

dr Igor VUKOVIĆ*

docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

KRIVIČNOPRAVNI PROBLEMI PRENOŠENJA HIV-a

Apstrakt: Za razliku od drugih zakonodavstava, što na ponašanja koja prenose ili dovode u opasnost od prenošenja virusa HIV-a primenjuju postojeća opšta krivična dela, Srbija je usvojila posebnu krivičnopravnu odredbu koja zabranjuje i kažnjava prenošenje HIV-a. Prema srpskom pravu (§ 250 srpskog Krivičnog zakonika) kažnjivo je već svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV-om. U radu se ispituju različiti argumenti koji se tiču ove problematike, a naročito korišćenje sredstava zaštite, značaj testiranja na HIV i pristanak pasivnog subjekta na rizik. Naročita pažnja posvećena je materiji razgraničenja umišljaja i nehata.

Ključne reči: prenošenje HIV-a, testiranje na HIV, pristanak povređenog, dolus eventualis, nehat.

Sida (akronim od francuskog naziva za sindrom stečenog imunološkog deficita, fr. *Syndrome d'immunodéficience acquise*) je bolest što predstavlja krajnji stadijum infekcije virusom HIV-a (virus stečenog nedostatka imuniteta, skraćeno od engleskog naziva „human immunodeficiency virus“). Imuni sistem delovanjem virusa postepeno slabi i na koncu potpuno prestaje da funkcioniše, čime ljudski organizam gubi sposobnost da se odbrani od bilo koje bolesti ili infekcije. Važno je uočiti da infekcija virusom HIV-a ne znači istovremeno i oboljevanje od side. HIV pozitivna osoba je zaražena virusom, dok je kod osobe obolele od side ovaj virus dospelo do faze posle koje nastupa smrt. Progresija bolesti od infekcije HIV-om do oboljevanja od side i nastupanja smrti zavisi od toga da li se primenjuje odgovarajuća terapija, ali i od same individue. Sida se može dobiti već posle nekoliko nedelja od infekcije, ali i nakon dvadeset godina. Ipak, prosečno vreme oboljevanja iznosi između 9 i 10 godina, nakon čega smrt prosečno nastupa između 6 i 19 meseci.¹

Radnja osnovnog oblika krivičnog dela iz § 250 Krivičnog zakonika² jeste dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom. Tri su osnovna načina prenošenja HIV infekcije: seksualnim putem, preko krvi i njenih produkata, kao i sa majke

* igorvu@ius.bg.ac.rs

1 M. Zwahlen, M. Egger, „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006, 5.

2 Ako u daljem tekstu nije naveden pravni propis, reč je o odredbi Krivičnog zakonika Srbije.

na dete. Najčešće se infekcija stiče putem **seksualnog odnosa**, tačnije kada zaražena telesna tečnost jednog partnera (krv, sperma, presemena tečnost ili vaginalni sekret) dođe u kontakt sa genitalnom, oralnom ili rektalnom sluzokožom drugog. Verovatnoća prenošenja HIV-a zavisi od toga da li se radi o aktivnom ili pasivnom, odnosno vaginalnom, analnom ili oralnom odnosu. Tako je relativni rizik zaraze HIV-om na 20.000 slučajeva izloženosti izvoru zaraze (tzv. prevalencija HIV-a) sledeći: insertivna felacija – 1 (0,005%), receptivna felacija – 2 (0,01%), insertivni vaginalni odnos – 10 (0,05%), insertivni analni odnos – 13 (0,065%), receptivni vaginalni odnos – 20 (0,1%) i receptivni analni odnos – 100 (0,5%).³ Dosledna upotreba kondoma od lateksa⁴ smanjuje rizik prenošenja HIV-a za još dvadeset puta.⁵ Drugi načini dovođenja u opasnost od infekcije imaju danas manji praktični značaj. Načelno, svaki kontakt sa krvlju ili proizvodom krvi predstavlja rizik od prenošenja, bilo preko otvorene rane, intravenskog uzimanja droge zajedničkim špricem, tetovaže, pirsinga, skarifikacije ili nečeg sličnog, što treba imati u vidu prilikom tumačenja radnje „dovođenja u opasnost od infekcije“ u smislu § 250 st. 1. Prenošnje infekcije putem transfuzije krvi ili sa majke na dete, naročito u toku porođaja,⁶ potencijalno pre predstavlja rezultat nepažnje medicinskog radnika i time radnju „svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV infekcije“ sa nehatnim prenošenjem infekcije na drugoga (§ 250 st. 2), nego radnju osnovnog oblika iz § 250 st. 1. Ipak, i u sličnim konstelacijama zamisliv je umišljaj.

