има свој морал, тј. да је он и просторно, географски условљен може довести до ситуације да проналазак не добије патентну заштиту у једној држави, као неморалан, а да је у другој добије. Јер, у другој држави се он можда не сматра неморалним или се у тој држави као услов за доделу патента не тражи процена усаглашености комерцијалне употребе проналаска са моралним нормама. То је такође непожељна, а могућа ситуација.

Затим, Конвенција о европском патенту<sup>67)</sup>, коју је и Србија ратификовала, предвиђа да се одсек за испитивање патентне пријаве састоји од три члана који су – инжењери. Додуше, предвиђена је и могућност да у раду одсека учествује још један члан који је правник, када то “природа предмета захтева” (чл. 18. ст. 2 Кон-

64) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 449.

65) Мирољуб Симић, Срђан Ђорђевић, Дејан Матић, нав. дело, стр. 196.

66) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 439.

67) Convention on the grant of European Patents (European Patent Convention). Конвенција је закључена 5. 10. 1973, ступила је на снагу 7. 10. 1977, а Србија ју је ратификовала посебним законом објављеним у Сл. гласнику РС – Међународни уговори, 5/2010.

венције), тј. када се појави правно питање за које се у Водичу за испитивање патентних пријава ЕПО-а<sup>68)</sup> или у јуриспруденцији европског патентног права не може пронаћи решење. У поменутом Водичу (VI,7.8) изричито се наводи да је ова ситуација могућа када се питање, између осталог, тиче и проналазака чија би комерцијална употреба била противна јавном поретку или моралу. Европски завод за патенте, али и било који други национални патентни завод, рекли бисмо, према саставу комисије који је наведен, ипак није права институција за одлучивање о питањима која су од фундаменталног етичког значаја.<sup>69)</sup>

Наиме, питање је да ли су и правници компетентни за утврђивање садржине моралних норми, како би проценили да ли ће комерцијална употреба проналазка бити неморална. Или, другачије речено, да ли су инжењери мање компетентни за то? Чињеница је да су и они припадници исте друштвене заједнице о чијем је моралном кодексу реч, па су самим тим и њима, као и другим члановима те заједнице – познате њене моралне норме. Суштина питања је: које би струке требало да буду лица, која бисмо могли сматрати компетентним стручњацима за утврђивање садржине моралних норми, као предуслова за морално вредновање проналазака на начин који законодавац прописује – социолози, филозофи, правници или је експерт за морал помало сваки човек? Можда би то и могао да буде правник, али посебно образован и оспособљен да научним методама утврди садржину моралних норми једне друштвене заједнице. Чињеница је да просечан правник не располаже таквим знањима<sup>70)</sup>.

Чак и да садржину моралних норми егзактно утврдимо, остаје још једно питање за решавање, ништа мање компликовано: питање *предвидљивости* комерцијалне употребе одређеног проналазка у неморалне сврхе. За неке проналаске је то једноставно утврдити, али за неке није, чак и уз помоћ вештака. Који проценат шансе да буде тако је довољан за санкционисање ових других проналазака

68) EPO - European Patent Organisation.

69) То, наравно, не значи да су инжењери људи који не знају шта је морално, већ само да постоје институције које би по питању моралног вредновања биле компетентније. Код нас би то могло бити министарство надлежно за људска права; или заједничко тело овог и министарства надлежног за технологију; или посебна организација попут агенције за (био)технологију или биоетику и сл. Обављање појединих послова у овој области могло би бити поверено и Уставном суду.

70) У правној литератури се може наћи став да су многа питања везана за морал и право „надправне“ природе, „тако да правник може на њих да одговара једино у сарадњи са одговарајућим стручњацима“. (Наведено према: Маријан Павчаник, нав. дело, стр. 442-443).

недавањем патентне заштите? Подсећамо, биотехнологија је у до-  
маћој држави и образованом лаику прилично нејасан појам.

