

Г. Закључак

Приказани уџбеник заслужује похвалу не само као одличан приручник за студенте правних факултета, него и као узор за њихове наставнике. Из њега студенти могу лако да виде шта и како треба да науче за свој будући позив, а наставници – шта и како треба да предају. Читајући га долазимо до закључка да је писање уџбеника ванредно тежак и одговоран посао, који нипошто није за младе и недовољно искусне наставнике. Аутор је пружио уверљив доказ да уџбеник не мора да буде опширан да би био добар. Напротив, пожељно је да буде концизан и јасан, како би га неискусни студенти разумели и запамтили. Веома је важно да се у тој књизи не причају приче које нису у матици стварног живота и којима је циљ да покажу велику ученост писца. Уџбеник је као језеро у које се уливају многи потоци и поточићи, што га лако могу замутити. Зато воду која у њега притиче ваља непрестано филтрирати и бистрити, да би била „питка“. То Ритерсу савршено полази за руком.

Јаков Радишић

Festschrift für Erwin Deutsch. Zum 70. Geburtstag
(Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, München,
1999, XII+1029)

А. Карактер дела

1. Немачки правници имају дугогодишњу и лепу традицију да својим истакнутим колегама, поводом неке њихове годишњице, посвећују зборнике радова, тзв. *сјоменше* (*Festschriften*). Пред нама је управо једна таква споменица, посвећена Ервину Дојчу (*Erwin Deutsch*), а поводом његове седамдесетогодишњице и пензионисања. Њу су уредила четворица немачких професора универзитета, којима је Дојч био и „*Doktorvater*“ и ментор за њихове „*Nhabilitationschriften*“. Да је ова споменица припремана са особитим поштовањем према слављенику, у то нас уверава и њен опсег од преко хиљаду страница. Ту су здружени прилози не само немачких аутора него и аутора из многих других земаља света. Јер Дојч је правник од међународног угледа и значаја. Стога налазим за потребно да читаоцима овог приказа представим најпре њега, па потом садржину зборника.

2. Дугачак је списак послова које је Ервин Дојч обављао и на којима се доказивао као изврстан стручњак. Пре свега, треба споменути његов професорски рад на Универзитету у Гетингену, у раздобљу између 1963. и 1999. године. Сем тога, био је дугогодишњи судија Врховног земаљског суда у Селе-у, члан комисија немачког Бундестага за израду закона, члан других стручних тела и организација, домаћих и међународних. Као истакнути стручњак из области грађанске одговорности и из медицинског права, стекао је више почасних доктората, међу којима и два доктората медицинских наука. Захваљујући својим интензивним међународним контактима, међу иностраним правницима познат је готово исто колико и међу домаћим. Као гостујући професор држао је предавања на универзитетима у САД, Новом Зеланду, Јужној Кореји и Јужноафричкој Републици, у Јапану и Кини. Још на почетку своје каријере, 1957. године, стекао је титулу Master of Comparative Law у Њујорку. Наши правници имали су прилику да га и лично упознају 1986. године, као специјалног госта Правног факултета у Београду и Правног факултета у Крагујевцу. То гостопримство он је њима више пута узвратио, као домаћин на своме факултету и као директор Института за медицинско право у Гетингену.

3. Међутим, Дојч није познат само као професор и члан многих експертских тимова, код куће и у иностранству, него особито као веома плодан правни писац-компаративиста. Написао је дванаест монографија, мноштво чланака, рецензија и коментара објављених одлука врховних судова Немачке, а бавио се више пута и уредничким пословима. Популарност у стручним круговима стекао је нарочито као аутор следећих радова: *Haftungsrecht*, erster Band: *Allgemeine Lehren*, 1. Auflage 1976, 2. Auflage 1996; *Medizinrecht*, 1. Auflage 1983, 4. Auflage 1998; *Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz*, 1. Auflage 1987, 3. Auflage 1995; *Versicherungsrecht*, 1. Auflage 1984, 3. Auflage 1993; *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1. Auflage 1963, 2. Auflage 1995; *Das Recht der klinischen Forschung am Menschen*, 1979; *Rechtsprobleme von AIDS-HIV-Test, Infektion, Behandlung, Versicherung*, 1988.