Ako krivičnopravne norme štite najviša dobra od povreda i ugrožavanja, to nikako ne znači da je svako ugrožavanje ovih vrednosti krivičnim pravom kažnjivo. Niz ljudskih delatnosti podrazumeva izvesnu opasnost. I pored ogromnih ulaganja i izuzetnog tehnološkog napretka, saobraćaj, aktivnost različitih industrijskih postrojenja ili obavljanje hirurških zahvata, primera radi, povezani su sa rizicima na koje društvo pristaje, jer se bez njihovog obavljanja ne bi mogao zamisliti savremeni život. Ako je, dakle, obavljanje ovih opasnih delatnosti imperativ, krivično pravo to mora da uvaži i da granice **dozvoljenog rizika** u izvesnom stepenu koriguje. Utoliko je jedno ponašanje koje se kreće u okvirima standarda brižljivog postupanja⁷ – socijalno adekvatno i pravom dopušteno, čak i kada se tumačenjem krivičnopravne odredbe može podvesti pod zakonski opis određenog krivičnog dela.⁸ Ovakav slobodan prostor postoji i u sferi ljudskog delovanja što nosi rizike za čovekovo zdravlje. Lice obolelo od gripa nije pravno obavezno da izbegava kontakte sa drugim ljudima,⁹ iako to za njih predstavlja izvestan rizik, samo zato što se bolest prenosi

3 Vid. detaljnije B. Varghese *et al.*, „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002, 39 i dalje.

4 Samo kondomi od lateksa ili poliuretana predstavljaju zaštitu od prenošenja HIV-a.

5 Varghese *et al.*, 40.

6 Rizici prenošenja HIV-a tokom trudnoće ili putem dojenja nešto su niži.

7 Detaljnije vid. I. Vuković, „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008, 249 i dalje.

8 Tada se krivičnopravna zabrana ugrožavanja objekta zaštite može tumačiti i kao naredba da se rizici što ishode iz ponašanja drže u granicama minimuma.

9 Slično R. D. Herzberg, „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987, 1462. Kriterijum je normativan. Nije odlučno da li je bolesnik zarazu drugih mogao izbeći, već da li morao da se potruži da bi se izbegla infekcija (*ibid.*).

disanjem i kijanjem. Ako se narušavanje zdravlja i desi, to moramo vrednovati kao običan peh, a ne kao protivpravno delo prenosioca.¹⁰

Granice dozvoljenog rizika imaju naročito značenje kod onih zakonskih opisa koji predstavljaju delikte ugrožavanja, kakvo je i krivično delo iz § 250. Naime, kako smo već pomenuli, radnja osnovnog oblika iz st. 1 predstavlja „svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Kako neophodan stepen opasnosti nije opredeljen, s jedne strane, postavlja se pitanje domašaja korišćenja izvesnih sredstava zaštite što umanjuju opasnost prenošenja infekcije na drugoga. Kako na drugoj strani mora biti reč o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“, od značaja je i pitanje da li je i pod kojim uslovima dopušteno upustiti se u odnose bez zaštite i u situaciji kada prenosilac, iako pouzdano ne zna da je zaražen HIV-om, u određenom stepenu u to sumnja.

KORIŠĆENJE SREDSTAVA ZAŠTITE I RIZIK PRENOŠENJA

Korišćenje kondoma tokom seksualnog odnosa ili drugih sredstava zaštite (upotreba hirurških rukavica tokom porođaja, operativnog zahvata ili stomatološkog pregleda, primena propisanih procedura postupanja sa zaraženom krvlju¹¹, higijensko postupanje prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela, kao i nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože¹²) ne pruža apsolutnu zaštitu od prenošenja virusa HIV-a, ali ovaj rizik višestruko umanjuje, i to u stepenu koji pravni poredak smatra prihvatljivim. Zbog očekivane stigmatizacije, društvo ne traži od zaraženog da javno prizna od čega boluje. Istovremeno, od njega se ne može zahtevati ni da se ne upušta u odnose koji u izvesnoj meri povišavaju rizik prenošenja na druge.¹³ To se ne odnosi samo na one telesne kontakte koji ne nose nikakvu opasnost od prenosa, kakvi su npr. poljupci, rukovanja, korišćenje istog toaleta, ili kašljanje i kijanje¹⁴ – već i na naučno verifikovane načine prenošenja, kakav je seksualni odnos. Drugojačije rešenje bilo bi kriminalno-politički neodrživo, jer bi podrazumevalo doživotno uzdržavanje HIV-pozitivnog od seksualnog kontakta. Istovremeno, time se podupire prevencija HIV-a, jer se podstiče spremnost na upotrebu prezervativa. Ako ne bi bilo razlike u pogledu kažnjivosti seksualnog akta sa ili bez korišćenja kondoma, zaštita od bolesti svela bi se na lični oprez i staranje o sopstvenom zdravlju.