Осим тога, оваквом законском одредбом често се врши и не-  
гативан утицај на “имиџ” патентног права, што као последицу има  
да се у друштву према овој грани права заузима негативан став.  
Ово стога, што се услед постојања поменуте законске одредбе у  
оквиру патентног права врши морално просуђивање, па се путем  
*argumentum a contrario* закључивања ствара претпоставка да је сва-  
ка комерцијална употреба патентом већ заштићеног проналаска -  
морална.

Али, то са становишта друштвеног морала не мора да бу-  
де тако. Узмимо нпр. ген или делимичну секвенцу гена. С научне  
стране то је специфична хемијска супстанца (целокупно човечије  
тело може се разградити на хемијске елементе). У складу са тим  
се у патентном праву заузима став да патентирање проналаска се-  
квенце или делимичне секвенце гена, под законом одређеним усло-  
вима, није неморално. Међутим, са становишта просечног члана  
друштва, ген је живот, део живог бића, а конституисати имовинско  
право на ‘животу’ је друштвено неморално.<sup>71)</sup>

На поимање патентног права у друштву то се може одра-  
зити тако што се патентно право не би посматрало афирмативно,  
као правно утемељен подстицај техничко-технолошком и уопште  
привредном развоју; већ негативно, као инструмент у функци-  
ји крупног капитала, мултинационалних и других компанија, ко-  
је привредну делатност обављају у високопрофитабилним индус-  
тријским гранама. Како уосталом другачије просечни грађанин  
може објаснити могућност патентирања лека<sup>72)</sup>, познатог хемијског  
једињења, биолошког материјала, а нарочито елемената изолова-  
них из људског тела, осим интересима тржишно изузетно моћних  
привредних организација у циљу остваривања екстра добити? Је-  
дино што се ту може рећи је да неадекватно морално вредновање  
проналазака тако постаје основ за сумњу у (не)моралност патент-  
ног права уопште.

Све наведено указује на висок степен правне несигурности  
за заинтересованог субјекта када један законски текст пропише

71) “Патентирање живих организама обезвређује људско друштво етички, еколошки и еко-  
номски доносећи економску корист шацици корпорација” (Vandana Shiva, нав. дело, стр.  
6). Поменути аутор на истој страни цитираног дела наводи да се патентима (за биоло-  
шки материјал – прим. аутора) рефлектује људска ароганција кроз третирање научника  
као ‘стваралаца’ живог света.

72) Патентирани лекови су знатно скупљи од тзв. генеричких фармацеутских производа  
нако имају исти састав и исто дејство.

обавезу да његово понашање буде у складу са моралним нормама, а посебно у патентном праву и области проналазаштва у којој данас углавном настаје потреба за моралним вредновањем – у биотехнолошком проналазаштву. Све то наводи на питање: да ли је нужно морално вредновање проналазака баш у оквирима патентног права или је то могуће решити и на неки други начин и који би то начин био?

Конечно, и ако се све разматране претходне „препреке“ око утврђивања садржине моралних норми превазиђу и успе се са прецизном проценом да би комерцијална употреба проналаска могла бити неморална, па се у складу са тим одбије патентирање проналаска – такав проналазак се ипак може користити. Проналазач једино неће бити заштићен у односу на друга лица која би неовлашћено користила његов проналазак, без плаћања накнаде за то. То сматрамо крунским аргументом за нецелисходност усклађивања права и морала методом коју користи Закон о патентима у чл. 7 који анализирамо. То је и разлог због кога би требало размислити - има ли оваквој једној норми уопште места у домаћем патентном праву или би целисходније било регулисати истраживања која претходе проналасцима, правним нормама у које су моралне вредности везане за ову област већ „уграђене“ (метода преузимања моралне норме у правну).