Б. Садржина дела

1. Књига почиње биографским написом о слављенику, са упадљивим насловом: „Ервин Дојч, правни научник, судија и саветник за правну политику“. На крају следи дугачак списак Дојчових објављених радова (на пуних 30 страна!), а потом списак аутора свих прилога, са подацима о њиховом стручном профилу и занимању. Између ових крајњих места ређају се један за другим 63

чланка, распоређена у три одељка који су различито насловљени. Сви ти чланци односе се на проблематику којом се и сам Дојч, у својим радовима, бавио; представљају, дакле, неку врсту „кореспонденције“ са слављеником. С обзиром на њихов толики број, није целисходно да их све набрајам, па ћу указати само на неке од њих. Због штедне простора, изоставићу и имена аутора чланака које ћу назначити, јер сматрам да читаоцима она нису толико битна.

2. Први део зборника носи наслов „Право о одговорности и његово спровођење“. У њему је смештено 25 чланака различитих аутора, међу којима су и ови: „Размишљања о новом европском деликтном праву“; „Болнина у Европи“; „Недопуштена корист као штета“; „Проблематика која се тиче одговорности због штете од електросмога“; „Одговорност због загађивања околине по турском праву“; „Одговорност због штете пушача“; „Сигурност производа и одговорност за производ“; „’Строга’ одговорност за штету од производа у Америци и у Европи“; „Шкођење путем закључења уговора“; „О ограничењу права на нужну одбрану због провокације“; „Идеје о противправности као претпоставци одговорности због угрожавања“; „Начело и границе приписивања последица у праву о накнади штете“; „Развој и тенденције одговорности за производ у Кореји“; „Тужба у иностранству као деликт у домаћој земљи“.

3. Наслов другог дела зборника гласи: „Одговорност лекара, биоетика, право о лековима“. Ту се налази чак 31 чланак, разних аутора, међу којима су и: „Клиничко испробавање патентираних лекова – о патентноправној привилегији огледа“; „Лечити или пустити да умре? – мишљење са становишта правне догматике и упоредног права о прекидању медицинског третмана којим се одржава живот“; „Одговорност лекара“; „Геном, патенти и људска права“; „Клиничко испитивање лекова и комисије за етику – правни проблеми и њихов развој“; „Швајцарски Преднацрт закона о хуманом геному“; „Неке новине у развоју одговорности лекара у САД“; „Доказ на први изглед у парницама против лекара“; „О слободи лекарског занимања“; „О независности лекара и о односу лекар–пацијент“; „Одговорност лекара у Јапану“; „Регрес послодавца према лекару-чиновнику“; „Слика лекара у јавности – лекари и рекламирање“; „Претпостављени пристанак код медицинских захвата“.

4. Трећи одељак има једноставан наслов: „Вариа“. Састоји се од седам чланака, а међу њима су и ова три: „Одговорност банке за масовна неправилна финансирања фидуцијарних модела“; „Неортодоксне идеје код учења о предмету спора у грађанској парници“; „Принудно извршење у државама Европске уније“.

В. Одабрана места

Није готово ни потребно истицати да у овој замашној књизи има пуно интересантних радова које би вредело приказати. Али, пошто је то немогуће, одабрао сам само три.

І. Недопуштене користи као штета

1. Аутор овог прилога је познати професор Универзитета у Бечу, Франц Бидлински (Franz Bydliniski). Већ на самом почетку, он ће истаћи да недопуштене користи, нарочито недопуштене или забрањене добити, не представљају штету која је подобна за надокнаду. Ово неписано правило начелно је прихваћено у многим правним порецима, па и у земљама немачког говорног језика. Међутим, домаћај његове примене није сасвим сигуран, јер постоји низ стварних или привидних изузетака, који су предмет различитих мишљења (стр. 63).

2. Писац констатује да се проблем недопуштене користи или добити појављује у пракси у различитим облицима. Чак и случај пуког криминалног прихода што га од жртве задобије злочинац, био је предмет правне оцене у литератури. Али су у центру пажње нарочито делатности које представљају прекршаје управноправних прописа, од којих се очекивало да донесу зараду коју је онемогућио штетник. На пример: привредна делатност или градња без потребне дозволе; продаја којом се крше прописи о цени; споредан рад у својству правног саветника који неовлашћено обавља државни службеник. Сем тога, негативно су оцењени добици остварени кршењем уговорних обавеза, користи од неовлашћене државине ствари, користи до којих се дошло противно прописима о радном времену или прописима о нелојалној конкуренцији (стр. 64).