Razume se, pred nosioca virusa su ipak postavljeni određeni uslovi. Lice obolelo od zarazne bolesti, odnosno nosilac uzročnika zarazne bolesti dužno je da se

10 *Ibid.*

11 Vid. Pravilnik o uslovima za prikupljanje, obradu i preradu ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata („Službeni list SRJ“, br. 36/94).

12 Vid. § 34 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti.

13 Ovo je danas opšte prihvaćeno. Vid. npr. Herzberg (1987a), 1462; C. Knauer, „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998, 439; K.-L. Kunz, „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990, 50.

14 Virus HIV-a se nalazi u malim koncentracijama i u pljuvački, suzama ili urinu, ali nisu zabeleženi slučajevi infekcije ovim putem, tako da je potencijalni rizik prenošenja zanemarljiv.

pridržava određenih mera i uputstava zdravstvene ustanove, odnosno naloga doktora medicine, naročito u pogledu sprečavanja širenja zarazne bolesti (§ 37 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti). Te mere i uputstva se pre svega odnose na upotrebu sredstava zaštite koja se zvanično preporučuju od strane državnih organa.¹⁵ Najveći praktični značaj u tom pogledu, kako smo već konstatovali, ima *coitus condomatus*. Ako se preporučena sredstva zaštite koriste, ili se pak uviđa da takvo sredstvo koristi partner, zaraženi sme da se upusti u seksualni odnos, koji tada neće predstavljati „svesno dovodenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“ u smislu § 250 st. 1.¹⁶ Štaviše, ako se zaraženi pridržava utvrđenih smernica u pogledu umanjavanja rizika, on ne mora svog partnera ni da obavesti o svom zdravstvenom stanju, čak i kada pretpostavlja da bi slična informacija ovoga možda odvrtila od seksualnog kontakta, jer bi rizik smatrao nepodnošljivo visokim.

Osim kriminalno-političkih razloga, siguran seksualni odnos i objektivno umanjuje opasnost i svodi je na statističku grešku.¹⁷ To je uostalom i ključni razlog njegovog nekažnjavanja.¹⁸ Granice dozvoljenog rizika utvrđuje objektivno poredak, a ne svaki čovek pojedinačno. Bilo bi krajnje protivrečno kada bi država izvesno ponašanje što umanjuje rizik (kakvo je korišćenje kondoma tokom odnosa) u svojim kampanjama prevencije HIV-a preporučivala – a isto ponašanje istovremeno smatrala protivpravnim i kažnjavala.¹⁹ To međutim važi samo ukoliko se zaraženi u potpunosti pridržava utvrđenog standarda ponašanja. Tu svakako ne spada korišćenje kondoma samo tokom dela odnosa, višestruka upotreba istog kondoma, ili pak njegovo nekorišćenje uz *coitus interruptus*.²⁰ Dakle, pred zaraženim stoji ili uzdržavanje od seksualnog kontakta ili upuštanje u seksualni odnos uz pridržavanje utvrđenih procedura zaštite. Svaka od ovih opcija jednako isključuje njegovu krivičnu odgovornost prema § 250.

RIZIK PRENOŠENJA BEZ POZITIVNOG SEROLOŠKOG TESTA

Drugi problem koji dotiče pitanje granica dozvoljenog rizika tiče se slobode upuštanja u seksualni odnos bez zaštite u situaciji kada postoji sumnja o zaraženosti HIV-om. Kada ni jedan ni drugi partner nemaju nikakvo saznanje o bolesti, mogućnost infekcije predstavlja **opšti životni rizik** što isključuje svaku krivičnu odgovornost. Nesporno je, na drugoj strani, da lice čiji je rezultat, potvrđen kliničkim

15 Kod nas odgovarajuće smernice, iako nedovoljne, sadrži Nacionalna strategija za borbu protiv HIV/AIDS-a Ministarstva zdravlja Republike Srbije iz 2005.

