

ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПАСИВНОГ ПУШЕЊА

I ПИТАЊА

1. Норме које забрањују да се у одређеним ситуацијама пуши имају различити *ratio legis*. Најчешће су по среди хигијенски и санитарни разлози (нпр. забрана пушења у производњи хране, у производњи лекова) и разлози безбедности (нпр. забрана пушења у близини лако запаљивих материја, у биоскопским дворанама).

Норме које у неким другим ситуацијама забрањују пушење, а о којем постојању сведоче упозоравајући натписи (нпр. у ресторанима, такси-возилима, купеима возова, разним чекаоницама, канцеларијама), мотивисане су, вероватно, у првом реду заштитом оних који не пуше од оних који пуше. Но, имају ли та лица која не пуше активно, али неизбежно удишу дувански дим када активни пушачи пуше у њиховом присуству — тзв. пасивни, посредни, принудни, недобровољни, секундарни, ненамерни пушачи, супушачи(1) — право на такву заштиту? Поседују ли споменути натписи правну важност; јесу ли норме које ти натписи изражавају правне норме, норме снабдевене правном снагом или само правно необавезујуће жеље оних који су их истакли? Може ли њихово непоштовање повући за собом правну санкцију, и које врсте (грађанско-правну, управноправну, прекршајноправну, радноправну)? Ако су такве забране у интересу пасивних пушача ваљане — на чему се заснивају, шта им је правни основ? Постоји ли правни основ да се заштите пасивни пушачи и у ситуацијама када забрана пушења није изричито постављена? Укратко: има ли пасивни пушач, и под којим условима, субјективно право да одлучи сме ли се пушити у његовом присуству, одн. је ли активни пушач правно обавезан да заштражи сагласност да би пушио у нечијем присуству? Или обрнуто: има ли активни пушач, и када, субјективно право да другога излаже пасивном пушењу, одн. има ли пасивни пушач, и када, правну обавезу да трпи активно пушење, прецизније — обавезу да пасивно пуши?

2. Резолуција о спречавању и сузбијању пушења(2) истиче да је неопходно створити услове који ће онемогућити пушење у затвореним просторијама. Да би се то остварило, наводи се да је неопходно да низ

(1) Терминологија није устаљена. Међу наведеним називима, који сви мање-више адекватно описују ситуацију на коју се односе, најчешће се ипак употребљава израз пасивно пушење.

(2) „Службени гласник СР Србије“, бр. 25/1982.

субјеката(3) „истакне упозорења о штетности пушења” и „истакне забране пушења”(4). Нигде не прецизира да упозорења о штетности пушења треба да предоче да је пушење штетно и за пасивне пушаче(5) и да се ради тога истиче забрана пушења. Резолуција, како то произлази нарочито из њене преамбуле(6), има у виду забране пушења у интересу самих пушача.

Међутим, правно је сасвим извесно да се пушачима не може забранити пушење ради њих самих(7). Баш као што постоји право на најнепосреднији атак на сопствену личност — право на самоубиство(8), тако постоји и право на мање или више посредне, лакше или теже оштећивање свога здравља, од којих је једно и повређивање здравља пушењем. (Штетност пушења по здравље активних пушача медицински је доказана)(9).

С обзиром на своју правну природу, Резолуција је у стању да препоручи, не да обавезе. Може ли се отићи и даље од Резолуције. Може ли се наравно, ради пасивних пушача — правно забранити пушење, у неким ситуацијама, (одн. обавезати на предузимање неких других мера) и то правним актом с обавезном снагом, нпр. законом? Представља ли непостојање такве изричите норме правну празнину?(9а)

II ПАСИВНО ПУШЕЊЕ И ПРАВНОСЛОБОДАН ПРОСТОР

1. Теза која би, ако је тачна, учинила сувишним свако даље разматрање наведених питања, гласи: проблем пасивног пушења спада у тзв. правнослободан простор(10). Другачије речено, пасивно пушење уопште

(3) Организације удруженог рада које врше услуге јавног превоза, организатори културно-уметничких и спортских приредби и такмичења у затвореним просторијама, све организације удруженог рада, месне заједнице, друштвено-политичке организације и друге самоуправни организације и заједнице.

(4) Те две мере предвиђају се за све врсте субјеката, а осим њих, предвиђа се за организаторе приредаба да „обезбеде одговарајућу контролу”, а за организације удруженог рада, месне заједнице итд., да „назначе просторије у којима се може пушати”.

(5) А да то није нешто што се подразумева, видеће се из ставова изложених у III делу рада.

(6) „Полазећи од научно и стручно стечених сазнања, да пушење угрожава здравље, скраћује радну способност и животни век људи, штетно утиче на срце, крвне судове, органе за дисање и друго (оболели од рака на плућима у 95% били су пушачи), да је број пушача међу децом и омладином у сталном порасту, као и да је спровођење оштећења усвојене политике на проблемима заштите човекове средине значајна друштвена обавеза...”

(7) Уп. Joseph H. Kaiser, *Raucher-und Nichtraucher-Kontroversen in der Verwaltung* (Der Stand der Diskussion über Rechtsprobleme des „Passivrauchens”), „Die Öffentliche Verwaltung”, бр. 20/1978, стр. 757 прим. 16 и ту упућивање на супротан став. Изрази забрану пушења у интересу самог пушача није противправно једино у поступку лечења пушача, али се ни та забрана не може принудно провести, уп. Adolf Wischnath, *Nochmals: Raucher-und Nichtraucherkontroversen in der Verwaltung*, „Die Öffentliche Verwaltung”, бр. 1-2/1979, стр. 45. Послодавцу не припада право да тражи од уопштеника да очува своје здравље, и по том основу онда право да забрани пушење на радном месту, уп. Winfried Mummenhoff, *Rauchen am Arbeitsplatz*, „Recht der Arbeit”, бр. 6/1976, стр. 367 прим. 50.

(8) О томе постоји (у иностранству) већ непрегледна литература, уп. за Немачку, уместо многих Wilfried Bottke, *Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht”, бр. 8/1982, стр. 346 и д. и ту нав. упућивања.

(9) Уп. уместо бројних, Лјослав Глешинер, *Пушење и рак бронха, ибид.*, Арнана Ворко, *Пушење и здравље*, „Медицинска енциклопедија”, Допунски свезак, Загреб, 1974, стр. 571 и д.

(9а) Једино Закон о заштити на раду СР Хрватске, „Народне новине СР Хрватске” бр. 54/1974, 19/1978, обавезује организације удруженог рада да онемогуће пушење на свим радним састанцима и скупојима који се одржавају у затвореним просторијама, и да самоуправним оштим актом проишцу могућност или забрану пушења у радним просторијама (чл. 45 ст. 2). Али ни у Хрватској нема такве норме за остале субјекте, и за остале ситуације у којима долази до пасивног пушења.

(10) Проблематиком правнослободног простора исцрпно се бавим у раду „*Правно и неправно*” (у припреми за објављивање), где су садржана подробна упућивања и за сва питања која овде дотичем.

није правни проблем, проблем права — не спада у његову надлежност. Такву тврдњу ретко сусрећемо(11). Зато је подједнако ретко и изричито противљење тој тврдњи, изричитим заступањем супротног става, да се ради о правном проблему(12). Но тај став недвосмислено, мада имплицитно, изражава сва остала литература и досадашња судска пракса тиме, што проблем пасивног пушења расправља као правни: разматра да ли постоји слобода пушења и право да се забрани пушење, да ли активни пушач вреба право на здравље пасивног пушача, да ли однос међу њима треба уредити општом законском нормом или низом правних норми, прилагођених појединим ситуацијама, и др.

2. Да ли однос међу људима поводом пасивног пушења спада или не у правнослободан простор, да ли јесте или није правни однос, претходно је питање, којим се морамо бавити из практичних разлога.

Правнослободан простор чине (између осталих и) односи који не треба да буду правно регулисани. Дакле, који не би требало, и у том смислу не би смели да буду предмет правних норми(13). Ако их ипак уреди, творац норми злоупотребава објективно право (тзв. злоупотреба правног облика)(14) јер се служи њиме да би обухватио оно што треба да је слободно од права. Нормотворац је овлашћен да уреди само правне а не и друге, неправне односе. За правно нормирање услов (који истина нигде није изречен, али се подразумева) јесте да се ради о правном односу. Ако однос поводом пасивног пушења спада у правнослободан простор, законодавац, доносилац подзаконског акта и др. који би поставио норму о њему, поступио би недопуштено. У томе је једна страна практичног значаја питања, спада ли пасивно пушење у правнослободан простор.

С друге стране, и суд (одн. други орган који примењује право) ће поступити недопуштено ако пружи заштиту неком захтеву који потиче из правнослободног простора, захтеву који није правни(15). По једном схватању, о неправном захтеву суд ће расправљати мериторно, и одбити га(16). По другој, суд ће одбацити тужбу, јер када је постављени захтев неправни, не постоји процесна претпоставка за мериторно расправљање и одлучивање. Није извесно која је то процесна претпоставка. Долази у обзир да у случају захтева из правнослободног простора или нема правног интереса за заштиту, а правни интерес је процесна претпоставка(17), или да недостаје туживост(18), а туживост је процесна

(11) На пример, код Wolfgang Loscheider, *Staatliche Regelungsbefugnis und Toleranz im Immissionsschutz zwischen Privaten* (Die „Passivraucher“-Kontroverse in der öffentlichen Verwaltung), „Zeitschrift für Beamtenrecht“, бр. 7/1977, стр. 354 прим. 207.

(12) Уп. Dieter Suhr, *Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?* (Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivraucherproblems), „Juristenzeitung“, бр. 5-6/1980, стр. 168.

(13) Уп. нарочито Heinrich Comes, *Der rechtsfreie Raum* (Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts), Berlin, 1976, стр. 21 и д., 109.

(14) Израз злоупотреба правног облика употребава Радомир Д. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд, 1964, стр. 217.

(15) Уп., уместо многих, Heinrich Comes, *op. cit.*, (у прим. 13), стр. 22, 109.

(16) Тако Hans Sperl, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, I. Band, (II. Teil), Das Zivilprozess-Recht (nach dem neuesten Stande der österreichischen Gesetzgebung), Wien — Leipzig, 1930, стр. 520.

(17) Да је постојање правног интереса за тужбу процесна претпоставка, тако Синиша Трива, *Грађанско процесно право*, I, Парнично процесно право, Загреб, 1964, стр. 99, Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1980, стр. 23, 184 и д. (Спорно и код нас и у иностранству.)

(18) Да би се то тако могло третирати, тако Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem), Berlin, 1964, стр. 42 прим. 108. (Спорно у иностраној литератури.)

претпоставка(19), или да се правнослободан простор сматра једном самосталном процесном претпоставком (процесном сметњом)(20). За наше питање је индиферентно са становишта заштите, је ли однос поводом пасивног пушења чињеница материјалног права или процесна претпоставка. Јер, ако проблем пасивног пушења спада у правнослободан простор, у оба случаја суд мора ускратити пружање правне заштите (било тако што ће одбити тужбени захтев да се забрани пушење или да се трпи пушење, било тако што ће одбацити тужбу с таквим захтевом). Ако би пак усвојио тужбени захтев и пружио заштиту, пошто је захтев неправни и не постоји у правном систему, пресуда би била тзв. непостојећа (инегзистентна) одн. пресуда без дејства(21).

Према томе, и због правнонормативне делатности и због процесноправне делатности практично је важно и неопходно да се прво утврди спада ли проблем пасивног пушења у правнослободан простор.