3. Бидлински истиче да је нарочиту пажњу правника привукао проблем губитка зараде проститутке повређене у саобраћајном удесу, за који је одговоран неко трећи. Према ранијем схватању, због губитка такве неморалне зараде, као и зараде која би се остварила изнајмљивањем стамбеног простора ради проституције, накнада штете није долазила у обзир. Али је доцније Савезни врховни суд Немачке признао проститутки део накнаде, у висини прихода који омогућује њену егзистенцију и који би, сходно искуству, могао постићи сваки здрав човек. Међутим, Савезни врховни суд Аустрије и Савезни суд Швајцарске, полазећи такође од гледишта да су уговори са проституткама неморални, досудили су тако да повређена проститутка изгуби целу зараду (стр. 65). Бидлински примећује да је у прилог овом гледишту истицана, пре свега, разлика између „истински забрањених“ или „недопуштених“ делатности и „пуких“ неморалних радњи које се не одобравају. Он сматра

да је ова аргументација погрешна, јер су добри обичаји, одговарајућим прописима немачког, швајцарског и аустријског права, инкорпорисани у правни поредак. Стога су делатности забрањене добрим обичајима у исти мах и правно забрањене. Прихватљив би могао бити само аргумент да проститутка примљену надокнаду не мора да врати, и да у том смислу њена зарада треба да буде правно заштићена. Другим речима, право које се тиче накнаде штете треба да гарантује заштиту прихода који би она вероватно заиста остварила (стр. 65).

4. И покушај да се прикривањем одређених прихода, односно имовинских вредности заобиђе законска обавеза плаћања пореза, циља такође на стицање противзаконите добити. Стога се поставља питање може ли утајивач пореза тражити обештећење од свог уговорног партнера који га је, кршењем уговорне обавезе да чува тајну, натерао да порез плати? Тај проблем се појавио конкретно у швајцарској правној пракси. Радило се о немачком држављанину који је имао новчани улог код једне швајцарске банке, али га није пријавио девизним органима у Немачкој. Службеник банке сачинио је списак ималаца непријављених девизних улога, како би од њих изнудио новац на име мита. Тај списак је доспео у руке немачких цариника и Немац-штедиша морао је да плати одговарајући порез држави. Међутим, он тужи банку и тражи да га обештети за плаћени износ. Апелациони суд у Базелу потврдио је, начелно, одговорност банке због непоштовања обавезе чувања тајне о новчаном улогу, али је истовремено одбио захтев за обештећење, јер је применио међународно правно правило о неподобности недопуштених добити да буду предмет надокнаде. Суд је, наиме, сматрао да тужилац свој улог код банке није смео скривати јер је плаћање пореза грађанска дужност која се мора испунити (стр. 66). Други сличан случај, који се тиче једног француског пореског обвезника, решио је Савезни суд Швајцарске. Но, штета коју је ваљало проценити није се састојала из недопуштене користи од избегнутог пореза, него из плаћене новчане казне због финансијског прекршаја. Могућност њеног преваљивања на банку Суд је одбацио с позивом на лични, репресивни карактер и непреносивост на другог (стр. 66).

5. Бидлински констатује да је швајцарска правна теорија одобрила овакву судску праксу. Без обзира на то што штета свакако постоји, због недопустивости пореских манипулација, потребно је извршити правно ограничавање дужности надокнаде. При томе се ваља руководити идејом да правни поредак не сме запасти у противречност са самим собом, те да ниједна област права не сме заобилазити основне вредности неке друге области права (на пример, пореског или кривичног права). Ономе ко порески дуг прикрије, не треба дозволити да плаћени порез превали на трећег, без

обзира на то што криво понашање трећег које је са тиме повезано није санкционисано приватним правом. Али, ако порески саветник не испуни како ваља своје уговорне обавезе, па порески обвезник зато не искористи законску могућност да избегне плаћање пореза, тада, без оклевања, постоји дужност да се штета надокнади (стр. 67).

6. Писац сматра да швајцарску праксу и теорију треба следи-ти, јер не види никакав разлог који би допустио изузетак од основ-ног правила које се тиче забрањене користи. Али се уједно пита да ли је у датом случају примена тог правила била уопште потреб-на. Јер према обичном појму штете у смислу имовинске диферен-ције, код пореског обвезника не постоји таква негативна разлика. Порески прекршаји који настају прикривањем прихода и који изис-кују доцнију наплату пореза, остварили су се знатно пре него што су надлежни порески органи сазнали за њих захваљујући кршењу уговорне обавезе да се гарантује тајност улога. У имовини ште-дише код банке, порески дуг, као негативан састојак, настао је већ извршењем финансијског прекршаја. Тај већ постојећи *passivum* не зависи од откривања тајне. Неизбежним плаћањем пореског дуга, услед одавања тајне, дужник се ослобађа од номинално једнаког мањка у имовини, тако да у његовом коректном имовинском би-лансу не настаје никаква негативна промена. Самим тим недостаје и штета у општем смислу имовинске диференције (стр. 67-68). Али ће писац приметити да просто решење, помоћу обичног појма штете по диференцијалном рачуну, ипак није довољно. Јер између потраживања пореског дуга и његове исплате постоји само номи-нална подударност, док је њихова вредност различита. Прво, од-ложеном исплатом дуга он бива увећан за износ камате која му се придодaje. Друго, дужник је имао шансу да прикривањем прихода порез уопште не плати, а банка му је откривањем тајне о његовом девизном улогу ту шансу упропастила. Стога случај ваља решити помоћу основног правила о недопуштеној добити (стр. 68).