Не само због примене патентног права као таквог, већ и због интереса инвеститора сматрамо да би било добро да *пре започињања* инвестиционог улагања буде извесно да ли ће комерцијална употреба резултата истраживања бити противна јавном поретку или моралу. Ако се то утврђује тек у патентно-правном поступку онда то, с једне стране, дуго траје (поступак по приговору у случају *Harward / Onco mouse* [1991] EPOR 525, трајао је читаву деценију) и бива и мучно и скуп, јер се у поступку појављују опоненти (*Greenpeace*, верске организације и др.) чије су идеологије неспојиве с идеологијом профита и победе у суровој тржишној утакмици. С друге стране, то бива касно, јер је током истраживања потрошено већ толико средстава (то могу бити десетине милиона долара) услед чега се више или мање отворено врши притисак дела и јавног и приватног сектора да се по поднетој патентној пријави позитивно реши, без обзира на моралне дилеме.<sup>73)</sup> Признањем таквог патента зачарани круг затвара се, а разрешење проблема моралног вредновања проналазака одлаже. Супротно, изостанком

73) Изговор да би се ускраћивањем патентно-правне заштите у овим областима успорио технолошки развој не може се прихватити, јер је познато да је остварење високих профита највећи подстицај за инвестирање. Доказ је развој информатике.

условљености признања патента моралном подобношћу проналазачка и његове употребе, поменутих проблема не би било, барем не са становишта патентног права.

\*

\*   \*

На основу свега у раду изнетог закључили бисмо да грађанско, као и друге гране права, треба да буде усклађено с моралом друштвене заједнице о којој је реч и да та усклађеност треба да буде тежња сваког законодавца, јер је то најкраћи пут до крајњег циља сваког правног поретка – да га адресати поштују без државне принуде. „Морално право“ има највише шанси за то из разлога које не треба посебно објашњавати. Питање које је, међутим, дискутабилно јесте: да ли је сваки начин усклађивања права с моралом подједнако прихватљив и делотворан?

Спонтани „продор“ морала у право је начин који одмах морамо одбацити као најнепожељнији, јер он заправо значи да је правна норма неморална и да се паралелно с њом формирао супротни обичај, који је у складу с моралом и који обеснажује правну норму<sup>74)</sup>. Начин који морамо подржати као најцелисходнији и најнепроблематичнији је када правна норма преузме садржину моралне.

Начин који ствара највише дилема, па смо се стога њиме посебно и бавили у овом раду, је усклађивање које се врши тако што правна норма прописује обавезу поштовања моралних норми генерално, без њиховог конкретног навођења, у циљу стицања одређеног субјективног права или повољне правне позиције. Са каквим се проблемима сусреће субјекат који примењује овакву правну норму - покушали смо да прикажемо на примеру једног од бројних закона из области грађанског права који користе овај метод, а то је Закон о патентима.

Да би проналазак могао да буде заштићен патентом – његова комерцијална употреба мора бити, између осталог, и у складу с моралним нормама. Проблеми и крајње консеквенце примене овог метода усклађивања права с моралом код патентирања проналазака су такви да, по нашем мишљењу, доводе у питање и саму потребу за оваквим методом. Притом аргументе против наведеног начина усклађивања можемо поделити у две групе: на оне, који су заједнички за све случајеве у којима се примењује овај начин регулисања; и оне, који су карактеристични само за патентно право.

Заједнички аргумент против начина регулисања о коме је реч у било којој грани права је да је веома тешко егзактно утврдити са-

74) Маријан Павчник, нав. дело, стр. 451 и др. О томе више: Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951.

држину моралне норме, на коју се правна позива, а која у крајњој линији одређује и садржину правне норме. Разлози за то су бројни, почев од чињенице да морал карактерише недовољна одређеност и конкретност, као и еластичност и обликовање сваки пут изнова када настане одређена морална ситуација. Укратко, садржина моралне норме није чврста, понекад је „неухватљива“ и као таква неподобна да послужи као ослонац праву. Морал је и ирационална и емоционална творевина; систем је вредности који се налази у сталној изградњи, а друштвена наука недовољно је развијена да би научним методама могла поуздано утврдити његову садржину. То посебно отежава релативност морала, тако да свако време и простор, као и свака друштвена група има свој морал (а ти морали могу бити и међусобно супротни); па чак и сваки појединац има свој морал. Зато се поставља питање како утврдити садржину тзв. просечног морала, а ако се то и учини – у ком је обиму он релевантан за право, тј. у којој је мери у складу с правним начелима.