3. То је питање лакше поставити него решити. Категорија правнослободног простора спорна је у бројним аспектима, почев од тога да ли правнослободан простор уопште постоји. Но два проблема која се у вези с њом испитују, не можемо ни овде заобићи: може ли однос у вези са пасивним пушењем бити правно уређен, и треба ли да тај однос буде правно уређен.

Што се тиче могућности да буде правно уређен, нема за то препрека: То није материја која је *a priori* недоступна правном регулисању (као на пример природне силе, односи „виших бића”, несвесне радње, унутрашњи човеков живот). Ради се о односу међу људима, о спољном понашању, и то вољном, о понашању којим човек може управљати својом вољом. Није, дакле, посреди понашање које се не би могло мотивисати правном заповешћу одн. забраном. Није то ни материја која се не да правно уредити јер је толико диференцирана, да измиче регулисању једним таквим, за диференцијацију недовољно способним средством, какво је право. Нити је то материја коју је немогуће уредити са, за право, потребном прецизношћу. Ради се о односима просечне уситњености и сложености, компликованости и комплексности, устаљености, динамичности и променљивости. Није, дакле, посреди однос који се опире генералном и апстрактном, а довољно одређеном нормирању, какво изискује право. Није то ни материја коју је немогуће контролисати да ли се остварује онако како је регулисана. Ради се о понашању (да ли се пуши, да ли се омета пушење) које се може надзирати спољним средствима. Није дакле посреди однос неподесан за правну проверу. Није то ни таква материја, да се норме о њој не би могле принудно остварити, ако се добровољно не остварује како је регулисана. Ради се о понашању (уздржавању од пушења, трпљењу пушења), које се може исходити применом (непосредне или посредне, државне или друге) принуде. Није, дакле, посредни то да не долази у обзир правна могућност изнуђивања нормом наређеног понашања.

(19) Да је туживост процесна претпоставка, тако Борислав Т. Благојевић. *Начели приватног процесног права*, Београд, 1936, стр. 222, 303, 313, Јоже Јухарт, *Грађанско процесно право FLR Jugoslavije*, Љубљана, 1961, стр. 253, Боривоје Познић, *op. cit.* (у прим. 17), стр. 41. (Спорно код нас и у иностранству.)

(20) Тако Claus-Wilhelm Canaris, *op. cit.*, (у прим. 18), стр. 41 и д., 42 прим. 109. (Спорно у иностраној литератури.)

(21) Да је пресуда, којом је усвојен захтев који не постоји у правном систему, пресуда без дејства, тако Боривоје Познић, *op. cit.*, (у прим. 17), стр. 177. (Спорно.)

Пасивно пушење је материја која, дакле, може бити правно уређена, па са тог аспекта не спада у правнослободан простор. Она у њега не спада ни из оног другог могућег разлога — да би била материја коју не треба правно регулисати. Додуше, итекако се разилазе схватања о томе од чега зависи треба ли неку материју уредити правно или не треба. (Да то зависи од интереса владајуће класе, од економске и политичке неопходности, од неопходности за опстанак друштва, од тога да ли се дотично понашање карактерише мотивима корисности, од тога да ли се хоће очувати или елиминисати аутономно одлучивање, слобода, и др.). Но, изгледа да се овде не морају разматрати та различита схватања. Ево зашто. Једна од појава која чини потребним интервенцију права, постоји овде — сукоб интереса, одређени конфликтни потенцијал дотичне ситуације. Конфликти у вези са пасивним пушењем су чести и све чешћи. (У иностраној пракси доводе у сфери права и до судских спорова; код нас, за сада, до већ наведене Резолуције, и до иницијативе, недавно покренуте, да Скупштина СР Србије законом забрани пушење у затвореним просторијама.) Људи се све мање мире с тим да буду изложени пасивном пушењу, доживљавају га као узнемиравање и као шкобење своме здрављу. И нарочито је јасно да би због тог другог разлога могло бити да се овде не морамо упуштати у расправу о критеријумима о томе треба ли неки однос да је уређен правом. Ако је пасивно пушење доиста штетно, ако шкоди здрављу, онда се и не поставља питање треба ли та материја да буде уређена правом. Ако је пасивно пушење штетно по здравље, онда је оно позитивно-правно већ уређено: право на здравље већ је признато; лично право на здравље не сме се вређати ни на други, па ни на овај начин (излагањем лица пасивном пушењу). Тада не само да се не ради о правнослободном простору, него ни о правној празнини. А питање се може само тако поставити, нису ли *de lege ferenda* потребне (уз ту општу, о заштити здравља, још и) посебне норме, које би се односиле специјално на заштиту здравља од пасивног пушења.

III ПАСИВНО ПУШЕЊЕ И ПРАВО НА ЗДРАВЉЕ

1. Међу онима који су се бавили правним проблемима пасивног пушења, није мали број аутора и судских одлука, који забрану пушења заснивају управо на праву на здравље. Став од кога притом полазе, као од више или мање извесног, гласи: пасивно пушење шкоди здрављу.

а. Једна одлука образложена је управо тиме да је штетност пасивног пушења по здравље ноторна, општепозната⁽²²⁾. Тако је речено да представља безобзирно понашање према такси-возачу, када се пуши у кабини возила, јер је шкодљивост пасивног пушења у затвореним просторима општепозната. У литератури је тврдња о ноторности да је пасивно пушење штетно прецизирана у том смислу, што је наглашено да се доиста не може од сваког непушача очекивати да то зна, али да сваки непушач, који мора да се дуже време задржава у просторији густо

⁽²²⁾ Пресуда Oberlandesgericht Stuttgart, „Neue Juristische Wochenschrift“ бр. 45/1974, стр. 2014 и д.

задимљеној дуваном, познаје из свог болног искуства акутне штете од пасивног пушења — печење очију, као израз надражаја вежњаче, кашљање, промуклост, главобољу, па све до праве мучнине(23).

б. И у једној другој одлуци каже се да је угрожавање здравља пасивним пушењем у међувремену и у јавности умногоме постало познато. Али се не остаје на томе, већ се одлука позива на сазнања медицинске науке, на одребене изворе(24). Тако је пружена заштита студенту који је тражио да се управа високе школе обавезе да забрани пушење у просторијама у којима се изводи настава, коју он мора да похађа. Попало се од тога да управа школе мора примењивати мере које су потребне да би се од студената отклониле опасности, које у школи прете њиховим, уставом заштићеним добрима. Међу та добра спада и телесни интегритет. Зато се мора изрећи забрана пушења у просторијама где се изводи настава, ако другачије није могуће постићи да ваздух буде слободан од штетних материја које настају при пушењу. Пушење не шкоди само пушачу, него у затвореним просторијама ствара опасност по здравље и за непушаче, пасивне пушаче. У споредној струји, којој је изложен и пасивни пушач, садржано је битно више штетних материја него у главној струји коју непосредно удише пушач, и то трострука количина бензопирена, који подстиче рак, 4,6-гострука количина отровног угљен монооксида и главне количине никотина. Акутне последице за пасивног пушача су печење очију, главобоља, носни симптоми, кашаљ, мучнина, вртоглавица, грлобоља и промуклост. Нарочито су бројни штетни ефекти угљенмонооксида, чије отровно дејство почива пре свега на томе што се удисањем везује 300 пута чвршће с хемоглобином него кисеоник, чиме блокира транспорт кисеоника. Негативна дејства се региструју и већ при малим концентрацијама угљен монооксида. И када изостају субјективни симптоми, може се доказати смањење разних функција мозга, између осталих и способности за учење. Даље потенцијалне штетне материје су азот оксиди, нарочито азот диоксиди, чије су концентрације у диму цигарете 160 пута веће од оне која се сматра шкодљивом, а чије и мале концентрације при хроничним утицајима изазивају штете на плућима и бронхијама.

Наводи се(25) да је штетност пасивног пушења по здравље дефинитивно доказана и тиме, што деца активних пушача не само да знатно изнад просека и сами постају пушачи (а штетност пушења је утврђена), него и што она имају мањи капацитет плућа од остале деце.

в. У дискусији поводом наведених одлука истицало се да ту изложена медицинска схватања представљају владајући став у медицини. Као важећи теоријски став, треба, наиме да се усвоји мишљење неког, што је могуће репрезентативнијег скупа експерата, а нема таквог, који би потпуније испуњавао тај постулат од 3. светског конгреса о пушењу и здрављу(26), на којем је учествовало 500 експерата из 54 земаља, и

(23) Ferdinand Schmidt, *Passivrauchen als Gesundheitsgefahr*, „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 9/1976, стр. 359.

(24) Одлука Oberverwaltungsgericht Berlin V S 13/75, од 18. 4. 1975., „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 49/1975, стр. 2261 и д.

(25) Dieter Suhr, *op. cit.*, (у прим. 12), стр. 167.

(26) 3rd World Conference on Smoking and Health, одржана у Њујорку, од 1. до 5. 6. 1975.

који је закључио да је пушење у затвореним просторијама штетно по непушаче(27).

г. Наилази се и на формулацију, да се са довољном сигурношћу може узети да здрављу шкоди, не само активно, већ и пасивно пушење. Тај став неких вансудских органа(28), нашао је места и у извесним подзаконским актима, који забрањују пушење у затвореним просторијама(29).

д. Став је једне одлуке да се пушење може забранити и ако се не узме да је извесно да пушење шкоди пасивним пушачима. Довољно је што је могуће да шкоди, што штетност по здравље није искључена, што се штетност не може искључити. Прихватајући штетност као могућу, суд је усвојио захтев једног стоматолога, да организатор неког образовно-стручног курса, на којем је учешће било обавезно, забрани пушење у просторијама где се одржава курс(30).

И у теорији се тврди да је за забрану пушења довољно већ и то, што није извесно да пасивно пушење не шкоди здрављу, пошто је и у неким другим случајевима за забрану употребе извесних материја (у производњи хране — цикламата, сахарина, неких средстава за бојење) била довољна већ и сумња да изазивају рак(31). Између доказне штетности и доказане нешкодљивости простире се широко поље вероватноће да неки ризици имају штетно дејство. Ти ризици, чија опасност није утврђена, уколико су правно значајнији, уколико је више основа за објективну могућност да су штетни. А код пасивног пушења такви основи постоје: доказана шкодљивост активног пушења, симптоми код преосетљивих пасивних пушача, вероватноћа изазивања рака и др(32).

Указује се и на гротескност ситуације да се забрањује продаја једног медикамента (аминофеназона), зато што у сићушним траговима садржи извесну канцерогену материју (нитрозоамин), а да се истовремено толерише пушење, у диму којег је садржана стотинама пута већа концентрација те исте канцерогене материје (дуван је притом биљка са иначе највећим садржајем ове супстанце)(33). Тај случај је дао повода и за овакво размишљање: ако код тог медикамента ни његово терапеутско дејство, које је главно (јер лек превасходно користи пацијенту) није у стању да оправда изазивање ризика по пацијентово сопствено здравље, код пушења поготово, просто задовољство за самог пушача не може да оправда изазивање ризика по туђе здравље; није могуће да мањи ризик (какав је код тог лека) по сопствено здравље буде основ за забрану, а већи (какав је код пушења) по туђе, да не буде(34).

(27) Тако Ferdinand Schmidt, *op. cit.*, (у прим. 23), стр. 359.

(28) На такве ставове Савезне владе СР Немачке (Bundestag-Drucksache 7/2070), Комисије за испитивање материјала с којима се ради а који шкоде здрављу, Немачке истраживачке заједнице, Савезне здравствене управе, упућују Joseph H. Kaiser, *Sozialauf-fassung, Lebenserfahrung und Sachverstand in der Rechtsfindung*, „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 49/1975, стр. 2237 прим. 2, Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 23), стр. 359.

