

UNIVERZITET „UNION – NIKOLA TESLA“, BEOGRAD
Fakultet za poslovne studije i pravo, Beograd
Fakultet za informacione tehnologije i inženjerstvo, Beograd

Sedma međunarodna konferencija

PRAVO, EKONOMIJA I MENADŽMENT U
SAVREMENIM USLOVIMA
LEMiMA 2021

Zbornik radova

Knjiga I

Urednik
Prof. emeritus dr Života Radosavljević

Beograd, 2021.

Izdavač

Fakultet za poslovne studije i pravo, Beograd, Srbija
Fakultet za informacione tehnologije i inženjerstvo, Beograd, Srbija
Univerziteta „Union – Nikola Tesla”, Beograd, Srbija

Za izdavača

Milan Radosavljević, dekan, Fakultet za poslovne studije i pravo,
Univerzitet „Union – Nikola Tesla”, Beograd, Srbija

Odgovorni urednici

Nevena Krasulja, Fakultet za poslovne studije i pravo,
Univerzitet „Union – Nikola Tesla”, Beograd, Srbija
Balša Kaščelan, Fakultet za poslovne studije i pravo,
Univerzitet „Union – Nikola Tesla”, Beograd, Srbija
Jurij Dorošenko, Fakultet za ekonomiju i menadžment, Belgorodski državni tehnološki
univerzitet Šuhov, Belgorod, Ruska Federacija
Natalija Kirejenko, Beloruski državni agrarno-tehnički univerzitet, Minsk, Belorusija
Iztok Podbregar, Fakultet organizacionih nauka, Univerzitet u Mariboru, Kranj, Slovenia

Odobrava

Nastavno-naučno veće Fakulteta za poslovne studije i pravo

Tehnički urednik

Zoran Bojanić

Dizajn korica

Milan Jakovljević

Tiraž

200

Redakcija

Fakultet za poslovne studije i pravo u Beogradu
11070 Beograd, Staro sajmište 29, Jurija Gagarina 149a, Srbija
Tel: (381)(11) 31-31-246
Sajt: www.fpsp.edu.rs
Mejl: lemima@fpsp.edu.rs

Štampa

NNK Internacional, Beograd

ISBN 978-86-81088-93-7

* Sedmu međunarodnu naučnu konferenciju „Pravo, ekonomija i menadžment u savremenim uslovima“ podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Publishers

Faculty for business studies and law, Belgrade, Serbia
Faculty of information technology and engineering, Belgrade, Serbia
University „Union – Nikola Tesla”, Belgrade, Serbia

For publisher

Milan Radosavljevic, Dean, Faculty for business studies and law, Belgrade, Serbia

Reviewers

Nevena Krasulja, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
Balsa Kascelan, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
Yuriy Doroshenko, The institute of economic and management, Belgorod state technological university named after V.G. Shukhov, Belgorod, Russian Federation
Natallia Kireyenka, Belarusian State Agrarian Technical University, Minsk, Belarus.
Iztok Podbregar, Faculty of Organizational Sciences, University of Maribor, Kranj, Slovenia

Admitted from

Education Council of Faculty of Business Studies and Law in Belgrade

Technical editor

Zoran Bojanic

Design

Milan Jakovljevic

Circulation

200

Editorial office and administration

Faculty for business studies and law in Belgrade
11070 Belgrade, Staro Sajmiste 29, Jurijsa Gagarina 149a, Serbia
Tel: (381)(11) 31-31-246
Website: www.fpsp.edu.rs
E-mail: lemima@fpsp.edu.rs

Printed by

NNK Internacional, Belgrade

ISBN 978-86-81088-93-7

* Seventh international scientific conference „Law, Economy and Management in Modern Ambience“ is supported by Ministry of education, science and technological development of Republic of Serbia.

ORGANIZACIONI ODBOR

ORGANIZING COMMITTEE

1. Vladana Lilic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
2. Bojan Zdravkovic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
3. Aleksandar Andjelkovic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
4. Milan Jakovljevic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
5. Dragana Kukic, Faculty of information technology and engineering, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia

NAUČNI ODBOR**SCIENTIFIC COMMITTEE**

1. Zivota Radosavljevic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
2. Milan Radosavljevic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
3. Maja Andjelkovic, Faculty of information technology and engineering, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
4. Olja Arsenijevic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
5. Branko Tesanovic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
6. Milan Milosevic, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
7. Bozidar Forca, Faculty for business studies and law, University „Union-Nikola Tesla“, Belgrade, Serbia
8. Dragan Tancic, Institute for Serbian culture, Prishtina, Serbia
9. Polona Sprajc, Faculty of Organizational Sciences, University of Maribor, Kranj, Slovenia
10. Svetlana Terescenko, Faculty for economy and management, Saint Petersburg state forest technical university, Saint Petersburg, Russian Federation