Уз наведене аргументе против начина усклађивања права с моралом о коме је реч, заједничке за све гране права, морамо навести и аргументе против, који су специфични само за патентно право. Наиме, пошто се претходно питање: да ли ће њихова комерцијална употреба бити у складу са моралом данас најчешће поставља у вези са биотехнолошким проналасцима – морамо приметити да се ради о једној релативно непознатој и новој области, чији су крајњи дometи углавном непредвидљиви, па још увек нису у потпуности формирани (а још мање општеусвојени) морални ставови о тим питањима. Такође је дискутабилно у којој је мери могуће предвидети моралност њихове будуће комерцијалне употребе. Имицу патентног права шкоди претпоставка, која се логично намеће, да је употреба сваког проналазка који је патентиран – морална, што не мора бити тако, као што је у раду показано. Посебно је питање да ли су инжењери компетентни да морално вреднују проналаске; и које би уопште струке требало да буде личност, компетентна да утврђује садржину моралних норми и процењује да ли ће будућа комерцијална употреба проналазка бити у складу са њима или не. Непопуларна је и чињеница да се проналазак, чије је патентирање у једној држави одбијено због неморалности – у другој може патентирати, јер се у њој такав услов не тражи или се не сматра неморалним.

И коначно, *крунски аргумент* против моралног вредновања проналазака у патентном праву је тај, што се и проналазак непатентиран због могуће неморалне употребе - може привредно искоришћавати, само што његов титулар неће бити обезбеђен дејством

и заштитом коју имају апсолутна грађанска права, какво је и патентно.

С друге стране, комерцијална употреба проналазака којом се крше моралне норме апсолутно је друштвено неприхватљива, што је и став аутора овог рада. Где је онда решење?

Право решење, по нашем мишљењу, било би да се усвајањем нових или допуном постојећих закона (о биотехнологији, фармацији, хемијској индустрији, заштити потрошача, животне средине и др.) којима се регулишу производи, технолошки поступци и, посебно, научна истраживања првенствено у области биотехнологије - подвргну правној контроли тако што би се све ове активности регулисале методом преузимања садржине моралних норми у правне. Тако би настанак евентуалног неморалног резултата био спречен у корену, уместо да се као сада, када проналазак (који се може неморално користити) већ настане, „лоптица“ пребаци патентном праву. Патентно право онда треба да тај резултат елиминира (по некад под великим притиском јавности, потрошеног времена и средстава); и то на основу правне норме чију садржину тек треба да одреди садржина моралних норми на које се та правна норма позива (чл. 7 Закона о патенту); а садржину тих моралних норми тек треба утврдити уз све проблеме о којима је било речи – што смањује правну сигурност. Чак и да цела та процедура буде успешно обављена и патентирање буде одбијено – не смемо заборавити да се патентним правом комерцијална употреба проналазака противно моралу *не може спречити*.

Стога би наш коначни закључак био да је усклађивање права с моралом на наведени начин у оквиру патентног права неприхватљиво, па би одредбу о којој је реч из Закона о патентима требало елиминисати. Ономогућавање комерцијалне употребе проналазака у неморалне сврхе треба остварити другим путем, тј. директним преузимањем садржине изабраних моралних норми у правне у оквиру посебних закона који регулишу биотехнолошка и друга истраживања, а која претходе и доводе до настанка проналазака - и тиме ономогућити настанак проблема о којима смо говорили.

Додатна опција је да се морално вредновање проналазака уместо од стране субјеката у патентно - правном поступку<sup>75)</sup> врши пред другим државним органима, који би га спроводили у оквиру других поступака: управног надзора, уставно-судског, казненог и/или неког другог правног поступка. Тако се, по нашем мишљењу,

75) Реч је о посебном управном поступку за признање права на проналазак.