(29) Наведени су код Joseph H. Kaiser, *ibid.*, стр. 2237 прим. 1 и 2.

(30) Пресуда Verwaltungsgericht Schleswig 10 A 111/74 од 20. 9. 1974., „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 6/1975, стр. 275.

(31) Ferdinand Schmidt, *Nochmals: Raucher-und Nichtraucherkontroversen in der Verwaltung*, „Die Öffentliche Verwaltung“, бр. 1—2/1979, стр. 41 и д.

(32) Dieter Suhr, *op. cit.*, (у прим. 12), стр. 167.

(33) Ferdinand Schmidt, *op. cit.*, (у прим. 31), стр. 41.

(34) Dieter Suhr, *op. cit.*, (у прим. 12), стр. 167.

б) Има и ставова, који полазе од тога да за сада постоје само недовољни подаци о томе да ли су непушачи стварно угрожени пасивним пушењем, а завршавају тиме да се мора допустити такав закључак, аналогно штетности (активног) пушења(35).

е. У прилог забрани пушења, литература се позива и на то да пасивно пушење не доприноси здрављу, да му не користи (наводећи норме које налажу да се на радном месту обезбеди у радно време довољно ваздуха, корисног, повољног по здравље)(36).

2. Готово да ниједан од тих ставова, изражених у судским одлукама, подзаконским актима, правној теорији и медицинској науци, није остао без критичког одјека.

а. Оспорава се тврдња да је ноторно да пасивно пушење шкоди здрављу. За то нема емпиријских доказа, Када се позива на то да је штетност пасивног пушења општепозната, суд се очигледно позива на животно искуство. Ноторна су она правила искуства, у којима широке масе могу да учествују на основу општег животног искуства и образовања, таква искуства, која представљају вероватноћу што граничи са извесношћу, изједначавајући се по снази готово са природним законима. Но, што се тиче последица пасивног пушења, једино медицинска односно природне науке располажу адекватним сазнањима и методом(37).

б. Неки медицинари, пружајући исцрпан преглед стања медицинских истраживања, тврде да пасивно пушење не шкоди здрављу. Непушачи не могу бити здравствено угрожени тиме што се у њиховом присуству пуши(38).

в. Тврди се да у медицини не влада став да пасивно пушење угрожава здравље. Став о штетности пасивног пушења не дели већина (ни немачких, ни међународних) стручњака и научника(39). Убедљива већина медицинских стручњака сматра да штетност није дефинитивно доказана(40).

Доведен је у питање и значај позивања на Светску здравствену организацију: прокламовати је за највиши форум у питањима здравља,

(35) Тако одговор Савезне владе СР Немачке на једно посланичко питање из 1974., нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2237 прим. 2, исти, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756.

(36) Ferdinand Schmidt, *op. cit.*, (у прим. 31), стр. 43 и ту нав., Adolf Wischnath, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 45.

(37) Joseph H. Kaiser, *op. cit.*, (у прим. 28), стр. 2238.

(38) Упућивање код С. Н. Уле, *Passivrauchen am Arbeitsplatz*, „Deutsche Verwaltungsolatt“, бр. 11/1977, стр. 489 и у образложењу пресуд Landgericht Brlin 2 0 222/75, од 7. 6. 1977., „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 46/1978, стр. 2344. Исто тврди у правној литератури, позивајући се да је то владајуће схватање у медицини, Winfried Mummenhoff, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 370.

(39) Тако Helmut Schievelbein, *Anmerkung uz odluku Oberverwaltungsgericht Berlin V S 13/75*, од 18. 4. 1975 (шт. у прим. 24), „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 49/1975, стр. 2262.

(40) Упућивање на медицинске изворе код Winfried Mummenhoff, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 370 прим. 93, Helmut Schievelbein, *ibid.*, стр. 2262, С. Н. Уле, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 489. Да је то владајуће схватање у медицини, на то се позива (делом упућујући на изворе) у судској пракси пресуда Verwaltungsgericht Freiburg VS V 117/77, од 18. 5. 1978., „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 46/1978, стр. 2352 и д., у правној литератури Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2238, исти, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757, исти (нав. код С. Н. Уле *ibid.*, стр. 489), Winfried Mummenhoff, *ibid.*, стр. 370, Rupert Scholz, *Nichtraucher contra Raucher*, „Juristische Schulung“, бр. 6/1976, стр. 232 и д., исти, *Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtrauchers*, „Beilage Nr. 10/79 zu Der Betrieb 1979“, стр. 5, Wolfgang Loschelder, *op. cit.* (у прим. 11), стр. 337. и д., а тако и Социјално министарство Schleswing-Hollstein (нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* у прим. 28, стр. 2237 прим. 2).

исто је тако апсурдно као када би господу из *FAO-a* прогласили „највишима“ у исхрани, а из *UNESCO-a*, „највишима“ у култури(41). Надаље, некоректно су наведени закључци те организације одн. 3. светског конгреса о пушењу и здрављу — и њихов је закључак да је питање штетности пасивног пушења отворено, и да су потребна даља истраживања(42).

г) Насупрот формулацији, да се са довољном сигурношћу може прихватити да пасивно пушење шкоди здрављу, налазимо тврдње да то није са пуном сигурношћу доказано, да садашње стање медицинских истраживања не допушта да се заузме једнозначан став, да се то потврди, да је то отворено питање, да је потпуно спорно(43). Зато — надовезујући се на ово каже једна одлука — пушење у непушачком одељку воза, само по себи, не може се сматрати противправним нападом на здравље сапутника, те сходно томе сапутник није овлашћен да у нужној одбрани одузме пушачу цигарету или цигару (осим ако му овај дива дим у лице), па чак ни када је претходно безуспешно захтевао да је угаси(44).

д. Одлука која је забранила пушење у затвореној просторији већ на основу тога што није искључено да пасивно пушење шкоди здрављу, наишла је на критичку оцену да аргументисање у стилу „не може се искључити“ нема било какву вредност(45). Питање, да ли пасивно пушење шкоди, не сме се одговорити са *non liquet*: ако нешто није доказано, има се узети да не представља правило искуства; то што хипотеза о шкобењу здрављу није до сада верификована, оправдава само даља истраживања, а није довољно да би се тврдило како она важи(46). Дакле, сама вероватноћа, сама могућност да пасивно пушење шкоди здрављу, није довољна за забрану пушења. Тражи се да је штетност доказана. Ради се о недопуштеном обртању терета доказа, ако се захтева доказ да пасивно пушење не штети здрављу(47).

б. Као недопуштен начин закључивања, окарактеристан је и став да се, упркос томе што нема довољно података о штетности пасивног пушења, такав закључак може допустити аналогијом са штетношћу (активног) пушења(48). Поспрдно је означен и као аргументацијска пирвета(49). Закључивање по аналогији са активних пушача на пасивне

(41) Тако Joseph H. Kaiser, *Schlusswort*, „Die Öffentliche Verwaltung“, бр. 1—2/1979, стр. 48.

(42) Тако пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353.

(43) Тако у судској пракси пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2352, 2353, у правној литератури С. Н. Ule, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 489, Hans H. Martens, *Anmerkung* uz odluku Oberverwaltungsgericht Berlin V S 13/75, од 18. 4. 1975, (цит. у прим. 24), „Neue Juristische Vochenschrift“, бр. 9/1976, стр. 384 и д., и други нав. у образложењу пресуде Landgericht Berlin (цит. у прим. 38), стр. 2344, а тако и став Савезне владе СР Немачке (Bundestag-Drucksache 7/3587) нав. у образложењу пресуде Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353.

(44) Пресуда Landgericht Berlin (цит. у прим. 38), стр. 2343.

(45) Тако Winfried Mummenhoff, *Passivrauchen am Arbeitsplatz* (Bestandaufnahme und Analyse aus medizinischer und juristischer Sicht), Bayerische Akademie für Arbeits- und Sozialmedizin München (Hrsg.), Stuttgart, 1977, стр. 143.

(46) Winfried Mummenhoff, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 370.

(47) Helmut Valentin — Н. — Р. Bost, *Passivrauchen am Arbeitsplatz* (цит. у прим. 45), стр. 23.

(48) Winfried Mummenhoff, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 369.

(49) Joseph H. Kaiser, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 756.

пушаче, чак и онда када се штетност пушења за активне пушаче сматра медицински доказаном, недопуштено је све док се из медицинских разлога не могу те две ситуације третирати као упоредиве (а у медицини претеже став да нема научних доказа да је и пасивно пушење штодљиво)(50).

3. Основна контроверза више је него јасна: с једне је стране став да пасивно пушење шкоди здрављу (од варијанте да је ноторно да је тако, до варијанте да није искључено да је тако), а с друге, став да пасивно пушење не штети здрављу (од варијанте да није доказано да му шкоди, до варијанте да је извесно да не шкоди). Та основна контроверза продубљена је у дискусијама још у неколико праваца.

а. Један од тих је — како пушење утиче на пушаче а како на непушаче (пасивне пушаче). Када се ти утицаји упореде, дувански дим, тврде неки, чак и више шкоди непушачу него самом пушачу. Јер, она споредна струја, коју удише пасивни пушач, садржи битно више штетних материја него главна струја, коју директно инхалира пушач(51). Од стотине отрова, који су садржани у дуванском диму, бар две трећине не уноси сам пушач, него се испуштају у околни ваздух, одакле их удишу пасивни пушачи(52). Опасности по здравље, које прете активном пушачу, прете поготово пасивном пушачу(53). Исказано је и блаже мишљење, да штете по здравље, које су доказане за пушаче, у ублаженој форми, али начелно исто, могу да наступе и пасивним пушењем(54).

Противећи се томе, тврди се да не постоји било какав повод да се пасивном пушењу прида ма и приближно једнако дејство као активном пушењу(55). Приписивање веће штетности пасивном него активном пушењу оцењује се као помодно(56). Што се тиче опасности по живот, та постоји само код инхалирајућег пушења па је у правилу нема код пушења луле или цигаре, а поготово не код пасивног пушења(57).

б. Даље је питање, коме шкоди пасивно пушење: сме ли се, као што се то најчешће чини, на пасивне пушаче гледати као на јединствену популацију, штети ли пасивно пушење свим непушачима. Тврди се да, при уобичајеној мери, пасивно пушење не шкоди здравим лицима(58). Штети само болеснима, старима, деци, лицима екстремно осетљивим у бронхијалном подручју, као и лицима која раде на таквим радним местима, где се дувански дим меша са гасовима, парама, прашином, па долази до њиховог комбинованог дејства(59). Блажи је став, да пасивно пу-

(50) Winfried Mummenhoff, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 369 и д. и други нав. ту у прим. 92 стр. 369.

(51) Тако Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 23), стр. 359, упућујући на више од туче публикованих научних радова, међу којима највећи део потиче из лабораторија дуванске индустрије. Исто одлука Oberverwaltungsgericht Berlin (цит. у прим. 24), стр. 2261 са даљим упућивањима.

(52) Тако Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 41.

(53) Тако у СР Немачкој акт једног министарства Baden-Wirtembergа, нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2237 прим. 2.

(54) Становиште Савезне владе СР Немачке (Bundestag-Drucksache 7/2070). цит. у прим. 28.

(55) Тако нав. код С. Н. Ule, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 489.

(56) Тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2237 прим. 2.

(57) Тако нав. код С. Н. Ule, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 489.

(58) Тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 47, позивајући се на ту нав. медицинска истраживања.

(59) Тако, са упућивањем на одребене медицинске изворе, Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 47 прим. 5, исти, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757, пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353.

шење штети особама које су посебно осетљиве, а за остале да питање још увек није разјашњено(60).