16 Slično je i u austrijskom pravu (C. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006⁷, 12).

17 Već smo pokazali da se rizik prenošenja u tom slučaju približava nultoj vrednosti.

18 Tako Knauer, 441.

19 M. Bruns, „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989, 199.

20 Knauer, 442; Kunz, 51.

i laboratorijskim testovima za dokazivanje infekcije HIV-om, pozitivan²¹ – ne sme da se upusti u odnos bez zaštite, jer u suprotnom „svesno dovodi drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Ipak, između ove dve krajnosti nalaze se brojne sporne situacije. Tako, ako određeno lice vodi promiskuitetan život sa velikim brojem partnera, ili čak zbog narkomanije, prostitucije ili homoseksualnosti pripada određenoj rizičnoj grupi²² – nužno se nameće pitanje da li ovde granice dozvoljenog rizika treba postaviti nešto niže.

Prema jednom shvatanju,²³ granice dozvoljenog rizika treba vezati isključivo za **seropozitivan test**. U prilog ovoga govori više argumenata. Najpre, stepen sumnje u inficiranost zavisi od okolnosti može biti različit, ali ne daje dovoljan osnov za krivičnopravnu odgovornost. Samo ono lice koje zna da je zaraženo može imati svest o tome da druge dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Sve manje od toga jeste samo viši ili niži stepen sumnje, koji može imati izvestan dokazni značaj samo u kontekstu drugih činjenica koje govore o zaraženosti,²⁴ ali što ne predstavlja dovoljno prezican kriterijum. Van tih retkih situacija, krivičnopravna reakcija bila bi ne samo neopravdana, već i nepoželjna. Svako ko je ikada imao seksualni odnos bez zaštite sa licem čiji status u pogledu bolesti nije bio nesporan, bio bi potencijalni otkriveni. Da li je jedan vanbračni „izlet“ dovoljan da pod pretnjom krivične odgovornosti obaveže supruga da ubuduće u odnosima sa svojom ženom koristi kondom, ili zubar da tokom zahvata ubuduće uvek koristi zaštitne rukavice?²⁵ Eventualno prenošenje infekcije na suprugu, bez njenog saznanja o muževljevoj nevernosti, bilo bi bez sumnje etički vrednovano krajnje negativno, ali to ipak nije dovoljno i za krivičnu osudu. Činjenica da se radi o homoseksualnoj preljubi ili o odnosu sa hemofilicarem svakako povišava verovatnoću da je preljubnik tom prilikom zaražen, ali ovo kvantifikovanje opasnosti nije dovoljno za zaključak da ovo lice zna da boluje od HIV-a.

Prema drugom shvatanju,²⁶ zabrana ugrožavanja života i zdravlja drugih podrazumeva takođe i zabranu upuštanja u seksualni odnos bez zaštite, ako lice zbog pripadnosti rizičnoj grupi ili promiskuitetnog seksualnog života, ima naročit razlog da **posumnja u sopstvenu zaraženost**. Da li se zaista homoseksualni heroinski zavisnik, koji uz to i često menja partnere, još uvek kreće u granicama dozvoljenog

21 Kako period od infekcije do trenutka kada se u organizmu razvije prisustvo antitela koja savremeni serološki testovi mogu da registruju prosečno iznosi mesec i po dana, to je vrlo moguće da i lica koja imaju negativan serološki nalaz prenesu virus HIV-a (W. H. Holland, „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994, 282–283). To treba naročito imati u vidu kod lica koja imaju česte odnose sa velikim brojem partnera (milje porno-industrije ili prostitucije). Negativan test samo pokazuje da nisu registrovana antitela na HIV, a ne da lice HIV-om nije zaraženo.

22 Prema pomenutoj Nacionalnoj strategiji, grupacije posebno osetljive na HIV infekciju su: intravenski korisnici droga, lica koja se bave prostitucijom i njihovi klijenti, kao i muškarci koji imaju seksualne odnose s muškarcima. U širem smislu, Strategija tu svrstava i druge društvene grupe (npr. osobe na izdržavanju kazne lišenja slobode, seksualne partnere HIV pozitivnih, sezone radnike, profesionalne vozače kamiona, primaocce produkata krvi).