морално неутралним патентним правом не би ни једној технологији обезбеђивало морално покриће.

**Nina S. Planojevic, Sinisa Dj. Varga**

## **MORAL NORMS AND CIVIL LAW WITH A VIEW ON INVENTORS' RIGHTS**

### **Summary**

*Subject* of the paper is an analysis of methods of civil law - moral adjustment. The emphasis is on the method where legal norm prescribes obligation to act in pursuance of moral. *The aim* of authors is to point out on problems which may arise in the application of this kind of legal norms, mostly in regard to contents of moral cognition. For example in Patent Act is laid down that inventions are excluded from patentability if their publication or exploitation would be contrary to (ordre public or) morality. Starting from the fact that biotech inventions are principally exposed to ethical estimation, authors represent a number of reasons against such kind of legal regulation, *concluding* that it is not usable in every part of law, particularly in patent law. It is especially because immoral invention can be commercially exploited anyway. Because of that, their *proposal* is to take out ethical estimation of existing invention on the basis of the legal norm that contains assignment onto moral norm, but to introduce the taking moral norms over into legal ones for the purpose of regulation of processes of (scientific) research which precede to origination of inventions.

Key words: moral norms, invention, patent, civil law.

### **ЛИТЕРАТУРА**

#### *Књиге:*

- Bentley, Lionel; Sherman, Brad, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Варга, Синиша, *Право конкуренције*, Факултет за правне и пословне студије и Прометеј, Нови Сад, 2007.
- Гамс, Андрија; Ђуровић, Љиљана, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд, 1990.
- Идрис, Камил, *Интелектуална својина – моћно средство економског раста*, Завод за интелектуалну својину Србије и Црне Горе, Београд, 2003.
- Клајн, Иван; Шипка, Милан, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад, 2006.
- Келзен, Ханс, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951.

- Лукић, Радомир, *Социологија морала*, Београд, 1967.
- MacQueen, Hector; Waelde, Charlotte; Laurie, Graeme, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Марковић, Слободан, *Патентно право*, Номос, Београд, 1997.
- Марковић, Слободан, *Право интелектуалне својине*, Службени гласник, Београд, 2000.
- Миловановић, Драгиша, *Помирити се са собом*, Гоја, Београд, 2008.
- Радбрух, Густав, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980.
- Симић, Мирољуб; Ђорђевић, Срђан; Матић, Дејан, *Увод у право*, Правни факултет, Крагујевац, 2009.
- Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1989.
- Shiva, Vandana, *Protect or Plunder? - Understanding Intellectual Property Rights*, Zed Books, London & New York, 2001.
- Фулер, Лон. Л., *Моралност права*, Правни Факултет, Београд, 2001.
- Царић, Славко, *Правни положај привредних организација*, Центар за привредни consulting, Нови Сад, 2000.

### Зборници:

- Јовановић, Слободанка, «Заштита интелектуалне својине у области биотехнологије», У: *Избор објављених радова стручњака Завода 1920-2000*, књига прва, (уредник: Милорад Теслић), Савезни завод за интелектуалну својину, Београд, 2000.

### Чланци:

- Бабић, Илија, «Добри обичаји, трговински обичаји и узансе – правила морала и извор права», *Право и привреда*, бр. 3-4/1997.
- Букадиновић, Гордана, «Хумана будућност и право – неки проблеми биоетике», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2006.
- Врачар, Стеван, «Морално оправдање државноправних аката», *Архив за правне и друштвене науке*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 2/1978.
- Дабовић, Душан; Игњатовић, Ива, «Регулисање примене биотехнологије генетички модификованих организама», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 9/2006.
- Ивањко, Шиме, «Више вриједи добри обичаји него добри закони», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 6-7/1986.
- Клајн-Татић, Весна, «Етичка и правна питања генске терапије», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 9/2006.
- Марковић, Миливоје, „Генералне клаузуле – фрагментарна скица за студију о правним стандардима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1968.
- Павчић, Маријан, «Морал као извор права», *Архив за правне и друштвене науке*, Удружење правника Србије, Београд, књ. XXXVIII, бр. 4/1982.
- Перовић, Слободан «Појам и примена добрих пословних обичаја», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 1/1982.
- Спасић, Видоје, «Могућности заштите творевина из области биотехнологије по основу интелектуалне својине», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 11/2002.