в. Осим што је спорно да ли пушење подједнако или различито делује на активног и пасивног пушача, и да ли шкоди сваком пасивном пушачу, спорно је и да ли шкоди свако пасивно пушење. Не може се рећи, кажу једни, да пасивно пушење увек шкоди здрављу; све зависи од конкретних околности. Одлучујуће је у којој концентрацији се удише дувански дим(61). Штетне материје које удишу пасивни пушачи представљају по правилу занемарљиве количине(62). Ако је пасивни пушач здрава особа, угљенмоноксид не достиже угрожавајућу концентрацију(63). Пасивно пушење угрожава здравље када се ради о посебно малим просторијама, или недовољној циркулацији ваздуха(64). При уобичајеној мери, пасивно пушење не представља ризик за проузроковање оштећења здравља у смислу класичних пушачких болести — рак плућа, срчани инфаркт и др.(65).

Насупрот томе истиче се да, пошто дувански дим садржи канцерогене материје, не постоји максимална допуштена концентрација. Канцерогене материје се разликују од других отрова из дуванског дима у једној битној тачки — појединачне дозе се повезују готово без губитака, достижући критичну вредност. Због тога сабирајућег ефекта, и када у конкретном случају не достижу концентрацију која изазива рак, канцерогене материје из дуванског дима се повезују и сабирају са другим канцерогеним материјама, које неизбежно уносимо из околине. Зато, када се ради о канцерогеним материјама, не постоји нека потпуно нешкодљива количина, те се у сваком случају мора рачунати с тим да се пасивним пушењем раније достиже канцерогена гранична вредност изазивања рака, него ако лице није изложено пасивном пушењу(66).

4. При свим тим разликама нема спора о саставу дуванског дима и о неким последицама пасивног пушења. Утврђено је да дувански дим садржи неколико стотина отрова, од којих неке најјаче, и да садржи више од четрдесет канцерогених састојака(67). Утврђено је да пасивно пушење може изазвати запаљење очију, главобољу, кашаљ вртоглавицу, мучнину, промуклост, грлобољу и сл.(68). Откуда онда она основна контроверза — пасивно пушење шкоди — не шкоди здрављу), и сходно њој, с једне стране, став да излагање пасивном пушењу врећа право на здравље, па да је право на здравље основ за забрану пушења, а с друге стране став, да излагање пасивном пушењу не врећа право на здравље, па да се на основу тог права не може забранити пушење?

(60) Тако, резимирајући ставове медицине, пресуда *Verwaltungsgericht Freiburg* (цит. у прим. 40), стр. 2353.

(61) Joseph H. Kaiser, *op. cit.*, (у прим. 28), стр. 2238.

(62) Joseph H. Kaiser, *op. cit.*, (у прим. 28), стр. 2238 прим. 18.

(63) О томе код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 47.

(64) Пресуда *Verwaltungsgericht Freiburg* (цит. у прим. 40), стр. 2353.

(65) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 47, упућујући на одређена медицинска истраживања.

(66) Тако Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 41.

(67) Уп. Ferdinand Schmidt, *op. cit.*, (у прим. 31), стр. 41, Лавослав Глесингер, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 512 и д., 514, Ариана Ворко, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 568.

(68) Уп. Ferdinand Schmidt, *op. cit.*, (у прим. 23), стр. 359, Hans H. Martens, *op. cit.* (у прим. 43) стр. 384, одлука *Oberverwaltungsgericht Berlin* (цит. у прим. 24), стр. 2261, пресуда *Verwaltungsgericht Schleswig* (цит. у прим. 30), стр. 275, пресуда *Verwaltungsgericht Freiburg* (цит. у прим. 40), стр. 2353 и д., пресуда *Verwaltungsgericht Köln* 3 L 302/78 од 10. 5. 1978, „*Neue Juristische Wochenschrift*“, бр. 46/1978, стр. 2354 и д. То је уосталом познато из искуства, и није потребно стручно знање у том погледу.

Сагласност, истина, постоји о саставу дима и о наведеним последицама, међутим не и о оцени тих последица. Док једни тврде да те последице јесу оптерећења, акутне реакције и надражаји, али да оне не достижу меру, праг, квалитет болести(69), други за те исте последице наглашавају да се већ оне могу сматрати повредом здравља(70). Та различита квалификација потиче отуда што се здравље различито поима.

Једни (71) наима, за основ узимају појам здравља, како га је одредила Светска здравствена организација (у свом Уставу). По томе, здравље није само одсуство болести и слабоће, изнемоглости, већ потпуно физичко (телесно), психичко (ментално, духовно-душевно) и социјално благостање. Поће ли се од тога, пасивно пушење се свакако (по наведеним последицама) појављује као ризик за здравље.

Други ту дефиницију не прихватају за право. Сматрају је за право неподесном(72) и крајње екстензивном(73). Заштитно добро здравља не може се ефикасно правно тако описати(74). Здравља као заштићеног добра тичу се само оне реакције пасивних пушача, које имају вредност болести(75). Без телесних оштећења нема повреде здравља(76). Зато се наведене последице пасивног пушења (печење очију, главобоља, кашаљ и др.) не сматрају повредом здравља.

5. Мислим да није потребно посегнути за, доиста прешироком и за правне сврхе неадекватном(77), дефиницијом здравља Светске здравствене организације, да би се наведене последице пасивног пушења (печење очију, главобоља кашаљ и др.) могле сматрати повредом здравља одн. болешћу, болесним променама, и да би се забрану пушења могло засновати на праву на здравље.

а. Исти резултат да се, наима, постићи и темељем осталих дефиниција здравља, које познаје медицинска наука (неке општеусвојене нема). На пример, здравље је хармонична равнотежа у грађи и функционисању организма и психичком доживљавању, која је предуслов за пуну радну способност и тиме за пуно уживање живота. Или, здравље је стање у којем је организам посве адаптиран својој околини(78). Или, здравље се често дефинише негативно — као одсуство болести, односно кон-

(69) Тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757 и ту даља упућивања, Wolfgang Loschelder, *op. cit.* (у прим. 11), стр. 341.

(70) Тако Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 23), стр. 359 (који ту нетачно тврди да то тврди и Hans H. Martens, *op. cit.* у прим. 43, стр. 384, док овај једино истиче да све зависи од тога како се схвати здравље), пресуда Verwaltungsgesicht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353, одлука Oberverwaltungsgericht Berlin (цит. у прим. 24), стр. 2261.

(71) Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 42, Ferdinand Schmidt — Adolf Wischnath, *Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz*, „Zentralblatt für Arbeitsmedizin“, бр. 3, 1975, стр. 142. Савезна влада СР Немачке (Bundestag-Drucksache 7, 3597), нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756 прим. 9. Како наводи Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 42, оправданост те дефиниције је наново потврђена на једном саветовању.

(72) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756.

(73) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 48. Он, штавише, истиче да је тако широка дефиниција прокламована да би се проширила надлежност Светске здравствене организације, с последицом екстремног бюрократизовања.

(74) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756 прим. 9

(75) Winfried Mummenhoff, *op. cit.* (у прим. 7) стр. 369

(76) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756

(77) Али и за медицинске, ул. о томе Бранко Кесин, *Здравље*, „Медицинска енциклопедија“, том 6, Загреб, 1970, стр. 623.

(78) Уп. о томе Мирко Дражен Грмек, *Болест*, „Медицинска енциклопедија“, том 1, Загреб, 1967, стр. 490.

трастивно — као супротност болести, па се путем одређивања појма болести предочава и појам здравља. (Уосталом, медицина се и при дијагнози здравља служи посредним путем: оглашава здравим на основу одсутности појава које су карактеристичне за болесног човека)(79). Дефиниција болести такође има више. На пример, каже се да је болест настојање организма да савлада неку биолошки за њега неприкладну ситуацију. Или, болест је реакција на оштећење организма(80) Или, болест је промена стања потпуне адаптираности организма својој околини, која (промена) доводи до патње организма. Или, болест је поремећај хармоничне равнотеже у грађи и функцијама организма и психичком доживљавању, праћен смањењем радне способности, снижавањем животног уживања и душевним оптерећењем. Или, болест је поремећај нормалних збивања у организму, ненормално одвијање животних функција(81).

Свака од тих дефиниција допушта да наведене последице пасивног пушења (печење очију, главобољу, кашаљ и др.) третирамо као повреду здравља; болест, одн. да их не сматрамо здравим стањем организма. Здравствено стање подразумева троје: интегритет организма, његову функционалност и адаптивилну способност, а четврти елеменат је субјективно доживљавање здравља(82). Изложеност пасивном пушењу не изазива, истина, (тренутно) нарушавање интегритета организма, али изазива поремећаје функционисања и адаптивилности, које се ни субјективно не доживљавају као стање здравља. То што наведене последице пасивног пушења не представљају повреду телесног интегритета, није никаква препрека за правну заштиту од излагања пасивном пушењу. Као што је интегритет организма вредност коју треба штитити, тако су то и функционална способност организма и његова адаптивилна способност, чије се повреде, баш као и повреда интегритета, уосталом и субјективно доживљавају као болесна стања. Право не штити само физички интегритет. Нарушавање интегритета јесте, додуше, по правилу онај најгрубљи, највидљивији (што никако не значи и најтежи) атак на здравље. Не може се наћи било који разлог да се правна заштита сведе на тај аспект здравља. Неодрживо би било да се поремећаји функционисања и адаптивилности толеришу, а забрани само нарушавање физичког интегритета(83). Право на здравље подједнако је тако право да не буде повређена функционална и адаптивилна способност, као што је право да не буде повређен физички интегритет.

Погрешно је о здрављу размишљати тако, као да је потребно дуже трајање болесног стања (што иначе није случај са наведеним последицама пасивног пушења), да би се оно сматрало повређеним. Болести се знатно разлику по своме трајању, па и једна иста различито траје. Дужина болесног стања је питање квантитета а не квалитета. За правну заштиту битно је да ли је посреди стање које не треба толерисати: да ли се ради о болесном стању. Нема основа да право забрани изази-

(79) Уп. Бранко Кесић, *op. cit.* (у прим. 77), стр. 623, 624.

(80) Уп. о томе Мирко Дражен Грмек, *op. cit.* (у прим. 78), стр. 492.

(81) Уп. о томе Мирко Дражен Грмек, *ibid.*, стр. 490.

(82) Уп. Бранко Кесић, *op. cit.* (у прим. 77), стр. 623.

(83) Како би то било сходно нав. у прим. 76.

вање само трајнијих повреда здравља. Право на здравље право је, да здравље не буде повређено уопште, а не само трајније.

Поготову је неприхватљиво гледати на ствари тако, да нема места заштити ако је повреда здравља краткотрајна (као код наведених последица пасивног пушења), јер да је повреда тада безначајна, а безначајне повреде да се морају акцептирати. Праву доиста није страшно да апстинира од реакције на безначајне повреде: *de minimis non curat praetor*, незнатна друштвена опасност дела, на пример, а у грађанском праву (суседско право, имисије), дужност трпети незнатније утицаје, утицаје које не прелазе одређену меру, чиме се управо инспиришу заговорници тезе да су наведене последице пасивног пушења безначајне, те да стога не допуштају правну заштиту(84). Но, да ли се печење очију, главобоља, мучнина, кашаљ и др., као краткотрајна стања, могу квалификовати безначајнима по аналогији са утицајима који се тако третирају у суседском праву, у праву имисија? Исказ да је нешто безначајно вредности је суд, оцена. Оцена о безначајности разликује се према томе о чему се ради, на шта се односи. Зато, оно што је безначајно када су у питању ствари, не мора бити безначајно када је у питању човек. У том смислу је речено да није исто да ли се катран таложи на моју непокретност, или у моја плућа(85). Човек и ствар не могу имати исти положај у праву. Заштита личности и заштита имовине оправдано могу познавати разлике. (Није ли безброј пута, и у контексту правних разматрања, потврђено да је човек већа вредност од имовине?)