7. Међутим, пракса је показала да су многе појединости – оне које се тичу примене основног правила о недопуштеној користи и његовог домашаја – биле и остале спорне. Да би разјаснио спорне тачке и покушао да њихова решења систематски образложи, писац посебно излаже: 1) Зависност или независност правила о накнади штете у облику недозвољене добити од важности уговора који добит доноси, кад би уговор био закључен и без штетног догађаја; 2) Третман очекиване добити из неважећих уговора ако би она, ипак, коначно припала стицаоцу; 3) Проблем везан за делатности за које је потребна дозвола у случају кад би се дозвола, да је тражена, могла и добити; 4) Недопустивост добити која се састоји „само“ из повреде приватног права (стр.78–84).

II. Одговорност због штете коју претрпе пушачи

1. Аутор овог прилога је Ханс Јозеф Кулман (Hans Josef Kullmann), бивши судија Савезног врховног суда Немачке. Он расправља о питању да ли произвођачи цигарета треба да одговарају за штету коју претрпе пушачи. У Немачкој и у неким другим европским државама, то питање се почело често постављати после чувене одлуке једног поротног суда у Флориди, у лето 1996. Том одлуком произвођач цигарета је осуђен да једном дугогодишњем пушачу, оболелом од рака у грлу, плати 750.000 америчких долара. Суд је сматрао да је тужени крив зато што тужиоца није благовремено упозорио на опасност од зависности коју пушење изазива. Додуше, обавеза упозорења уведена је у САД 1966, али је тужилац још 1947, као седамнаестогодишњак, започео са пушењем и пушио је све до 1991, не знајући на почетку ништа о опасностима зависности од никотина.¹

2. Писац сматра да као могући правни основи ове одговорности долазе у обзир § 823 немачког Грађанског законика (скраћено: BGB) и Закон о одговорности за производе са недостатком. Те две могућности он испитује потпуно одвојено и, за разлику од неких других немачких правних писаца,² долази до категоричког негативног закључка. При томе се позива и на сличан став аустријских правника.³

a) § 823 BGB

1. Кулман тврди да произвођач робе уопште може одговарати по § 823 BGB само ако је прекршио обавезу да осигура безбедан саобраћај са другима, и уколико је корисник његовог производа или неко трећи претрпео штету на правним добрима која су у том пропису наведена. Према правној пракси Савезног врховног суда Немачке, повреда обавезе да се осигура безбедно саобраћање са другима може се извршити у свим делатностима што их предузеће обавља: приликом развијања или конструкције производа, приликом његове израде и испоруке, па чак и после тога. Јер у свим овим фазама могу настати опасна стања од којих је произвођач дужан да штити сва лица која његов производ користе или са њиме долазе у додир. Сходно томе, производ може имати недостатке у конструкцији, у изради, у инструкцијама и у праћењу како се производ понаша током употребе (стр. 217–218).

1 Наведено према: Erich Steffen, „Produzentenhaftung für Raucherschäden in den USA“, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 46/1996, стр. 3062–3063.

2 Пре свега, Eike von Hippel, „Ersatz von Tabakschäden“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, бр. 1/1998, стр. 6–7.

3 О томе видети: Peter Bydlinski, „Produzentenhaftung für Raucherschäden nach oesterreichischem Recht?“, *Oesterreichische Juristen-Zeitung*, бр. 10/1997, стр. 378–387.