11. Alexios Panagopoulos, International Slavic Academy of Sciences, Education, Arts & Culture, Moscow, Russian Federation; The Neapolis University Paphos (NUP), Paphos, Cyprus
12. Sergey Glagolev, Belgorod state technological university named after V.G. Shukhov, Belgorod, Russian Federation
13. Sergey Kupriyanov, The institute of economic and management, Belgorod state technological university named after V.G. Shukhov, Belgorod, Russian Federation
14. Irina Somina, The institute of economic and management, Belgorod state technological university named after V.G. Shukhov, Belgorod, Russian Federation
15. Cvetko Smilevski, Business Academy Smilevski - BAS, Bitola, Republic of North Macedonia
16. Daniela Karadakov, Business Academy Smilevski - BAS, Bitola, Republic of North Macedonia
17. Aleksandra Karceva, Saint-Petersburg State Agrarian University, Saint-Petersburg, Russian Federation
18. Viktor Fauzer, Institute of Socio-Economic and Energy Problems of the North Komi Science Centre, Ural Branch, RAS, Syktyvkar, Komi Republic, Russian Federation
19. Valeriy Chesnokov, Ukhta State Technical University, Syktyvkar, Komi Republic, Russian Federation
20. Anna Charina, The Komi republic academy of state service and administration, Syktyvkar, Komi Republic, Russian Federation
21. Karl Schopf, Faculty of security and diplomacy, Vienna, Austria
22. Viacheslav Soloviov, Dobrov center for scientific and technological potential and history studies at the National Academy of Sciences of Ukraine, Kiyv, Ukraine

23. Volodymyr Denysyuk, Dobrov center for scientific and technological potential and history studies at the National Academy of Sciences of Ukraine, Kyiv, Ukraine
24. Tetiana Sobolieva, Faculty for economics and management, Kyiv national economic university named after Vadym Hetman, Kyiv, Ukraine
25. Sead Dizdarevic, Faculty of law, University of Travnik, Travnik, Bosnia and Herzegovina
26. Primož Dolenc, Faculty of Management, University of Koper, Koper, Slovenia
27. Rok Strasek, Faculty of Management, University of Koper, Koper, Slovenia
28. Matjaz Novak, Faculty of Management, University of Koper, Koper, Slovenia
29. Vitaly Teplov, Autonomous nonprofit organization of higher education «Belgorod University of Cooperation, Economics and Law», Belgorod, Russian Federation
30. Elena Isaenko, Autonomous nonprofit organization of higher education «Belgorod University of Cooperation, Economics and Law», Belgorod, Russian Federation
31. Elizaveta Tarasova, Autonomous nonprofit organization of higher education «Belgorod University of Cooperation, Economics and Law», Belgorod, Russian Federation
32. Arkady Rusakov, Saint - Petersburg state institute of culture, Saint-Petersburg, Russian Federation

**KONFERENCIJU PODRŽALI
SPONSORSHIP ORGANIZATION**

**MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE
REPUBLIC SERBIA**



ПРАВНИ ФИКЦИОНАЛИЗАМ И ДВАДЕСЕТ ПРВИ ВИЈЕК

Драган Дакић

Факултет за пословне студије и право, Универзитет „Унион – Никола Тесла”,
Београд, Република Србија, dragan.dakic@fppsp.edu.rs

Апстракт: Појава нових околности (нових чињеница) и настојање права да их регулише, описује суштину настанка и развоја норми позитивног права, правне методологије и институција за провођење права. Иако је ову тврдњу можда и није потребно посебно доказивати јер по логици ствари прво је потребно да настане питање па тек онда да се даје одговор, ипак, указаћемо на то да ју је могуће пратити корз цјелокупну историју права. Наведену тврдњу је нарочито лако уочити у процесу настанка међународног права и међународних организација у периоду после другог свјетског рата. Као таква социолошка категорија, право је у својој основи израз друштвеног реакционизма. Реакционистичка аутоонтологизација права утицала је на изградњу других његових субстантивних квалитета попут конзервативизма. Због тога, учесници и носиоци четврте а нарочито пете индустријске револуције снажно критикују право као кочницу економског, друштвеног и научног напретка. Како би се што успјешније носило са новонасталим изазовима, право је на нормативном нивоу одговорило процесом хибридизације традиционалних правних категорија, на методолошком нивоу догматизацијом правног фикционизма а на институционалном новоу креирањем интерпретативних стратегија. Шира сврха овог истраживања јесте да отвори дискусију о томе да ли овако конструисано право има могућност да одговори на питања двадесет првог вијека која се постављају на преласку из четврте у пету индустријску револуцију. У оквиру овог ширег контекста је свакако и питање да ли нам је право уопште потребно а хипотетички оквир се налази у тези да ће право бити замјењено другим дисциплинама, прије свега етиком која ће у највећој мјери регулисти и тржишта и алгоритме на бржи и ефикаснији начин. Сврха овог рада је да у контексту шире дискусије и дефинисаног хипотетичког оквира, испита одрживост традиционалног методолошког правног приступа регулисању нових чињеница које произилазе из научног напретка на пољу биомедицине а који је праћен развојем нових репродуктивних технологија. Истраживање је проведено