б. Свакоме припада право на здравље. То право може да буде основ за заштиту сваког лица од пасивног пушења, јер пасивно пушење код сваког може изазвати наведене последице. За одређене категорије лица (стари, болесни, деца и др.)(86) није спорно да су нарочито подложна наведеним последицама пасивног пушења, али и тежим, а да до тих последица код њих лакше долази. Припадност тим категоријама значајна је само за то, што су они правно заштићени и онда када остали нису.

в. Право на здравље основ је за свеколике правне интервенције: за законодавну забрану пушења, подзаконску, аутономноправну, судску... Пушење се по том основу може забранити увек и само онда када је у стању да изазове код пасивних пушача бар наведене последице (печење очију, главобољу, кашаљ и др.). Тада је право непушача да одлучи сме ли се пушити у његовом присуству, а обавеза пушача да од непушача затражи пристанак да би у његовом присуству пушио; тада активни пушач нема право да непушача изложи пасивном пушењу, а овај нема обавезу да трпи активно пушење одн. обавезу да пасивно пуши. Али када је то? Здрављу непушача не штети увек када се пуши у његовом присуству, на пример када се то чини на отвореном простору. Али и када се пуши у затвореном простору, не долази увек до пасивног пушења, или до пасивног пушења које може да изазове наведене после-

(84) На пример Winfried Mummehoff, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 366, 369 и ту прим. 87.

(85) Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 171. Да лична права не подносе толика ограничења, колика се могу прихватити за својину, уп. Hans Forkel, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht* (Eine privatrechtliche Untersuchung), Köln — Berlin — Bonn — München, 1968, стр. 61 и д.

(86) Уп. у тексту код прим. 59.

дице. Каже се, тако, да је — што се тиче радног места — проблем пасивног пушења првенствено проблем писаћег стола, администрације, а не индустрије(87), дакле проблем канцеларије, а не фабричких хала. Стварно, међутим, може постати проблем било ког затвореног простора. Одлучује однос следећих величина: број пушача, учесталост пушења, количина штетних материја у дувану, зависна од врсте дувана, величина просторије и брзина измене, циркулације ваздуха. То одређује концентрацију штодљивих материја у ваздуху. Измерено је да су за изазивање наведених последица пасивног пушења довољне и најмање концентрације(88). То се да објективизирати, јер концентрације материја што изазивају надражаје паралелно расте са релативно лако мерљивим концентрацијама угљенмоноксида(89). Да код здравог човека не би наступиле наведене последице, потребно је да концентрација угљен моноксида буде испод нивоа од 2 ppm, што отприлике одговара количини од четири цигарете на један сат у мањој просторији, ако се четири пута проверава(90). Када се под тим условима пуши десет цигарета, печење очију наступа код око петине присутних(91). Да би се елиминисало печење у очима, неопходно је за један сат изменити 50 m³ ваздуха по једној цигарети(92). При употреби уобичајених система вентилирања, увек остаје она концентрација, која је у стању да изазове наведене последице(93). Уобичајени системи измене ваздуха нису, дакле, у стању да постигну вредности, које би спречиле наступање наведених последица(94). Према томе, пошто је право на здравље основ да се забрани пушење кад год може да изазове наведене последице, оно је данас у већини случајева основ за забрану, јер у већини случајева наступају наведене последице изложености пасивном пушењу.

г. Забрана пушења ограничава слободу пушења. Но то је органичење допуштено. Право на здравље може да буде основ забрани јер се том забраном спречава остваривање интереса (слободе пушења) који представља мању вредност него што је здравље(95). Пушење јесте једна од човекових слобода(96). Али се она овде има ограничити увек онда, када је није могуће вршити, а да се не повреди вредније добро — здравље. Само зато што је неки интерес (добро, слобода) мање вредан, није недопуштено да се оствари. Али јесте, ако нема начина да га се оствари без повреде вреднијег интереса(97). Управо то је овде случај.

(87) Тако нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.*, (у прим. 7), стр. 755 прим. I

(88) На истраживања с таквим резултатима упућује пресуда *Verwaltungsgericht Köln* (цит. у прим. 68), стр. 2355.

(89) Тако упућивање на одребена истраживања код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757.

(90) Као у претх. прим.

(91) Упућивање на истраживања код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 41), стр. 47.

(92) Као у прим. 88.

(93) Као у прим. 88.

(94) Осим угљен моноксида, угљен диоксида и катрана, у дуванском диму садржане су и хемијске отровне супстанце, које вентилациони системи не могу да одстране. О томе истраживања на која упућује пресуда *Verwaltungsgericht Köln* (цит. у прим. 68), стр. 2355.

(95) Да је здравље већа вредност од слободе пушења, тако одлука *Oberverwaltungsgericht Berlin* (цит. у прим. 24), стр. 2261, 2262, пресуда *Verwaltungsgericht Köln* (цит. у прим. 38), стр. 2355, *Ferdinand Schmidt*, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 42 и д. Исто прихватају и они који сматрају да је забрана пушења основана само ако би пушење врећало здравље непушача, а поричу да је тако — *Winfried Mummenhoff*, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 364, *Joseph H. Kaiser*, *Passivrauchen am Arbeitsplatz* (цит. у прим. 45), стр. 79 и д., 93, *Rupert Scholz*, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 232 и д., исти, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 2.

(96) Уп. даље у тексту код прим. 130 и ту прим.

(97) То је један од принципа тзв. одмеравања добра и интереса који важи у случају сукоба два оправдана интереса. Уп., уместо многих, *Heinrich Hubmann*, *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln — Berlin — Bonn — München, 1977, стр. 91 и д., 95, и у тексту код прим. 139.

д. Право на здравље може бити основ за правну интервенцију не само због наведених последица пасивног пушења, које су неспорне. Оно то може да буде и због вероватноће да пушење изазива код пасивних пушача и друге последице — неке класичне пушачке болести, нарочито рак. Утврђено је да пасивно пушење ствара повећани ризик изазивања рака(98). Мада није извесно да изазива те последице, већ могућност да је тако, може бити довољна за правну интервенцију. Забрана употребе неких материја уследила је и код нас већ на основу вероватноће да изазивају рак. Исто би било умесно и у овом случају, ако се сматра да постоји толики несразмер између сукобљених вредности (овде, између вредности здравља и вредности слободе пушења), да већ вероватноћа да се остваривањем знатно мање вредности врећа знатно већа, оправдава забрану остваривања те мање вредности(99)

IV ПАСИВНО ПУШЕЊЕ И ОПШТА СЛОБОДА ЛИЧНОСТИ

1. Да би се забрана пушења могла засновати на праву на здравље, потребно је да пушење — што се тиче тежине последица — може да код пасивних пушача изазове бар наведене — печење очију, главобољу, кашаљ, мучнину и др. На основу права на здравље не би се могло штитити од последица које су лакше од тих. Но пасивно пушење има и друге, лакше последице, које нису повреда одн. угрожавање здравља: смањивање пажње и способности концентрације, ошамућеност, осећај недостатка ваздуха, гадљивост, онеспокојавање због мисли на евентуалне последице по здравље, неугодан мирис који се увлачи у одећу и косу (а који пушачи више и не осећају) и др. Укратко, пушење смета, узнемирује, оптерећује пасивног пушача. Могу ли се пасивни пушачи штитити и од тих последица? Шта би био основ заштите? Да ли је пушење забрањено само када врећа здравље, или већ и када смета, узнемирује, оптерећује?

Неки су и за раније наведене последице пасивног пушења (печење очију, главобоља и др.) сматрали да не представљају повреду одн. угрожавање здравља, него просто узнемиравање, оптерећивање(100). Проверавајући сада да ли пасивни пушач ужива заштиту од узнемиравања, сметања, проверићемо уједно да ли би, и по ком основу, уживао заштиту и ако те последице сматрамо тек узнемиравањем.

2. Позитиван став о томе изражен је у више наврата, у разним видовима правничке делатности.

а. Да је правно релевантно не само шкоди ли пушење здрављу, већ и да ли смета пасивном пушачу, показало се у случају у коме је суд разматрао, сме ли пасивни пушач одузети цигарету пушачу који пуши у непушачком одељку воза. Мада је негативну одлуку утемељио на томе да пушење не можемо сматрати противправним нападом на здравље, пошто

(98) Уп. у тексту код прим. 66.

(99) Да је (чак и ако се сматра медицински отвореним шкоди ли пасивно пушење здрављу) очигледно да се не може пасивним пушачима наметнути ризик при одмеравању између одрицања од задовољства које пушење представља за пушаче и могућих штета по здравље за пасивне пушаче, тако пресуда Verwaltungsgericht Schleswig (шт. у прим. 30), стр. 275.

(100) Нав. у прим. 95.

штетност по здравље није дефинитивно доказана, испитивао је и да ли је пушење сметало пасивном пушачу, и одречно одговорио, будући да је дотични пушио покрај отворених врата кућа(101).

б. Сметање (излагањем пасивном пушењу) је у сваком случају довољно за заштиту, каже једна одлука(102), када се не може искључити да сметање може да изазове повреду здравља. За забрану пушења довољно је, истиче се у другој(103) сметање дуванским димом, повезано са кашљањем, промуклошћу, главобољом или мучнином(104), Резонујући тако, суд је усвојио захтев службеника, који ради са још 40 лица у просторији, запремине око 600 m³, и издао привремену меру, обвезујући послодавца да забрани пушење, налазећи да је у дотичним условима, упркос постојећем вентилационом систему, службеник изложен таквим сметањима.

в. Оба суда изричу међутим, да је довољно већ и само сметање, оптерећење(105), што је став и трећег(106). Тај је ускратио заштиту поштанском службенику, који је тражио да се забрани пушење у вагону где обавља службу, и где се на служби нађе између два и петнаест лица, јер је нашао да систем проветравања у њему обезбеђује да не дође услед пушења до сметања тужиоца, а да га пушење смета, забранио би га. Истиче да је забрана пушења допуштена, било због могућности повреде здравља пасивних пушача, било због њиховог сметања, оптерећења(107). Пошто је за заштиту довољно (рећи ће раније споменути суд)(108), и само сметање, узнемиравање, уопште не треба улазити у питање да ли пасивно пушење шкоди здрављу. Исти је став исказан у литератури(109). Неки подзаконски акти забрањују пушење да би заштитили непушаче од оптерећења, јер пушење оптерећује околину(110).

3. То што пушење смета, оптерећује пасивне пушаче, није довољно, тврде други, да се заснује забрана пушења. Такву забрану не може учинити правно допуштеном већ сметање пасивних пушача, него тек шкођење њиховом здрављу(111).

(101) Пресуда Landgericht Berlin (цит. у прим. 38), 2344.

(102) Пресуда Verwaltungsgericht Schleswig (цит. у прим. 30), стр. 275. Случај је описан у тексту код прим. 30.

(103) Пресуда Verwaltungsgericht Köln (цит. у прим. 68), стр. 2354.

(104) Verwaltungsgericht Schleswig (цит. у прим. 30), стр. 275 говорећи о сметањем, оптерећењу, указује на искуство непушача, да у затвореном простору у коме макар само поједини непрестано пуше, убрзо се утроши сав ваздух, постаје загушљиво. Verwaltungsgericht Köln не одређује шта сматра сметањем, оптерећењем, и не описује то стање.