2. Да би избегао недостатак у конструкцији који производ чини несигурним, произвођач је дужан да предузме све припремне радње које су објективно могуће. С друге стране, његови производи морају бити безбедни само онолико колико од њих очекује *ipso facto*. Опасности које су типично повезане са употребом производа корисницима су већ познате и они рачунају са њима, па стога произвођач није дужан да их отклони. Производи од дувана садрже штетне састојке (никотин и катран) који су у стању, барем код активних пушача, зависно од њихове конституције и интензитета пушења, да изазову обољења крвних судова, карцином на усној дупљи, на плућима, у подручју стомака, и на мокраћном мехуру. Међутим, те опасности су просечном пушачу познате. У многим случајевима деца о томе сазнају од својих родитеља или у школи. Писац напомиње да Савезни центар за здравствено обавештавање већ годинама спроводи специјалну кампању усмерену према деци, под мотом: „Може се и без дима!“ О штетним последицама пушења и о ризицима за дете у утроби мајке која пуши, као и приликом рођења, грађани се одавно обавештавају путем специјалних публикација и путем извештаја у дневној штампи. Сем тога, произвођачи су по закону дужни да на паковању цигарета истакну упозорење: „Пушење угрожава здравље.“ Најпосле, још од Марка Твена је општепознато да уживање никотина може изазвати зависност од цигарета, због чега пушачи веома тешко одустају од пушења. Стога изостанак упозорења на паковањима цигарета није од утицаја на одговорност произвођача (стр. 218–219).

3. Имајући све то у виду, Кулман закључује да произвођач цигарета, начелно, не одговара пушачима по § 823 BGB због штете коју узрокују никотин и катран. Одговорност због недостатака у конструкцији цигарета могла би доћи у обзир само у случају кад оне садрже више штетних састојака него што је допуштено и на паковању назначено. Ако би цигарете садржале и друге, досад непознате састојке, или ако би већ познати и допуштени састојци, противно досадашњем очекивању, показали извесна штетна дејства, произвођач такође не би одговарао по § 823 BGB. Јер њему се не могу уписати у кривицу штетна својства цигарета која су у тренутку пуштања у промет, према постојећем стању науке и технике, била непредвидљива и неотклоњива. Кратко речено, произвођач не одговара за тзв. опасности развоја (стр. 220).

4. Писац подвлачи да инструкцијски недостаци имају у пракси највећи значај и представљају највећи ризик од одговорности. Они се свде на изостанак потребног обавештења о својствима производа и упозорења на опасности. Али се сматра да потрошачи не морају бити упозорени на оно што је општепознато. Сходно томе, произвођач цигарета није, начелно, дужан да упозори на опште-

познате опасности од пушења по здравље пушача и на психичку зависност, јер пушачи већ рачунају с тим ризицима. Довољно је ако се на паковању назначи оно што законодавац захтева: „Пушење угрожава здравље.“ Сем тога, произвођачи морају указати на меру концентрације штетних материја у цигаретама, тако да потрошачи виде разлику између појединих врста цигарета (стр. 221–223).

б) Одговорности по Закону о одговорности за производе са недостатаком

1. Овај немачки закон утврђује одговорност произвођача производа чији је недостатак узроковао нечију смрт, телесну повреду, оштећење здравља или неке ствари. Произвођачем у смислу овог закона сматра се онај ко је произвео финални производ, основни састојак или део производа, али и онај ко се, стављањем свога имена, свог робног знака или неког другог знака распознавања, представља као произвођач. Затим, као произвођач важи и сваки испоручилац безименог производа, уколико у року од месец дана после истакнутог захтева за обештећење не означи стварног произвођача или лице које је њему производ испоручило. Најпосле, положај произвођача има и онај ко производ увезе или унесе на подручје за које важи Споразум о европском привредном простору (стр. 226).

2. Писац наглашава да производ, по закону, има недостатак ако не пружа сигурност која се од њега, с обзиром на све околности, може оправдано очекивати. Али законодавац не мисли при том на представе о сигурности конкретног купца, него на објективно мерило. Оцена очекивања сигурности зависи од тога шта просечан корисник или потрошач конкретног производа објективно очекује. Представе о сигурности корисника чије је искуство и знање мање од просечнога, у начелу нису од значаја. Другим речима, евентуално незнање и неискуство тих лица не чини производ манљивим чак ни за њих саме. За одговорност произвођача дуванске робе то може бити од великог значаја. Очекивање сигурности дуванских производа допушта, сасвим уопштено, могућност да се остваре познате опасности по здравље, тј. да код пушача настане обољење дисајних органа и крвних судова. Такве опасности, које су својствене овим производима, потрошач узима у обзир; он се њима свесно излаже, па зато не треба сматрати да због њих цигарета има недостатак. Отуда, за такве штете произвођач цигарета не одговара пушачу ни по Закону о одговорности за производе са недостатком (стр. 227).