дескриптивном методом у оквиру које су дефинисани сврха, предуслови и елементи правних фикција као традиционалног правног начина за регулисање нових околности. Исти истраживачки метод је коришћен и за дефинисање питања из области биомедицине за која се очекује правни одговор. Компаративни метод је основа за развој дискусије у оквиру које је извршено поређење преуслова за примјену фикција и реалног стања. Главни резултати истраживања су да не постоје предуслови за фикционално регулисање питања из области биомедицине те да самим тим основни правни метод регулисања нових чињеница није примјенљив. Истраживање у овом раду је дакле ограничено на анализу успјешности методолошког правног одговора на изазове двадесет првог вијека. Из истраживања је изостављена анализа ефеката нормативне хибридизације традиционалних правних категорија, иако је она дјелимично описана. Такође, изостављена је анализа ефеката и одживости интерпретативних стратегија које су развила судска тијела задужена за примјену међународног права људских права.

Кључне речи: правне фикције, биолошки живот.

1. Увод

Појава нових околности (нових чињеница) и настојање права да их регулише, описује суштину настанка и развоја норми позитивног права, правне методологије и институција за провођење права. Иако је ову тврдњу можда и није потребно посебно доказивати јер по логици ствари прво је потребно да настане питање па тек онда да се даје одговор, ипак, указаћемо на то да ју је могуће пратити корз цјелокупну историју права. Наведену тврдњу је нарочито лако уочити у процесу настанка међународног права и међународних организација у периоду после другог свјетског рата. Као таква социолошка категорија, право је у својој основи израз друштвеног реакционизма. Реакционистичка аутоонтологизација права утицала је на изградњу других његових субстантивних квалитета попут конзервативизма. Због тога, учесници и носиоци четврте а нарочито пете индустријске револуције снажно критикују право као кочницу економског, друштвеног и научног напретка. Како би се што успјешније носило са новонасталим изазовима, право је на нормативном нивоу одговорило процесом хибридизације традиционалних правних категорија, на методолошком нивоу догматизацијом правног фикционизма а на институционалном новоу креирањем интерпретативних стратегија.

Шира сврха овог истраживања јесте да отвори дискусију о томе да ли овако конструисано право има могућност да одговори на питања двадесет првог вијека која се постављају на преласку из четврте у пету индустријску револуцију. У оквиру овог ширег контекста је свакако и питање да ли нам је право уопште потребно а хипотетички оквир се налази у тези да ће право бити замјењено другим дисциплинама, прије свега етиком која ће у највећој мјери регулисти и тржишта и алгоритме на бржи и ефикаснији начин. Сврха овог рада је да у контексту шире дискусије и дефинисаног хипотетичког оквира, испита одрживост традиционалног методолошког правног приступа регулисању нових чињеница које произилазе из научног напретка на пољу биомедицине а који је праћен развојем нових репродуктивних технологија. Истраживање је проведено дескриптивном методом у оквиру које су дефинисани сврха, предуслови и елементи правних фикција као традиционалног правног начина за регулисање нових околности. Главни резултати истраживања суда не постоје предуслови за фикционално регулисање питања из области биомедицине те да самим тим основни правни метод регулисања нових чињеница није примјенљив. Истраживање у овом раду је дакле ограничено на анализу успјешности методолошког правног одговора на изазове двадесет првог вијека. Из истраживања је изостављена анализа ефеката нормативне хибридизације традиционалних правних категорија, иако је она дјелимично описана. Такође, изостављена је анализа ефеката и одживости интерпретативних стратегија које су развила судска тијела задужена за примјену међународног права људских права.

Рад је подијељен у двије цијелине. У првом дијелу су представљене главне карактеристике правних фикција и дата њихова функционална подјела. Кроз дискусију је указана и на критичке погледа на употребу правних фикција које су присутне у теорији неколико деценија како би се нагласила њихова застарјелост која је нарочито наглашена у модерним условима. Други дио рада је подијељен у двије подцјелине. Прва се односи на услов примјенљивости правних фикција, тј. недостатак мјеродавног знања. Недостатак мјеродавног знања је легитимишући фактор који оправдава екстензију старих правних категорије на нове чињенице које нису у потпуности објашњене од стране релевантне науке. За предмет овог истраживања релевантна наука, тачније релевантна знања долазе из области ембриологије и биомедицине који су у посљедње вријеме доживјели праву експанзију. Друга подцјелина се односи на захтјев корисности. Наиме, да би правна фикција била оправдана са познатим

недостатком (релевантног знања), она мора производити корисност. У овом дилеу рада је коришћен и историјски метод ради представљања како се посматрани концепт испољавао и како би се указало на паралелизме.