(105) Verwaltungsgericht Schleswig (стр. 275), Verwaltungsgericht Köln (стр. 2354, 2355)

(106) Пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2352, 2353, 2354.

(107) Пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353. Не каже шта сматра сметањем, оптерећењем, а главобољу, мучнину, промуклост и кашљање сматра повредом здравља.

(108) Verwaltungsgericht Köln (цит. у прим. 68), стр. 2354.

гадљивошћу, неугодним мирисом, који се увукао у одећу и косу.

прим. 7), стр. 45 (код кога и податак да је у судској пракси дошло до аналогног прошири-

(109) Hans H. Martens, *op. cit.* (у прим. 43), стр. 384. По њему пасивни пушач не бива тек онда узнемиран, сметан, када постоје груби симптоми — надражај вежњаче, главобоља, кашаљ, промуклост, грлобоља, мучнина, вртоглавица. Сметање се изазива већ смањивањем пажње и способности запажања, ошамућеношћу, осећањем недостајања ваздуха, гадљивошћу, неугодним мирисом, који се увукао у одећу и косу.

(110) Наведени су код Winfried Mummehoff, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 370 прим. 93, Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 756, 758 прим. 20, Adolf Wischnath, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 45 (код кога и податак да је у судској пракси дошло до аналогног проширивања њихове примене и на друга подручја).

(111) Тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 95), стр. 93, Rupert Scholz, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 232 и д, исти, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 2, Wolfgang Loscheider, *op. cit.* (у прим. 11), стр. 337 и д.

4. Чиме се брани став да узнемиравање није довољно за заштиту? Откуда контроверза? Три су јој корена: један је у тврдњи да је пушење социјал-адекватно, други, да је сметање, оптерећивање пасивних пушача багателно, безначајно, а трећи, да је забранити пушење због сметања недопуштено, јер је пушење део опште слободе личности.

а. По учењу о социјалној адекватности(112), социјално су адекватне, друштвено примерене оне радње, које се уклапају у социјално-етички поредак живота у заједници. Такве радње су допуштене и када наносе повреду неким добрима. У правилу се прихватају, толеришу и не доживљавају као повреда свога права. (На пример, додиривања, гурања и мање повреде у пренатрпаним возилима градског саобраћаја, у редовима пред благајнама, ограничења слободе кретања у саобраћају.) Исто се тако и пушење уклапа у тај поредак и није недопуштена радња, макар смета или шкоди пасивним пушачима, па — иако је дакле везано са опасношћу — не сме да га забрани ни законодавац, ни судија(113). Пасивни пушачи морају акцептирати сметање изазвано пушењем, због укључености у заједнички живот. Пушење и његова дејства су уобичајена, а према устаљеном културном схватању, сваком је слободно да пуши, као што му није забрањено да се парфимише или једе зачињену храну. Морају се трпети утицаји који се уопште сматрају уобичајеним, а пушење је такво(114).

б. Надаље, сметање не може бити разлог забрани пушења зато што је багателно, безначајно(115). (И неки који иначе сматрају да пасивни пушачи уживају заштиту већ због сметања, кажу да је не уживају онда када је то сметање багателно)(116).

в. Најчешће се, и првенствено, недовољност узнемиравања као основе за забрану пушења, изводи из тога да пушење представља вршење једне правом признате слободе. Забрана би била могућа да је сметање повреда здравља; оно то није, јер је појам здравља уско постављен; просто узнемиравање, опет, не представља заштићену правну позицију, као што, међутим, уживање у пушењу представља, јер је део опште слободе делања, опште слободе личности, коју устав гарантује(117). Општа слобода делања, призната уставом, садржи слободу пушења, а забрана пушења — будући ограничење те слободе — није допуштена(118). Уставна гаранција штити граване од државне интервенције (*status negativus*) било које врсте (законодавне, судске), па тако и од забране пушења коју

(112) Основни подаци о том учењу, уз даља упућивања, код Владимир В. Водинелић, *Лична права*, н^о 101, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада“, том први, Београд, 1978, стр. 925, Erwin Deutsch, *Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe* (Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik), „Festschrift für Hans Welzel“, Berlin — New York, 1974, стр. 237 и д.

(113) Тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2238, Winfried Mummenhoff, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 371, Rupert Scholz, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 371 и нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757 прим. 18.

(114) Winfried Mummenhoff, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 371

(115) Winfried Mummenhoff, *ibid.*, стр. 371, Wolfgang Loschelder, *op. cit.* (у прим. 11), стр. 341, 347 и д., 349, и нав. код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757

(116) Пресуда Verwaltungsgericht Schleswig (цит. у прим. 30), стр. 275, пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 253

(117) Rupert Scholz, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 2

(118) Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 757, исти, *op. cit.* (у прим. 95), стр. 79

би изрекла(119). Део литературе тврди да пасивни пушач има да трпи пушење сходно правном принципу толеранције(120).

5. Ниједан од тих ставова не може да издржи критику.

а. Изражено је мишљење да се не треба упуштати у питање социјалне адекватности пушења: будући да штетност пасивног пушења није дефинитивно доказана, није доказано да пушење представља повреду, па је излишно испитивати је ли пушење социјално адекватно и да ли као такво може да оправда повреду(121). Међутим, ако и прихватимо да није извесно да пушење повређује здравље, извесно је да тиме што узнемирује, оптерећује пасивног пушача, атакује на неко друго његово лично добро, те се опет не може избећи питање, да ли је социјално адекватно, и да ли као социјално адекватно чини допуштеним атак на то добро.

Учење о социјалној адекватности није општеприхваћено, многи га одбацују *a limine*, нема сагласности о домену његове примене, не садржи чврст методолошки поступак за одређивање ради ли се у конкретним случајевима о социјал-адекватним радњама(122). Зато, да би се излагање пасивном пушењу показало као допуштено, није довољно (како неки чине) једноставно прогласити пушење социјално адекватним. Напротив, тезу о социјал-адекватности треба доказати, а не обрнуто, да треба оспоравати да је пушење социјал-адекватно. Ипак ћу тако поступити. Разјаснимо претходно: да би радња била социјал-адекватна, није нужно да буде друштвено узорна(123). Зато, пушење не излази из реда социјално адекватних радњи већ тиме што би га прогласили лошом навиком(124). Али, ни самим тим што је нешто уобичајено, не значи да мора бити социјал-адекватно; ни присталице учења о социјалној адекватности не тврде, уосталом, да је све уобичајено социјал-адекватно; много је тога уобичајеног, што није допуштено(125). Зато, просто указивање да је пушење (вековима) уобичајено, није довољно ни да се прихвати да је оно социјал-адекватно, ни да је правно допуштено. Многи наводе у вези са друштвено адекватним радњама да се те радње по правилу и не доживљавају као недопуштене, ни њихове последице као повреде свога права. Не улазећи у разлоге томе, може се, међутим, рећи да смо дојста сведоци промене става према пушењу: све је више пасивних пушача који не пристају да буду изложени дејствима пушења, а конфликти и поменути судски поступци показују да се сматрају повређеним у својим правима(126). У случају пушења не налазимо ни следеће: присталице учења о

(119) Rupert Scholz, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 15

(120) Rupert Scholz, *ibid.*, стр. 22, Wolfgang Loschelder, *op. cit.* (у прим. 11), стр. 347

(121) Пресуда Landgericht Berlin (цит. у прим. 38), стр. 2344

(122) Као у прим. 112.

(123) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, стр. 56

(124) Да се на томе што би пушење било лоша навика, не може темељити ограничење слободе пушења, тако пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353.

(125) Ако бд прихватили једначину уобичајено = социјал-адекватно, морали би на пример преваре са чеком без покрића сматрати допуштеним, позивајући се на њихову уобичајеност, распрострањеност, уп. Wolfgang Münzberg, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a. M., 1966, стр. 327.

(126) I Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2238, иначе противник забран пушења, говори о промени социјалне адекватности пушења као спектакуларној.

социјал-адекватности увршићују међу такве и оне радње које делом неизбежно изазивају повреде добара (саобраћај, медицинска делатност, рудници и др.), али које се не могу забранити јер су неопходне за живот заједнице. Пушењу, пре свега, недостаје неопходност по друштво, а и општа корисност, која карактерише наведене активности. Недостаје му и то да се бар делом не могу избећи повреде туђих добара: однос се може тако уредити да уопште не дође до пасивног пушења које смета, и тиме до повреде(127).

б. Међу социјал-адекватне сврставају се и радње чије су последице багателне, безначајне: будући да су људи упућени једни на друге, међузависни, морају акцептирати небитне повреде својих добара, настале у тим односима(128). Допуштеност пушења као безначајног сметања могла би, дакле, бити изведена или из максиме „*minima non curat praetor*”, или из убрајања међу социјал-адекватне поступке. Али и за једно и за друго недостаје основна претпоставка: багателност, безначајност. Сметање пасивних пушача није безначајно. Оцена о безначајности ничим није поткрепљена, нити је прецизирано шта се сматра безначајним, јер није одређено ни шта се сматра сметањем. Зар је безначајно ако лице због изложености пасивном пушењу, на пример, не може да се концентрише и учествује у раду, прати излагање, пружи пуни допринос, ако осећа недостатак ваздуха, ако губи спокојство и др., а да се и не спомине мучнина, главобоља и др. (уколико се и то третира као сметање)? Но, све и да последице пушења сматрамо безначајним, не бисмо могли отуда извући закључак о допуштености излагања пасивном пушењу. Како год да јесте, сметање није допуштено ако се и без њега може остварити интерес, а то је могуће у случају пушења (како ће се показати при разматрању следећег проблема, јер се и код њега јавља питање да ли је сметање нужно, неизбежно)(129).

в. Општа слобода личности обухвата, поред низа посебно означених слобода (слобода удруживања, информисања и др.), и низ неименованих, иноминантних слобода, међу којима доиста и слободу пушења(130). Али је нетачно да се та слобода не би смела ограничити у интересу пасивних пушача, ради спречавања њиховог узнемиравања. Слобода од ограничења мора бити садржајно конкретизирана, а нека свеопшта, било

(127) Даље о томе IV, 6, в, VI, I.

(128) Hans Weizel, *op. cit.* (у прим. 123), стр. 56 и многи други. Heinz Bindokat, *Mehrerei Unrecht?*, „*Juristenzeitung*”, бр. 18/1958, стр. 556 прихвата учење о социјал-адекватности једино за безначајне повреде.

(129) Уп. прим. 97 и даље IV, 6, в.

(130) За постојање те слободе у оквиру опште слободе личности, нема значаја, ма како здраворазумски звучала, заједљива опаска Hans H. Martens, *op. cit.* (у прим. 43), стр. 385: онај ко се позива на то да је зависан од дувана у циљу слободног развијања своје личности, оскудева у томе. За њено постојање у оквиру опште слободе личности ирелевантна је и примедба Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 173: пушач који се сам довео у стање такве зависности од никотина, да му је без њега физиолошки лоше, не може се у име принудне слободне радње позивати на слободан развој личности; то што присутни трпе да такав пуши, нема баш ништа с гордим слободним развијањем личности пушача, него је сажаљење и саучешће. Исто важи за приговор Dieter Suhr-а, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 170, 171 томе што се за слободу пушења позива на општу слободу личности и право на слободан развој личности, а да се притом занемарује да пушење штоди личности. (Из истог разлога пориче се и могућност извођења права на самоубиство из права на слободан развој личности: самоубица не развија своју личност, већ је уништава, упућивање на лит. код Wilfried Bottke, *op. cit.* у прим. 8, стр. 350 прим. 20.) Такво резонување није правно релевантно. Пушење спада у општу слободу личности, и то упркос томе што штоди лицу, као што и право на самоубиство ту спада: постоји слобода и за активности које су опасне, ризичне, које неповратно смањују могућност уживања неких добара, само што таква слобода подлеже строжим ограничењима него друге.