3. Што се тиче искључења одговорности произвођача једног дела производа или основног састојка, коју Закон налаже, Кулман

сматра да она за индустрију цигарета једва да има неког значаја. Закон, наиме, искључује одговорност наведених лица у случају кад је недостатак узрокован конструкцијом производа у који је уграђен њихов део или основни састојак. Али је услов за ослобађање тих лица од одговорности то да она нису имала никаквог утицаја на конкретно уграђивање њиховог производа у финални производ. Произвођач дувана као снабдевач индустрије цигарета не одговара већ ни зато што непрерађени пољопривредни производи (па и дуван) не потпадају под појам производа на које се овај закон односи. Али, ако произвођач цигарета узме и обради неподесан папир па у њега завије дуван, тада би произвођач папира могао бити ослобођен од одговорности само уколико није знао у коју ће сврху папир бити употребљен. Но, такав случај у пракси једва да је могућ (стр. 227).

Ш. Однос права према људском животу пре рођења

а) Почетак људског живота

1. Овај чланак написао је Франческо Донато Буснели (Francesco Donato Busnelli), професор Универзитета у Пизи. Он задати проблем разматра са становишта италијанског права. Започиње констатацијом да италијански правници, полазећи од наслова прве свеске чувеног дела Нормана М. Форда, постављају све алармантније драматично питање: Шта о људском животу пре рођења каже право? Буснели резигнирано констатује да би правник који се држи италијанског Грађанског законика требало на то питање да одговори: „Ништа или готово ништа.“ Члан 1 овог законика искључује категорички „правну способност“ људског бића пре рођења. Извесна права која он у корист нерођеног живота признаје и која зависе од догађаја рођења, јесу готово искључиво имовинског карактера. Међутим, правник који има у виду прву норму италијанског Закона о добровољном прекиду трудноће, могао би, искушавајући кога, да на наведено питање одговори са: „Све или готово све.“ Јер члан 1 овог закона гарантује „заштиту људског живота од његовог почетка“; док његове даље одредбе допуштају да се та заштита жртвује само у оквиру тачно одређених временских граница и у случају „озбиљне“, односно „тешке“ опасности за телесно или психичко здравље мајке. Та норма, ако се извуче из њеног контекста, показује сву своју двосмисленост. Зато се питање помера: „Када заправо почиње људски живот пре рођења?“ (стр. 495).

2. Писац држи да италијански правни поредак нема тачан одговор на ово ново питање. На њега није одговорио ни Закон о добровољном прекиду трудноће нити неки други пропис. Стога се правник осећа упућеним на систем норми које карактеришу суп-

ротности између Грађанског законика и посебних закона и правне празнине. Он је тако принуђен да плови насумце, без хидрографске карте, тј. без правила, и да се управља према „фиксним звездама“, тј. према принципима на које мора да се ослања да би на њима засновао решење конкретног случаја. То је Албрехт Р. Јонсен сликовито означио као „четири основна природна закона“ америчке биоетике: аутономија, благонаклоност, правичност и нешкодљивост (стр. 495).⁴

б) Карактеристични случајеви

1. Буснели ће истаћи да је пракса пуна проблематичних случајева који угрожавају „крхки речни чамац“ правника. Он указује само на три таква случаја, која му изгледају особито значајна јер наглашавају развој људског живота пре рођења, у његовим најважнијим тренуцима. Први и најновији јесте енглески случај: Беба Ј. налазила се пред скорим рођењем. Лекар је обавестио мајку да се једино порођајем помоћу царског реза може избећи опасност од унакажења детета. Мајка је, међутим, одбила да пристане на царски рез, па је зато порођај обављен природним путем, и том приликом је дошло до предочених последица (стр. 496).

2. Други случај је немачки, познат као Дете из Ерлангена. Мајка је, после тринаест недеља трудноће, претрпела саобраћајни удес и налазила се у стању мождане смрти. Лекари су одлучили да помоћу вештачких плућа одржавају мајку у животу, како би дете могло да дође на свет живо. Али је дете ипак рођено мртво (стр. 496).

3. Трећи случај десио се у САД. Он је познат као случај *Davis v. Davis*. Наиме, брачни пар Давис допустио је да се изврши вештачко оплођење њихових оплодних ћелија *in vitro*. Пошто прва имплантација у материцу жене није успела, седам ембриона је чувано у замрзнутом стању, у очекивању да се доцније предузму нови покушаји. Међутим, супрузи су у међувремену покренули поступак за развод брака и почели су да се споре око тога коме од њих припада право да располаже „малим близанцима“. Судије државе Тенеси, у првом и другом степену, донеле су различите пресуде (стр. 496).

в) Правне методе образовања њихових правила

1. У односу на наведене случајеве, Буснели сматра да је први задатак правника да развију метод истраживања за њихово систе-

⁴ А. Р. Јонсен, „Clinical Ethics and Four Principles“, у: R. Gillon (уредник), *Principles of Health Care Ethics*, 1994, стр. 18 и даље.