2. Правне фикције, елементи, врсте и сврха

Dworkin дефинише да све чињенице као феномени имају само оно значење које им је препознато унутар неког друштва (Dworkin 1977, стр.3). Бројни примјери се могу истаћи у прилог наведеној тврдњи која прецизно описује матрицу непромјенљивог друштвеног курса. У контекст друштвеног препознавања и квалификовања чињеница сврстава се и предметни институт правних фикција које су традиционално схваћене као “или (1) изјава изложена са потпуном или дјелимичном свијести о њеној погрешности, или (2) погрешна изјава толерисана због корисности.” (Fuller, 1968, стр. 9). Правне фикције су дефинисане од стране Дел Мар као “суспензија једне, или више потребних оперативних чињеница што води ка наметању повезане нормативне посљедице, гдје се предметна суспензија усваја због (1) недостатка доказа о неким претходно потребним чињеница; или (2) присуства супротних доказа.” (Mar, 2013, стр. 9). Из наведеног можемо да уочимо основне одреднице правних фикција и то да су оне формалне конструкције, које су погрешне, али које су корисне ради чега се недвојбена погрешност толерише.

Врсте правних фикција су детерминисане сврхом, односно употребом коју имају. Тако на примјер, фикције које настоје да субсумирају нове реалитете под већ постојеће правне форме су у литератури означене као догматске фикције (Maksymilian, 1923, стр. 34). У том правцу се наставља и став који заступа Кануер а по којем је сврха правне фикције дефинисана њеном употребом у смислу екстензије постојећег права на нове околности и нова правна питања (Knauer, 2010 стр.25). Опис појединих историјских фикција, које је дао Демонс, наводећи да историјске фикције садрже необориву презумпцију (Demos, 1923, 34), такође је од значаја за ово истраживање.

Посматрајући задате оквире друштвене матрице, већ на први поглед постаје јасно да сужавање чињеница на ниво њихове препознатљивости у одређеном друштву ствара конфликт на линији реалитети – формалности у којем реалности побеђују што је историјски потврђено. Правне фикције нису поштеђене овог конфликта, претпостављам ни већ виђеног исхода. За потребе овога рада посматран је поступак правне фикционализације биолошких

реалитета те је прикладно указати на проблеме који са тим у вези настају. Кључни проблем примјене правних фикција на биолошке реалитете је давно идентификован. Његова суштина је у различитим спознајним методама двије коресподентне науке права и биомедицине (Fuller, 1930, 25). Наиме, док право као друштвена наука настоји да нормира односе унутар неког друштва стварајући формалне одреднице којима реалитете уводи у социјални дискурс. Други се тиче биолошких реалности, које је у почетку требао само да сазна и опише. У посљедње вријеме, у области биомедицине чак долази до стварања нових реалитета у форми нових биолошких облика. Различитос спознајних метода двије науке су садржане у опису различитости "епистематичког" и "феноменолошког" (MacDonald, 1994). Један се односи на правне доктрине, категоризацијама социолошких експоненција у свим аспектима док се други односи на фактичке особине које нису формално продуктиване.

Осим наведеног, значајна је Фулорова тврдња по којој фикција постаје опасна када се у њу вјерује и када изгуби своју корисност (Fuller, 1968). Због тога је нужно размотрити да ли правна фикционализација биолошких реалитета уопште производи корисности, и уколико их производи у којој мјери. Значај овога се огледа у чињеници да је корисност (*utility*) елемент без којег фикција постаје пука формална конструкција (Fuller, 1968) ради чега је њена употреба дискутабилна и са аспекта легитимитета. Треба напоменути да правне фикције у области биомедицине углавном садрже необориве презумпције којима је дат апсолутни правни значај. Тако је презумпција да живот и правни субјективитет настају рођењем необориви елемент фикције личности што ову фикцију сврстава у категорију историјских. Истина, ова фикција је дужи временски период егзистирала као догматска, што је још увијек случај са нашим правним системом, али је под притиском нових научних достигнућа у области развојне ембриологије на западу конвертована у историјску фикцију. Како било, многи правни и етички проблеми су повезани са њеном употребом. Употреба историјских фикција је изложена снажном критицизму од стране Енкарнациона који сматра да се оне користе у циљу суспензије правних промјена: "Када правна фикција не укључује умишљајну превару, оне и даље обамањују и потцјењују јавни дискурс." (Encarnacion. 2015. стр.125). Ова критика би била евентуално неутралисана уколико бисмо правне фикције употребљавали у сврху реформи права. Наравно, треба указати и на чињеницу да правне фикције нису једногласно означене као проблематичне од стране свих научника. Ипак, чак и они који у својим полемикама бране

репутацију правних фикција уочавају потребу “за заузимање више диахроног, динамичног погледа од корисности правних фикција” у контексту неодложних реформи права (Maksymilian, 2013, стр. 9). У наведеном видим довољно разлога да прихватимо тврдњу да билошке реалности, уколико не буду прихваћене као довољан разлог за стварање права или макар за његову реформу, доводе до догматизације правног фикционализма којем недостаје легитимитет.