каквом ограничењу од стране државе (законодавном, судском и др.) неподложна слобода не постоји. Позивање на слободу од забране са стране државе, на уставноправни *status negativus*, и ствари је прибегивање једном статусном трику: негативна слобода пушача од ограничавајуће државне интервенције вештачки се преображава у њихову позитивну слободу за приватне повреде пасивних пушача(131). Негативном слободом активних пушача не могу се оправдати приватне повреде пасивних пушача(132). Надаље, свођење, с једне стране, последица пушења на обично сметање, минимизирано још тврђом да је безначајно, а истицање, с друге стране, да је слобода пушења део опште слободе личности, представља конструкцију у којој су пасивни пушачи приказани као они који ометају, спречавају остваривање једне слободе јер траже забрану пушења. Тако се врши двоструки вештачки преображај: пушач, који је иначе агресор, тај који врши атак, овако постаје жртва, а стварна жртва, пасивни пушач, постаје препрека слободи(133). Потом, теза да су због толерантности, као принципа међуљудских односа, пасивни пушачи обавезни да трпе пушење, служи у ствари кријумчарењу једног другог (правно непостојећег), принципа једностраног жртвовања: позивом на толеранцију, протура се у ствари обавеза пасивних пушача да се, трпећи сметање, једнострано жртвују за активне пушаче(134). Најкраће речено, према критикованим тезама, у збиру, на страни активних пушача је све, а на страни пасивних ништа: да пушење штети здрављу пасивних пушача (на што се пориче), било би то право на здравље, а овако сметање, узнемиравање не представља било какву заштићену правну позицију.

Међутим, да се и на сметању може градити правна реакција, показује на пример забрана имисија (заштита и од утицаја који се не могу исказати као повреда неког одређеног права), забрана злоупотребе права (заштита и од утицаја који нису повреда неког права или штета, већ узнемиравање, сметање — *molestia*), па и забрана сметања државине (заштита и од утицаја којим се не вређа право). Аналогија с тим установама умесна је зато што изражавају тежњу да се нађе одређени *modus vivendi* за лица која су упућена једна на друге, што упућују да се води рачуна о другима(135). Али аналогија није неопходна да би се могло засновати забрану пушења, јер обзир којег пушачу намећу правила лепог понашања, и који практикују обзирни пушачи (питањем: смем ли да пушим)(136), има поред ванправног и непосредно правно утемељење. Иста она слобода, која је основ слободи пушења, основ је и слободи од излагања пасивном пушењу(137). Општа слобода личности није само слобода

(131) Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 168.

(132) Dieter Suhr, *ibid.*, стр. 169, 171

(133) Dieter Suhr, *ibid.*, стр. 171

(134) Dieter Suhr, *ibid.*, стр. 171. Задовољство једнога не оправдава наметање трпљења другоме, *ibid.*, стр. 172, 174

(135) На обзир према другима, који је неопходан гдегод су лица принуђена на блиску повезаност и узајамне утицаје, упућују у вези разних питања пасивног пушења, на пример Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 28), стр. 2238, Hans H. Martens, *op. cit.* (у прим. 43), стр. 385, пресуда Verwaltungsgericht Freiburg (цит. у прим. 40), стр. 2353, пресуда Verwaltungsgericht Schleswig (цит. у прим. 30), стр. 275 (у њој се каже да не може свако, свугде и увек да врши оно што воли, било да се ради о пушењу, свирању трубе или другој активности, чије упражњавање може да оптерећује околину).

(136) Уп. на пример Слободан Глумац, *Свакодневни протокол* (како да се понашамо), Београд, 1960, стр. 213.

(137) На личном праву, општој слободи личности, заснивају заштиту од сметања пресуда Verwaltungsgericht Schleswig (цит. у прим. 30), стр. 275, Adolf Wischnath, *Pasivraucher im Lichte der heutigen Rechtsprechung, Rauchen am Arbeitsplatz* (цит. у прим. 45), стр. 97 и д., Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 168 и д.

за разна делања, него и слобода од разних делања, од разних узнемиравања, па тако и излагањем пасивном пушењу. Грешка критикованих теза је што слободу виде само на једној страни, што односе виде као асиметричне, што пасивни пушач према активном не стоји као једнак спрема једнаком. Слобода личности, која обухвата и слободу пушења, није ограничена само правом на здравље пасивних пушача. Граница јој је иста таква слобода личности пасивних пушача. Због ње, сметање, узнемиравање излагањем пасивном пушењу представља правно заштићену позицију. Дакле, као што пушење може да се прикаже као вршење слободе, и неузнемиравање пушењем може да се представи као вршење једне слободе(138). Слободи активног пушача стоји насупрот слобода пасивног. Ради се о томе да их се разграничи.

6. Тзв. поступком одмеравања интереса и добара(139) одредићемо може ли се и када ограничити вршење једне од тих слобода у корист друге.

а. Оправдана су и *in abstracto* цењено (тзв. квалитативно одмеравање) једнако вредна оба сукобљења интереса: интерес да се пуши и интерес да се не буде узнемираван пушењем, па се у овој фази одмеравања интереса не може наћи основ за жртвовање или ограничење било којег од њих(140).

б. Испитујући (у оквиру тзв. квантитативног одмеравања) интензитет сукобљених интереса, такође не налазимо преваленцију једног. У просеку, потребе пасивног пушача: да се не осећа неугодно, да нема осећај гушења, недостатка ваздуха, да може да се концентрише, да не буде окружен неугодним мирисом и др., упоредиве су по интензитету потребама активних пушача које се пушењем задовољавају: пушење прибавља задовољство, уживање, чини да је човек нечим запослен, заокупљен, представља замену за задовољење, олакшава абреаговање, помаже остваривању контаката (141), уклања потиштеност, разбија забринутост, смирује или узбуђује(142), разбија досаду, у игри са цигаретом остварују се густативни и тактилни моменти(143), и др.(144), па онемогућење да се те

(138) Dieter Suhr, *op cit.* (у прим. 12), стр. 168 и д. изводи заштиту пасивних пушача од сметања из права на приватни живот — из права на телесну приватност: свако има право да не буде изложен комуникацији коју не жели, па тако и комуникација у пушењу. (Уп. ту и критику става да пасивни пушач мора да прихвати сметање јер се оно догађа у социјалној сфери.)

(139) О томе, уз даља упућивања, уп. Владимир В. Водинелић, *op cit.* (у прим. 112), п^о 102, стр. 925 и д., исти, *Прекорачење слободе информисања и повреда личности* (Проблем противправности), Архив за правне и друштвене науке. бр. 3/1978, стр. 352 и д.

(140) Упркос неким схватањима, радња није забрањена чим се вређа једнако вредан интерес, оди. није допуштена тек ако се остварује вреднији интерес. Уп. о томе, уз даља упућивања, Владимир В. Водинелић, *op cit.* (у прим. 139), стр. 356 и д. — Неприхвативо је (иако, несутин, тврди Winfried Mummelhoff, *op cit.* у прим. 7, стр. 365) да — ако су сукобљени интереси истог ранга — мора се признати предност оном носиоцу интереса који је активан, што у случају пасивног пушења значи пушачу. У том ширини тврђава свакако не стоји; да нема активности, много тога сигурно не би било постигнуто, али активност није по себи вредност, него тек по томе чему служи. — У сукобу здравља и слободе пушења, већ фаза квалитативног одмеравања показује препондеранцу здравља и оправдава забрану пушења, уп. прим. 95.

(141) Up. Ferdinand Schmidt, *Verkürzt Rauchen das Leben*, Stuttgart, 1967, стр. 57 и д.

(142) Уп. Ариана Ворко, *op cit.* (у прим. 9), стр. 573.

(143) Уп. Лавослав Глеспингер, *op cit.* (у прим. 9), стр. 512. Спорно је да ли никотин повећава душевни учинак, нарочито код психички изморених лица.

(144) Пушење има и друге функције, на пример служи пушачу да се представи на одређени начин, нарочито да прикаже херојско излагање опасности, или да прикаже неконсистентност, јер личност не жели да пуши али је преслаба да то оствари, или да прикаже личну доминантност, јер се не обазире на то што другима не прија што он пуши, и др. Уп. Ferdinand Schmidt, *op cit.* (у прим. 141), стр. 57 и д.

функције остваре, изазива стање фрустрираности и осећај неслободе, понекад потешкоће неуротичне природе и др.(145), што се може уподобити последицама излагања пасивном пушењу. Зато, у просеку, подједнако оптерећење представљају за пасивне пушаче пушење, као и за активне, забрана пушења. А како ни један од сукобљених интереса или његове осујећење нису по интензитету безначајни, мора се наставити испитивање применом даљих критеријума квантитативног одмеравања.

Но ни кумулација интереса, у смислу да један интерес има више носилаца него други, те да би пушење било допуштено ако већина присутних допушта одн. забрањено, ако већина не пристаје(146), не може овде да одлучи. Ради се о истоврсним добрима и интересима, а интерес сваког појединца је вредан заштите, па остали не могу да располажу њиме, жртвујући га својим пристанком.

Али, на страни интереса да се не пушци ангажовани су још неки интереси, кумулисани с њим, због чега он претеже над супротним. Наиме, због своје штетности, пушење је важно и са становишта општег интереса. Каже се, да само када се кроз индивидуалистички растер посматра свет, изгледа као да пушач шкоди једино своме здрављу. Међутим, то што стотине хиљада прерано умире, управо због пушења као једног од узрока, што је пушење један од најчешћих узрока болести, што су погођена и деца и брачни друг пушача, што пушач због болести не може да врши своје улоге у породичној заједници, што непушачи кроз осигурање сnose финансијске последице болести пушача — све то има везе са народним здрављем, са социјалном ситуацијом(147). Томе се може придодати (вероватноћа, ако се не сматра доказаним) да пушење шкоди пасивним пушачима, као и на њиховој страни сличне последице горњима.

в. Само због тога што интерес да се не буде изложен пасивном пушењу претеже, није допуштено без даљег жртвовати други, с њим сукобљени интерес, забрањујући у начелу пушење. Генерална забрана пушења није потребна у интересу пасивних пушача. Више је начина да се остваре оба интереса, не жртвујући ни један. На пример, предвиђањем посебних просторија за пушење (нпр. пушачки део у ресторану, пушачки одељци у возу, одвојена радна места), предвиђањем пауза за пушење (у току рада на састанцима, седницама, скуповима и др.). Не би се смело забранити пушење, а не користити неку од тих могућности ако постоји.

Правило је да ако један интерес није могуће остварити без повреде другог интереса, на други начин треба да оствари свој интерес онај коме је то лакше, када оба могу, или онај коме је то једино могуће. По природи ствари, овде је једино пушач у могућности да на други начин оствари интерес(148), па је он обавезан да напусти просторију да би

(145) С обзиром да никотин спада међу стабилизирајуће и стимулирајуће ноксе. И у медицинци има ставова да су неке такве потребне друштву, о томе упућивање код Joseph H. Kaiser, *op. cit.* у прим. 7), стр. 757.

(146) Да већина може да одлучи, за то су Ferdinand Schmidt, *op. cit.* (у прим. 31), стр. 43, Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 172; да не може, тако Joseph H. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 757 и тв нав., Adolf Wischnath, *op. cit.* (у прим. 7), стр. 43, Rupert Scholz, *op. cit.* (у прим. 40), стр. 21. — Неки подзаконски акти појединих федералних јединица СР Немачке предвиђају да је пушење допуштено само ако се с тим сагласе сви присутни, нав. код Joseph H. Kaiser, *ibid.*, стр. 757.