матско решење. По њему, теоријски су могуће три методе, и све три већ имају своје поборнике. Прва метода своди се на предлог да се изврши пресек који развој ембриона дели на различите фазе. Посебно је издвојена тзв. *предембрионална фаза*, која се окончава са појавом ембрионалне линије, што бива, отприлике, четрнаестог дана после зачећа. Такво разликовање је прихваћено у енглеском и шпанском закону о вештачком оплођењу (стр. 496).

2. Поборници друге методе полазе од премисе да је људски живот пре рођења један *continuum* и да се он не може делити на различите фазе. То гледиште је заступљено у члану 70 аргентинског Грађанског законика (стр. 497). Присталице треће методе полазе од исте премисе али долазе до потпуно супротног закључка. Они фетус и дете третирају као „примере нељуди“ и смело закључују: „Уместо илузорног разликовања предембрионалног и ембрионалног стања, морамо спознати да чињеница што је реч о живом човечијем бићу није довољна за одговор на питање је ли допуштено да се њему живот одузме“. Тај закључак дозвољава „да се о животу и смрти фетуса, као и детета, одлучи на основу оцене њиховог квалитета живота“ (стр. 497).

*џ) Избор метода прихватљиво̄ за италијански
правни поредак*

Писац тврди да методска доследност принуђава италијанског правника на основни избор између описаних метода. При том упозорава да се они који проблематичне случајеве морају да реше не смеју руководити својим осећањем, образовањем или идеологијом, него уставним принципима правног система. То су за њих „фиксне звезде“ према којим се оријентишу морепловци. Трећа описана метода, сматра Буснели, највише је удаљена од уставних принципа италијанског правног поретка, док је прва нешто ближа тим принципима али није са њима и подударна. Једино је друга метода у складу са тим принципима. Она је отеловљена у Грађанском законик у Аргентине и представља модернизацију познатог става римског права: „*Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*“ (Dig. 1, 5, 26). Гаранција заштите људског живота од његовог почетка у стању је да отклони све нејасноће, ако се она повеже са даљом и динамичком представом коју уставни принципи дају човековој личности: човек је у своме „развоју“ заштићен динамички, и функционално је оријентисан у правцу „потпуног развитка“. Само оваквим тумачењем могуће је оправдати значајан исказ Уставног суда Италије, којим је лаконски потврђено „право нерођеног на живот“, уз напомену да је „тај принцип... током година, и на међународном и на светском плану, стицао све више признања“ (стр. 499).

g) Примена основних начела на сјорне случајеве

1. Писац ће утврдити да настојање да се на питање о значају двосмислености израза „заштита људског живота од његовог почетка“ даде одговор који је у складу са Уставом, није довољно да би се решили сви проблеми које спорни случајеви изазивају. Стога би у случају бебе Ј. одговорност лекара ваљало искључити. Јер његово пропуштање да изврши царски рез може се оправдати принципом из члана 32, став 2 италијанског Устава, по коме се нико не сме принудити на одређену медицинску интервенцију (осим у случају кад то закон допушта), па ни мајка није могла бити принуђена на царски рез. До таквог решења дошли су и енглески судови, али то решење није сасвим уверљиво ако се има у виду чињеница да се одбијање не тиче само мајке него и детета. Треба мислити и на неправичну неједнакост правног третирања детета које треба ускоро да се роди и детета које је тек рођено. У праву су они који кажу да „рођење за дете не представља разлику у статусу већ једино разлику у степену“, те стога изгледа да постоје само две могућности: или да се заштита живота и здравља гарантује и нерођеноме, или се мора допустити убиство детета. Ако се одбаци друга могућност, по италијанском праву остаје само прва. Стога лекар треба да интервенише, пре свега, ако постоји стање хитности, као што је случај са бебом Ј. Јер члан 34 Закона о лекарском занимању прописује да пацијенту који у пресудном моменту није способан да исказе супротну вољу, треба пружити помоћ која му је неопходна (стр. 500).

2. Буснели мисли да је случај са Дететом из Ерлангена још тежи. Па ипак, њему се чини да је етички и правно оправдано настојање лекара да се спасе живот фетуса у утроби умируће или већ умрле мајке, ако је то са становишта медицинске науке могуће. При томе се поново позива на италијански Закон о лекарском занимању. Реч је о општем пропису који од лекара захтева да се „уздржи од терапијске самилости“, и наређује да се мере којима се мождано мртав пацијент одржава у животу морају спроводити све док се његова смрт не утврди на начин и у року који је законом одређен (члан 13). Сем тога, Закон допушта могућност да се мере којима се одржава живот наставе чак и после утврђене смрти, како би се органи за трансплантацију, који припадају умрлом, одржали у стању које је за то потребно (члан 36, став 3). Етичка оријентација што из тога произлази сасвим је јасна: ако је продужење мера за одржавање живота допуштено да би се омогућила трансплантација, онда тим пре такве мере треба допустити у случају кад није у опасности само здравље, него и живот неког другог човека (стр. 501).