3. Фикција субјективитета и регулисање биолошких реалитета

Типичан примјер правног фикционализма јесте стварање фикције тзв. личности (правне способности) у континенталним правним системима или *personhood* у англосаксонском праву. Док се у англосаксонском праву још и дускутује о екстнезији конструкције *personhood* на биолошки реалитет живота, појам личности у нашем правном систему је бетониран фикцијом стицањем тог статуса субстантивно и квалитативно ирелевантним догађајем релокације биолошке јединке у правцу *in utero* – *ex utero* (рођењем). Наведено је задржано и у Нацрту Грађанског Законика који на пластичан начин демонстрира догмазизам правног фикционализма. Ово нарочито у неславном покушају нормирања категорије дигинитета (Dakic, 2016, стр. 287-312). Фикција „личности“ у оба правна система садржи неоториву презумпцију а укупан резултат је искључење људског бића у одређеној доби из обима заштите правом на живот. С обзиром да је нешто флексибилнија, англосаксонска доктрина и пракса (укључујући и праксу регионалних судских тијела), се развијала више у правцу конструисања додатних услова које живо људско биће треба да испуни како би било препознато као заштићена категорија „личности“, што није случај са континенталним правним системима. Код описивања континенталог приступа овом питању као једнообразног, не треба да збуњује пракса њемачког уставног суда (BVerfGE 39, 1), која признаје уставну заштиту пренаталном животу путем права на живот у оквиру. Разлог је у томе што је ово признање у рангу доктринарог, готово без практичних ефеката.

Заједничко за оба приступа јесте да рођење представља несумњив тренутак стицања статуса заштићене категорије личности (Christoph, 2010, стр.3), од које наступа фактичка заштита. Због датог му значаја, правни системи су настојали да прецизније нормирају овај биолошки трансфер прописујући да он мора бити потпуно окончан, да дијете мора на очигледа начин бити живорођено,

да остане живо, да има типизирани облик итд. (eds. Chloros, Rheinsteins и Glendon, 2007, стр.2), како би наступила правна субјективизација предметног биолошког реалитета. У конфликтној интеракцији формалне конструкције и биолошке реалности теорија је почела да разликује оне који су квалификовани за заштиту живота (Boonin, 2003), од оних који су квалификовани да буду потпуно субјективизовани у оквиру фикције „личности“ (Wicks, 2012, стр. 209). Овај тренд је присутан и у англо-саксонском правном систему: „супротно, што је често претпостављано, право заправо вреднује фетус, и вриједи се присјетити на који начин оно то чини без додјељивања права.“ (Scott, 2004, стр.11).

У даљој дискусији требамо сагледати који су домети фикције личности у поступку стварања или реформисања права узимајући у обзир дефинисане основе њене употребе – недостук мјеродавног знања и корисношћу.

3.1 Мјеродавно знање и корисност

Ширећи субјективитет на нове групе становништва фикција личности је била „непроцјењиво цјелисходна за превазилажење ригидности права“ (Henry, 1931, стр. 22), што је тек један од углова посматрања ове формалне конструкције. У истом, историјском контексту се могу ставити бројне примједбе на употребу фикције личности о чему ће бити више написано у оквиру анализе њене корисности. Оно је предмет дискусије овде односи се на питање када настаје биолошка категорија живота и да ли је потребно да на ово питање одговарамо фикцијама? Развојна биологија и ембриологија су дале недвосмислен одговор на први дио питања и он дефинитивно не гласи „живот настаје рођењем“. Желећи да овде избјегнем дискусију о правној релевантности био ког биолошког догађаја, пажњу посвећујем испитивању да ли је правна фикција „личности“ која наступа рођењем одржива с обзиром на постојање мјеродавног знања по којем примарни објекат заштите правом на живот (биолошки живот) наступа раније. Посљедица наведене противрјечности јесте изопштавање људских бића из фактичке заштите.

Постављеним питањима треба приступити у контексту данашњице, тј. узимајући у обзир степен друштвене и технолошке развијености. Када је ријеч о степену друштвеног развоја треба знати да „зрели системи немају потребу да прибјегавају таквим, наводно, непоштеним средствима реформисања права.“ (Maksymilian, 2013, стр. 453), и да је употреба правних фикција

карактеристична за превазиђене фазе развоја. Што се тиче технолошке развијености, биолошки живот може да буде заштићен на више начина у свим његовим добрима. У раним фазама развоја, нпр. елиминисањем конфликта са упоредивим интересима мајке било путем одвајања зачећа од гестације било путем вјештачке замјене за гестацију. Усвајајући ове чињенице и препознајући правац развоја биомедицине, теоретичари већ деценијама заговарају напуштање фикције личности у овој области: “биоетички проблеми могу бити анализирани још боље и јасније мимо њега, зато што се не требамо више замарати са наведеним недостацима употребе тог концепта.” (Gordijn, 1999, стр.20), сматрајући је неподобном за употребу (Beauchamp, 1999). Све ово директно и тешко погађа биолошке реалности – људска бића у специфичном развојном стадијуму, ради чега је тешко оправдати даљу употребу фикције личности која садржи “логичан примитивизам.” (Strawson, 1964, 402), и по неким одавно не представља услов за уживање заштите (Rawls, 1971, стр.12). Дакле, даља употреба фикције личности подразумјева негирање реалитета што је изједначава са емпиријском правном грешком.