Трајковић, Марко, «Биоетика као једна од парадигми савремене правне државе», *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2006.

### *Литература са Интернета:*

Куртовић, Шефко, „Кант: морал и право отпора“, Политичка мисао, бр. 4/1996, <http://www.scribid.com/doc/37505285/%C5%Aoefko-Kurtovi%C4%.87-Kant-moral-i-pravo-otpora> (27. 04. 2011.)

„Појам етике и морала, <http://www.link-elearning.com/dlmaterijali/materijali/DLPE/SadrzajNJpdf/PE-01.pdf> (27. 04. 2011.)

Станковић, Дејан Вук, «Морал и право у савременој правној филозофији», *Филозофија и друштво*, бр. IX-XX/2001/2002; <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0353-5738/2002/0353-57380209203s.pdf> (18. 03. 2011.)

## **Resume**

The starting point of the paper is that civil as well as other parts of law ought adjust to ethical norms. The question is: if any mode of adjustment of law to moral equally acceptable in any part of law?

The most problematic is such normative method where an obligation to act in compliance to moral is prescribed in general without precise determinacy of the rule. This way contents of legal norm comprise moral, whose contents are unknown in advance. What kind of problems jurists may face applying this kind of legal norms, authors show on the example of Patent Act. In order to grant patent, it must be alleged that commercial use of invention is in accordance with moral. Problems and ending consequences of this method of law-moral adjustment show that in the case of granting the patent, enforcement of that method arises doubts of justifiability of the method as such.

The main rationale against mentioned normative method of moral-law adjustment is that exact contents of moral norm, that is prompted by legal one to, may be detected very hardly. There are a lot of reasons for that. Moral is not precise enough; it is elastic too much; represents a group of norms highly based on emotions and some ‘internal’ feeling; it is a value system in constant change so as comprehension of ethics vary from territory to territory and on the same territory it is different in different periods or in the same periods and territory narrower social groups, and individuals even, may have different moral perceptions. Social science methods are not developed to the such point contents of so relative phenomenon could be established exactly.

Except general ones, authors give reasons against prescribing legal norms with indeterminate contents, specific to patent law only. The question of compliance of commercial use of inventions to moral principally arises in connection to biotech inventions. It is a new techno-

logy, pretty unknown, where conventional moral attitudes have not formed yet. Additional problem is impossibility of anticipation of morality of commercial use of biotech inventions in future. Patent law image is harmed by assumption that any commercial use of any patented invention is ethical, that is not always true. Furthermore commissions which accomplish ethical estimation of biotech inventions are composed of engineers mostly. Particularly important question is who is competent to deduce the moral norms contents regarding vocation. Additional problem is absence of international harmonization of patent law that means that refusing to grant patent based on immorality can not have an effect in states whose patent laws lack this condition leading to different decisions as to the same subject.

The main rationale against 'morality condition' in patent law is that immoral biotech invention can be commercially exploited irrespective of the fact if patent is granted or no (in later solution only obtaining of monopoly right for doing so would be failed).

At the other side any immoral commercial use of (biotech) inventions is socially unacceptable. Authors consider that the solution of the situation would be adoption of new or supplement of existing laws regarding biotech and other scientific research processes resulting in inventions using methods of taking over moral norms in legal ones in order to preclude origination of likely immoral results, instead of transposition of problem to patent law. Final conclusion is that indeterminate moral-law adjustment is unacceptable for patent law. As of a technical nature predominantly, patent law has to stay ethically neutral avoiding to provide a moral cover to any technology.

---

\* Овај рад је примљен 20. маја 2011. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 20. јуна 2011. године.