(147) Dieter Suhr, *op. cit.* (у прим. 12), стр. 171

(148) Основни ефекти пушења могу се постићи и инјекцијом никотина, која изазива исто задовољство као и пушење, уп. Лавослав Глесингер, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 512. Правно се никако не би могло обвезати пушаче на тај начин остваривања интереса, нако би њиме пасивни пушачи били поштедени последица изложености дуванском диму.

пушио. Али и када нема могућности да се на неки други начин оствари интерес пушача, пушење је забрањено, пошто се тај интерес као мање вредан може остварити једино повредом вреднијег интереса.

V ПАСИВНО ПУШЕЊЕ И ДРУГА СУБЈЕКТИВНА ПРАВА И ПРАВОМ ЗАШТИЂЕНИ ИНТЕРЕСИ

Чак и да се порекне да право на здравље или општа слобода личности могу бити основ за забрану пушења, заштита личности од излагања пасивном пушењу може се — у појединим случајевима — извести из других основа. Пушећи, активни пушач неретко омета пасивног да користи нека своја права, да оствари неке правом заштићене интересе. Тако, због пушења које му смета, и да би то избегао, пасивни пушач не може некад да у пуном обиму врши право употребе неких простора и предмета, које му припада на основу уговора о превозу, закупа, других мешовитих уговора, сусвојине и др. Или, изложен пасивном пушењу (због тиме изазване главобоље, мучнине, осећања недостатка ваздуха, смањења концентрације и др.), бива ометен да на радном месту нормално обавља своју дужност, или да врши друга права и обавезе⁽¹⁴⁹⁾. Или, не могавши да поднесе изложеност пасивном пушењу, напушта састанак, избегава да присуствује, одустајући тако од вршења неког самоуправног права, или ако устраје, врши га под отежаним условима.

Основ за заштиту је (повређено или угрожено) дотично право или правом заштићени интерес: излагање пасивном пушењу подједнако је недопуштено као и било која друга радња којом се титулар омета да врши право или оствари допуштени интерес.

VI ПАСИВНО ПУШЕЊЕ И НАЧИНИ ЗАШТИТЕ

1. Најефикаснија је превентивна заштита: створити услове да уопште не дође до нежељеног пасивног пушења. На пример, употреба ефикасних вентилационих система, који уклањају готово потпуно дувански дим из ваздуха (нарочито тзв. вертикална вентилација, под-строп вентилација). Или, одвојени боравак пушача и непушача, на пример такво организовање радних места, да су пушачи одвојени од непушача, такво организовање пружања услуга, да пушачи и непушачи не добијају услугу на истом месту. Или, када је неопходно симултано присуство свих, на пример, такво организовање састанака да се предвиђају паузе за пушење ван просторије.

Материја је очигледно таква да често није ствар појединог пушача или непушача, него да од трећих зависи хоће ли уопште доћи до конфликтне ситуације. Ради заштите здравља одн. слободе личности одн. других права и признатих интереса, могла би се као правна поставити обавеза свих субјеката (организација удруженог рада, јавне управе и др.) с чијом делатношћу у вези може доћи до излагања лица нежељеном

⁽¹⁴⁹⁾ Verwaltungsgericht Schleswig (одлука цит. у прим. 30, стр. 275) изрекао је да организатор скупа, коме је тужилац обавезан да присуствује, мора да га ослободи од сваког сметања, које не произилази нужно из циља скупа, а пошто сметање услед пушења других учесника није покривено циљем скупа, мора да забрани пушење.

пасивном пушењу, да, када за то постоји могућност, примене мере које спречавају да дође до тога. Ако их не примене, или примена није могућа, или уопште нема начина да се спречи излагање таквом пасивном пушењу, важила би забрана пушења. Забрана пушења није примарно средство, већ *ultima ratio*.

2. Повреда забране пушења (у интересу пасивних пушача), могла би се санкционисати прекршајно-правно и радно-правно(149а). Што се тиче грађанског права, као најважније у обзир долазе тужба за пропуштање и тужба за уклањање(150). Закон о облигационим односима условљава ове облике заштите постојањем неимовинске штете или могућношћу да она наступи, и (кадгод је у питању систем субјективне одговорности) кривицом(151). Будући да ће неимовинска штета (како је код нас одређена и схваћена) ретко наступити у вези са излагањем лица пасивном пушењу, заштиту би ваљало остваривати истим тим тужбама, али изведеним — без наведених претпоставки — из уставне гаранције заштите личности и свих потребних облика њене судске заштите(152)(153).

(149а) Закон о заштити на раду СР Хрватске (цит. у прим. 9а) не предвиђа средства заштите за случај повреде забране пушења.

(150) Када лица не могу вршити своја имовинска права без тесног контакта с другима (разни видови судржавине), у обзир долази и државинска тужба.

(151) Чл. 157, 199.

(152) Да се те тужбе могу употребити — без наведених претпоставки — за заштиту личности права, изводећи их из чл. 176 и 203 Устава СФРЈ и одговарајућих одредаба осталих устава, уп. Владимир В. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 112), н^о 106, 109, стр. 927, н^о 119, стр. 930, Alojzij Finžgar, *Vrstvo osebnostnih pravic po zakonu o obligacijskih razmerjih*, „Правник“, бр. 10-12/1980, стр. 302. Темељиту критику решења какво је усвојено у ЗОО, као неефикасног управо због спутаности наведеним претпоставкама, уп. код Славица Крнета, *Законодавно регулисање заштите личних права с освртом на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима*, „Правна мисао“, бр. 1—2/1970, стр. 36 и д., *иста*, *Заштита личних неимовинских права у југословенском правном систему*, „Правна мисао“, бр. 9—10/1974, стр. 12 и д.

(153) *Накнадна напомена*: Након што је рад већ био довршен, објављена је и одлука Oberlandesgericht Hamm 7 Vollz (Ws) 225/81, од 1. 3. 1982, „Neue Juristische Wochenschrift“, бр. 11/1983, стр. 583 и д. Суд је усвојио жалбу једног лица лишеног слободе, уложену против одлуке којом је одбијен његов захтев да се при недељном заједничком гледању телевизијског програма одвоје пушачи од непушача, будући да густ дувански дим у тв-сали шкоди његовом здрављу. Суд се позвао на одредбу која обавезује казнено-поправну установу да брине о телесном и душевном здрављу лица лишених слободе. Навео је да је у медицинској науци спорно шкоди ли пасивно пушење здрављу, да је став мањине потврдан, да претеже мишљење да по садашњем стању научних знања шкодљивост није доказана, да су последице пасивног пушења у правилу обична оптерећења, да је извесно да пасивно пушење може довести до надражаја у очима, носу, дисајним путевима и тако до знатног оптерећења. Та знатна оптерећења — главобоља, печење очију, кашљање, промуклост и др. — која настају као последица изложености пасивном пушењу, представљају повреду здравља. Када она могу да наступе (а што зависи од просторних прилика, проветравања, трајања пушења), казнено-поправна установа је дужна да предузме подесне мере, док багателна оптерећења не стварају такву обавезу. (Суд је упутно нижу инстанцу да утврди како је у конкретном случају.) — Одлуку, дакле, треба придружити онима које се темеље на праву на здравље (III, 1), које сматрају да пасивно пушење може да шкоди здрављу, да главобоља, печење очију и др. — као знатна оптерећења — јесу повреде здравља (прим. 70), а да багателна не легитимишу на заштиту (прим. 116). Одлука се донекле уклапа и у контекст заснивања заштите на повреди других права и интереса (V), јер у образложењу наводи да лице може да оствари право праћења тв-програма и задовољења потребе за информисањем, образовањем, развојем, само по цену пасивног пушења. (Даље, међутим, заштиту не гради на томе, већ на праву на здравље.)

SUMMARY

THE LEGAL PROBLEMS OF PASSIVE SMOKING

The central issue (Part I) is whether, and when, the passive smoker has the right to demand the prohibition of smoking, and to impose the legal obligation not to smoke upon the active smoker. There is no basis (Part II) for the thesis that this problem falls into the category of the so-called „legal vacuum”; this relationship can and should be legally regulated. No, this is not really a matter of legal vacuum: the prohibition of smoking in the interest of passive smokers rests on several legal bases. Firstly, on the right to (enjoy) health (III), smoking can be prohibited at the stage when the concentration of smoke in the air begins to provoke the biting of the eyes, headaches, cough etc. Due to the assumption that passive smoking may also be the cause of cancer, any exposure to passive smoking can be prohibited on the basis of the right to (enjoy) health: in the case of cancerogenic matter there is no maximum of permitted concentration, the risk is always there. Secondly, on the right to individual freedom (including the freedom from harassment) (Part IV), rests the prohibition of smoking which does not result in the mentioned consequences — detriment to health (biting of the eyes, etc.), but harasses the passive smoker (lack of fresh air, nausea etc.). Certain personal rights and the legally protected interests (leasing, self management rights etc.) (Part V) are the basis for the prohibition of smoking which directly prevents the title-holder from exercising these rights. It is (Part VI) possible to impose obligations (duties) on various factors to take preventive measures (separation of the place of work, air ventilation systems, breaks for smoking, etc.). If measures have not been taken, resulting in detrimental or harassing passive smoking, smoking is prohibited. Proceedings in a civil suit may also be taken (suit for omission-failure, suit for removal).

RÉSUMÉ

LES PROBLEMES JURIDIQUES DE L'ACTION DE FUMER PASSIVE

La question centrale est la suivante (première partie): est-ce que le fumeur passif a le droit et quand il a le droit à la défense de fumeur, et, le fumeur actif l'obligation juridique de ne pas fumer. La thèse n'a pas de fondement (deuxième partie) selon laquelle ce problème fait partie du domaine appelé juridiquement libre: le rapport peut et doit être juridiquement réglé. De même il ne s'agit pas d'une lacune juridique: la défense de fumer dans l'intérêt des fumeurs passifs est basée sur plusieurs fondements juridiques. En vertu du droit à la santé (III) on peut défendre de fumer quand la fumée tabac atteint la concentration qui chez les fumeurs passifs provoque l'inflammation oculaire, le mal de tête, la toux; etc. En raison de la possibilité que l'action de fumer passive provoque le cancer on pourrait en vertu du droit à la santé interdire toute tentative de s'exposer à l'action de fumer passive: chez les matières cancéreuses il n'y a pas de plus haute concentration autorisée, de sorte que le risque existe toujours pour la santé. Sur la base de la liberté générale de la personne (la liberté contre le dérangement y comprise) (quatrième partie) repose la défense de fumer qui ne provoque pas les conséquences mentionnées pour la santé (l'inflammation oculaire etc.) mais provoque le dérangement des fumeurs passifs en provoquant le sentiment du manque d'air, des dispositions à éprouver dégoût etc.). Certains droits subjectifs et intérêts garantis par le droit (le bail, les droits

autogestionnaires etc.) (cinquième partie) servent de base à la défense de fumer qui entraînent le titulaire de les exercer. Il est possible d'obliger (sixième partie) les différents sujets à observer les mesures préventives (les postes de travail séparés, les systèmes de ventilation, les pauses pendant lesquelles on peut fumer, etc.). Si les mesures ne sont pas appliquées et s'il arrive que l'action de fumer passive se manifeste qui en causant des dommages et des dérangements l'action de fumer est interdite. On peut réagir aussi par les plaintes de droit civil (la plainte pour l'omission, pour l'élimination).