На први поглед може се учинити као да се неке фикције могу примјенити у области генетског инжењеринга и стварања химера. Наиме, за разлику од ситуације из области природне и потпомогнуте људске репродукције, у области генетског инжењеринга и синтетисања живота не може се са сигурношћу знати у правцу које врсте (људске или животињске) ће се кретати развој биолошког реалитета што повлачи несигурност у погледу мјеродавног права и етике. Такође, бројне су и друге нејасноће у погледу чињеница које су у теорији и пракси означене као морално и правно важне а односе се на почетак живота, сензорне способности, свијест исл. Ипак, због бројних недостатака посматране фикције сматрам да она није погодна да се даље користи ни као средство за реформу права ни као средство за стварање права. Зар је реакционистичко перцепирање старих биолошких реалитета најбоље што право може да понуди за уређење односа у области у којој се стварају нове биолошке реалности?

Што се тиче корисности фикције личности, већ је напоменут њен антички историски контекст. Међутим, нововјековна историја ове фикције није ни мало тако билстателна и везује се за читав низ обесправљења којима су биле изложене разне категорије становништва: “У очима права... роб није личност.” (Daniel, 2011, стр.45); “Индијанац није личност по значењу Устава.” (MacNair, 2012, стр.5); “законска ријеч ‘личност’ ни у каквим околностима не укључује

жене." (MacNair, 2012, стр.5). Борба друштвено обесправљених за препознавање у оквирима формалне конструкције личности је главна нововијековна одлика ове фикције. Неке од тих борби још увијек трају јер, по неким мишљењима нпр. "[м]ушкост је толико дуго била матица међународног права да је постала норма." (Hilary, 2005, стр. 11). Са ове дистанце неодобрајива је тврдња да је ова фикција била корисна јер је очигледно почивала на негацији реалности. Њена даља употреба подразумјева „нове облике нетрпељивости, и нове групе личности чији је морални статус неоправдано умањен." (Warren, 2000, стр. 9).

Присутан је и тренд оспоравања релевантности фикције личности у погледу статуса животиња које су одавно препознате као „субјекти –живота“ (Regan, 1983, 416), као и тренд екстензије ове фикције на животиње (Singer, 1993, 2009). Оно што уочавам као основни проблем у фикцији личности јесте инсистирање на типизацији: све што одступа од карактеристика доминантне групе није подобно да ужива заштиту (привилегија се ужива а заштита треба да се подразумјева). Ове мане нису лишени ни рекло би се прогресивни покрети за права животиња. Њихова главна аргументација за правно и морално вредновање животиња полази од карактеристика које дијеле са људима (Freu, 1980). Позвани смо да их штитимо као себи сличне а не због тога што оне јесу. Дакле, изузимајући антички период гдје јој је и мјесто, правна фикција личности је негативно утицала на права разних категорија људи који су на овај или онај начин били у могућности да се боре за своје препознавање. Иако овај процес идентификације није у потпуности окончан јер и даље постоје групе људи које немају једнака права са осталим људима, сматрам да на њему није потребно више ни инсистирати. Ово је нарочито јасно уколико увидимо да ће у модерним околностима правна фикција личности највише штете нанијети интересима оних који можда неће ни бити у прилици да се путем друштвених револуција изобре за свој статус. Вјерујем да смо као цивилизација спремни да уважимо интересе и оних који не могу да нас присиле на то. Увиђајући да је узрочник бројних конфликта и обесправљења и да је заснована на емпиријској погрешности, рекао бих да је фикција личности лишена корисности односно легитимитета.

4. Закључак

Анализа правне фикције личности се не може изоловати из контекста дебата о фикцијама уопште. Доминанто, фикције се у литератури посматрају

са аспекта њихове функције која је смјештена у процес реформисања или стварања права. Да би се могле легитимно користити у овом процесу фикције морају садржавати два елемента и то: недостатак релевантног знања у области која се регулише (свијест о њеној погрешности), и корисност. Сама фикција личности у овом раду је анализирана са аспекта њеног настанка, тј. везивање њеног почетка за рођење што је општа карактеристика и англосаксонског и континенталног правног система.

Дискутујући о правној фикцији личности у овако постављеним оквирима посматран је њен однос у погледу биолошке реалности настанка живота. Овај однос је важан јер директно утиче на тренутак почетка заштите живота путем права на живот. Што се тиче односа личност-реалност утврђено је да формална конструкција одступа од релевантног знања у области које не недостаје. Дакле, употреба правне фикције личности се заснива на емпиријски погрешној премиси по којој живот настаје рођењем. У раду нисам дискутовао о томе када настаје биолошки реалитет – живот, јер то би потенцијално отворило полемике о томе који биолошки догађај завређује правну релевантност. Ово сам избјегао из разлога што то није питање овог истраживања. За потребе овог рада довољно је утврдити да ли правна фикција личности, која заштиту живота везује за рођење, противрјечи доступном знању. Утврђено је да објекат заштите права на живот према меродавном знању настаје прије рођења, те да се фикција не заснива на недостатку мјеродавног знања већ на емпиријској грешци. У раду су истакнуте и озбиљне критике правне фикције личности које су старијег датума. Намјера ми је била да покажем да полемике о основаности употребе ове вјештачке конструкције трају деценијама, још из времена када су и наука и друштво били на nižем степену развоја него што је то данас случај. По природи ствари, данас су те критике још снажније и оправданије због наглог развоја у области биомедицине, вјештачке репродукције, генетског инжењеринга и стварања синтетичког живота. Не треба занемарити ни развој вјештачке интелигенције који је отворио сличне полемике али покушај права да аутономне софтвере подведе под антички сковане правне категорије можда и није толико штетна колико игнорисање биолошких ралитета.