3. Што се тиче спора између брачног пара Давис, писац сматра да решење тог случаја по италијанском праву представља праву загонетку, јер законодавац се о томе уопште не изјашњава. За сâмо одстрањивање ембриона из материце мајке Закон о прекиду трудноће утврђује казнене санкције. Међутим, Буснелијево тумачење норме која држави налаже заштиту људског живота од његовог почетка допушта неколико важних закључака:

аа) Правна правила италијанског Грађанског законика о стварима и о плодовима не важе за ембрион, те стога сваки однос власти између ембриона и његових родитеља треба одбацити.

бб) Свака врста финансијског искоришћавања ембриона је недопустива. Ради се о забрани која управо на европском простору има свој основ у Конвенцији Савета Европе о људским правима и биомедицини. У члану 21 те конвенције стоји: „Човеково тело и део тела као такви не смеју се употребљавати ради постизања финансијске добити.“

вв) Ваља подржати потребу да се предузму мере које гарантују заштиту живота ембриона и његов урођени интерес да дође на свет.

4. Своје излагање Буснели ће окончати овим закључцима:

– Нерођено људско биће је, по Уставу, правни субјект, те стога има право на заштиту живота, здравља, идентитета и достојанства.

– Нерођено људско биће као субјект у наведеном смислу има карактер „развијања“ („настајања“).

– Нерођено људско биће нема правну способност. Стога су права која му закон даје (и која су готово само имовинска) везана „за догађај рођења“ (члан 1, став 2 Грађанског законика).

– Нерођено људско биће је одређено да постане „физичко лице“ и да стекне правну способност која се тиче поседовања наведених права.

Г. Закључак

Овај опсежан зборник омогућује читаоцу дугу и веома пријатну „шетњу“ кроз две важне области права. Онај ко крене тим путем нема никакву шансу за кајање, јер га чека мноштво актуелних и занимљивих правних проблема, сагледаних и објашњених са становишта разних правних система. Будући да је реч о споменици једном Европљанину, нормално је што у њој преовлађују прилози

европских правника. Али ту је и не мали број прилога правника са подручја Америке, Африке, Азије и Аустралије, који нам предочавају одговарајућу слику њиховог права. Очигледно је да данашњи свет, иако је подељен на многе географске и државне целине, има штошта заједничког у животу и у праву. Стога је комуникација међу правницима света потребна исто колико и међу привредницима, уметницима и спортистима.

Јаков Радишић

Hernando de Soto:

The Mystery of Capital

Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else

(Bantam Press 2000)

Хернандо де Сото је Перуанац изузетне међународне репутације. Председник је Института за слободу и демократију (Institute of Liberty and Democracy – ILD) са седиштем у Лими. Лондонски *Економисџ* је овај институт рангирао као другу по значају think-tank институцију на свету. Де Сото има богату радну биографију и велико интернационално искуство. Радио је као економиста у ГАТТ-у, био директор велике европске инжењерске корпорације, директор Централне резервне банке Перуа, а између осталог и лични саветник бившег перуанског председника Фуџиморија. Његова претходна књига, *The Other Path* (1989), у којој се бавио проблемима перуанске економије, такође је била бестселер.

Де Сото уме да пише бестселере и следећи такву логику, бирао је наслов и поднаслов књиге о којој је реч. *Мисиџерија кайиџијала – Заџиџо кайиџијализам џиријумџује на Заџаџу а не усџева ниџде друџде* у кратком времену постала је изузетно популарна и долази са бројним препорукама познатих личности науке и политике (Милтон Фридман, Франсис Фукајама, Маргарет Тачер, Перес де Куелџар итд.). Де Сото овом књигом покушава да објасни разлоге због којих капитализам даје слабе резултате у земљама у развоју, и због чега су тржишна економија и глобализација све мање популарни у Трећем свету. Она је уједно и синтеза Де Сотовог вишегодишњег проучавања земаља Трећег света (Хаити, Египат, Филипини, Перу итд.).

По Де Соту, кључни проблеми Трећег света нису у области економије и финансија него у области права. Основни узрок сталног заостајања је пре свега неразвијено имовинско право. Овај недостатак онемогућава да се већ створени капитал кроз инструмент хипотеке преведе у средство прибављања новог капитала. На