Корисност, као кондициони елемент фикције, је анализирана са историјског аспекта. Прихваћено је да је фикција личности имала позитивне и корисне ефекте у античка времена јер је превазилазила ридгидности правног система и ширила заштиту на нове групе људи. Након антике, у новом вијеку, лице фикције личности је битно другачије. Ова фикција је

обесправила читаве групе људи попут црнаца, жена, урођеника, Јевреја, Словена. У новом вијеку историја правне фикције личности је историја најчешће револуционарних борби разних људских група да буду препознате у оквиру ње. Она је средство социјалне дивизије по којој је заштићеност привилегија доминантних а изопштеноост судбина различитих. Оно што сам уочио као основни проблем у фикцији личности јесте ултимативна типизација карактеристика доминантне групе које су нормиране као морално и правно заштићене вриједности. Иста концептуална мана прати и покрете за заштиту права животиња. Концептуална грешка је уочљива у самој чињеници да се заговара заштита и шружање „права“ која животињама нису ни потребна ван људског социјабилитета. Тиме се посредно шири људска социјална сфера и на подручја гдје је нема а непосредно се врши асимилација животиња. Осим тога, заговара се заштита права само оних животиња које манифестују људске карактеристике – говор, понашање, бројање, исл. Егоцентрични спицисизам. Увиђајући да је узрочник бројних конфликта и обесправљења и да је заснована на емпиријској погрешности, закључио сам да је фикција личности лишена корисности односно легитимитета.

Дакле, с обзиром да 1) не постоји недостатак мјеродавног знања; 2) не постоји корисност, може се закључити да правна конструкција личности не спада у правне фикције. Сходно наведеном, не може се легитимно користити за реформисање/стварање права.

Литература

1. Artemenko Oleg, *Inspirations from Potential: Does Human Embryo in vitro Possess Full Moral Status?* Master's Thesis in Applied Ethics Centre for Applied Ethics Linköpings Universitet, Presented June 2010, 24.
2. Aurora Plomer, "Foetus right to life, The case of France" *Human Rights Law Review*, 5:2, (2005), 317, 319.
3. Beauchamp L. Tom, *The Failure of Theories of Personhood*, *Kennedy Institute of Ethics Journal* (1999): 9(4).
4. Becker C. Daniel, *Personhood: A Pragmatic Guide to Prolife Victory in the 21st Century and the Return to First Principles in Politics* (Tks Publications 2011), 44-45.

5. Bert Gordijn, The Troublesome Concept of the Person *Theoretical Medicine and Bioethics* (1999): 20.
6. Boonin also makes distinction between those two notions in Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003).
7. Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 73-89.
8. Buchanan Allen and Brock Dan, *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, (Cambridge: University Press 1990).
9. Charlesworth Hilary, Feminist Ambivalence about International Law, *International Legal Theory* (2005): 11
10. Crosby F. John, Person and consciousness, *Christian Bioethics* (2000): 6(1), 47.
11. Cushing Simon, Against "Humanism": Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003): 34, 556–571.
12. Dakić, Dragan, Kopaonik school of natural law perception of dignity and legal discourse in Europe. Vol. 64, No. 3 *Belgrade Law Review*. doi:10.5937/AnaliPFB1603287D
13. DeGrazia David, Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence, *Philosophy & Public Affairs* (2003): 31 (4), 428.
14. DeGrazia David, *On the Question of Personhood beyond Homo sapiens*, in *In Defense of Animals* (ed), Piter Singer, (Blackwell Publishing Ltd. 2006), 42 and further.
15. Del Mar Maksymilian, Legal fictions and legal change, *International Journal of Law in Context*, (2013): 9(4).
16. Demos Raphael, Legal Fictions, *International Journal of Ethics* (1923): 34, 37–58
17. Dennett C. Daniel, *Consciousness Explained* (London: Penguin, 1991), 416-417.
18. Dworkin Ronald, *Social Sciences and Constitutional Rights—The Consequences of Uncertainty*, 6 J.L. & EDUC. 3 (1977).

19. Encarnacion Erik, On Raphael Demos’s “Legal Fictions”, *Ethics* (2015): 125, 540–542
20. Enders Christoph, A right да have rights- the German Constitutional concept of human Dignity, *NUJS Law Review* (2010): 3, 258.
21. English Jane, *Abortion and the Concept of a Person*, In *Arguing About Abortion*, (ed), Lewis M. Schwartz, (Belmont, CA: Wadsworth 1993). Reference taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 96.
22. Fitzgerald Maria, *Neurobiology of fetal and neonatal pain*, in *Textbook of Pain*, (eds), Wall P, Melzack R, (Edinburgh: Churchill Livingstone 1994), 153–63.
23. Fjellstrom Roger, Is Singer’s Ethics Speciesist? *Environmental Values*, (2003): 12 (1), 91-106.
24. Foot Philippa, *Natural goodness* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 5.
25. Fuller L. Lon, *Legal Fictions* (Stanford University Press; New impression edition 1968), 9.
26. German Federal Constitutional Court, February 25, 1975 (BVerfGE 39, 1), and May 28, 1993 (BVerfGE 88, 203).
27. Gingras JL, Mitchell EA, Grattan KE, Fetal homologue of infant crying, doi:10.1136/adc.2004.062257 .
28. International encyclopedia of comparative law. Vol. 4, Persons and family / chief editors Aleck Chloros, Max Rheinstein, Mary Ann Glendon (Boston : Martinus Nijhoff. 2007), 2-3.
29. Kadlac Adam, Humanizing Personhood, *Ethic Theory Moral Prac* (2010): 13.
30. Keyserlingk EW, *The Unborn Child’s Right да Prenatal Care* (Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, 1984).
31. Knauer J. Nancy, Legal Fictions and Juristic Truth, *St. Thomas Law Review* (2010): 25, 70-120.
32. Locke John, *Essay Concerning Human Understanding*, Book II, Chapter XXVI, Section 9.

33. MacDonald Peck Susan, *Professional Academic Writing in the Humanities and Social Sciences*, (Edwardsville: Southern Illinois University Press 1994).
34. Maine Sir Henry, *Ancient Law* (London: Oxford University Press 1931 [1861]), 22.
35. Mellor DJ, Diesch TJ, Gunn AJ, Bennet L. The importance of 'awareness' for understanding fetal pain, *Brain Research Reviews*, (2005): 49, 457.
36. Michael Tooley, Abortion and infanticide, *Philosophy and Public Affairs*, (1972): 2(1).
37. *Neonatal Pain. Suffering, Pain and Risk of Brain Damage in the Fetus and Newborn* (ed), Giuseppe Buonocore, Carlo V. Bellieni Поглeдати L. Giuntini & G. Amato, *Analgesic Procedures in Newborns*. (Verlag:Springer 2008). KJS, Maze M. Fetuses, fentanyl, and the stress response. *Anesthesiology*. 95 (2001), 823-825.
38. Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997): 22,1997.
39. Rachel M. MacNair, *The Psychology of Peace* (Praeger: Santa Barbara 2012), 5.
40. Raymond G. Frey, *Interests and Rights: The Case Against Animals*, (Oxford: The Clarendon Press 1980).
41. Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 151.
42. Relph Amanda, Personhood and the Fetus: Settling the Dispute, *Online Journal of Health Ethics* (2011):7 (2), 10
43. Roman Altshuler, The Value of Nonhuman Nature: A Constitutive View, *Ethic Theory Moral Prac* (2014): 17, 469–485.
44. Rosamund Scott, The English Fetus and the Right да Life, *European Journal of Health Law* (2004): 11, 348.
45. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, (New Brunswick: Transaction Publishers 1999 [1963]), ,169.

46. Salihagić Kadić, A., Predojević, M., Fetal neurophysiology according to gestational age, *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. (2012): 17(5), 3.
47. Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 608.
48. Schweitzer Albert, *Out of My Life and Time: An Autobiography* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1933), 233.
49. Singer Peter, Speciesism and Moral Status, *Journal compilation Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd*, (2009), 569.
50. Sumner Wayne Leonard, *Abortion and moral theory*, (New Jersey: Princeton University Press 1983), 136.
51. Thompson Michael, *Apprehending human form*, in: *Modern moral philosophy* (ed) Anthony O'Hear, (Cambridge: Cambridge University Press 2004), 59.
52. Tooley Michael, *Abortion and infanticide* (Oxford: Clarendon Press 1983).
53. Tran, KM. Anesthesia for fetal surgery. *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. 15 (2010), 40-45. Myers LB, Bulich LA, Hess, P, Miller, NM. Fetal endoscopic surgery: indications and anaesthetic management. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology*, (2004): 18(2), 241, para.2, 231-258.
54. Vadim Rotenberg, The two high levels of self- identification in relationships to consciousness, social motives and Brain Laterality, *Activitas Nervosa Superior*, (2012): 54(3-4), 77.
55. Vadim Rotenberg, The two high levels of self- identification in relationships to consciousness, social motives and Brain Laterality, *Activitas Nervosa Superior*, (2012): 54(3-4), 78.
56. Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 9.
57. Warren Anne Mary, On the moral and legal status of abortion, *Monist* (1973), 54.
58. Warren Anne Mary, The Moral Significance of Birth, *Hypatia* (1989): 4.

59. Warren Anne Mary, *The Nature of Woman* (Inverness, Calif.: Edge press 1980).
60. Warren Anne Mary, *The Rights of the Nonhuman World*, in: *Environmental Philosophy: A Collection of Readings* (eds.), Robert Elliot and Arran Gare, (University Park: The Pennsylvania State University Press, 1983), 109-131.