23 Bruns (1989), 200; u švajcarskoj literaturi Kunz, 52.

24 Primera radi, osim što je pripadnik rizične grupe koja se svakodnevno intravenski drogira deleći špric, lice u pitanju pokazuje simptome ne samo HIV-a, već i side.

25 Kunz, 52. Slično M. Wait, „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005, 131.

26 Npr. Herzberg (1987a), 1462.

rizika, slobodan da seksualno opšti bez zaštite? Ukoliko granicu dozvoljenog rizika označava isključivo serološki test, onda krivičnopravna zaštita ni ne može efektivno da deluje. Ako smo već konstatovali da interesi integracije oboleg i njegove destigmatizacije isključuju njegovu obavezu da druge informiše o svojoj bolesti pre upuštanja u zaštićeni seksualni odnos, pomeranje uz to i granice dozvoljenog rizika u situaciji kada postoji visok stepen svesti o izloženosti infekciji – krajnje bi relativizovalo granice krivičnopravne zaštite. Reklo bi se da u prilog tome ide i jezičko tumačenje norme, s obzirom da srpski zakonodavac ne govori o svesti o inficiranosti HIV-om, već o svesti da se drugi dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Ni kriminalno-politički ishod suprotnog rešenja nije zanemarljiv. Ono bi delovalo destimulativno na spremnost takvog lica da definitivno razreši svoju sumnju testiranjem. Time bismo došli u paradoksalnu situaciju. Ne samo da potencijalno zaraženi treba da pobedi psihološku barijeru zbog ogromnog straha od seropozitivnog ishoda testa, već bi ga takvo saznanje u budućnosti potencijalno izložilo krivičnoj odgovornosti.²⁷

Prednost zaslužuje prvo rešenje. Osnovni oblik govori o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“. Svesno ugrožavanje drugog je prema našem mišljenju po pravilu moguće ako lice u pitanju odista zna da je inficirano. Ovo saznanje najčešće proishodi iz odgovarajućeg pozitivnog serološkog testa. Vezivanje granica dozvoljenog rizika za procenu opasnosti od strane samog prenosioca, predstavlja neprihvatljivu subjektivizaciju kriterijuma. Ovo tim pre što je naš zakonodavac inkriminisao već ugrožavanje drugog, a ne tek prenošenje bolesti. Ako se granice krivičnopravne zaštite postavle tako široko, zaključivanje da krivičnu odgovornost zasniva i obična pretpostavka o inficiranosti, ličila bi na svojevrсну odgovornost za nehatno ugrožavanje, što u obliku iz st. 1 ne stoji. Ali, zakonodavac nije inkriminisao samo dovođenje u opasnost, već i prenošenje HIV-a, gde postoji i nehatni oblik (st. 5). Dakle, ako se radi o pripadniku odgovarajuće rizične grupe kod kojeg su se razvili simptomi poodmaklog HIV-a odnosno side, i čiji je partner npr. već oboleo, njegovo neodgovorno netestiranje neće predstavljati alibi za eventualno prenošenje zaraze trećem licu, jer će sud redovno zaključiti postojanje nesvesnog nehata.

OBAVEŠTAVANJE PASIVNOG SUBJEKTA I NJEGOV PRISTANAK

Iako to ne proizlazi neposredno iz zakona,²⁸ svako lice zaraženo HIV-om trebalo bi da **upozna** potencijalnog partnera sa svojom infekcijom i rizicima kojima ga izlaže,²⁹ ali samo ukoliko namerava da se sa partnerom upusti u seksualni odnos

27 Slično Holland, 287.

28 Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 125/2004) govori samo o obaveznom prijavljivanju prisustva antitela na HIV od strane zdravstvenih ustanova (§ 14), a ne samih zaraženih. Vid. takođe odgovarajuće odredbe Pravilnika o prijavljivanju zaraznih bolesti i drugih slučajeva utrđenih Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 98/2005).

29 W. Bottke, „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988, 206; M. Bruns, „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987, 694.

bez upotrebe kondoma. Dakle, ova informacija može da izostane, ali je zaraženi onda u obavezi da koristi kondom ili da zahteva od partnera da ga koristi. Ako tako ne postupi, zaraženi se izlaže krivičnopravnoj odgovornosti. Ovaj tipičan scenario u kojem inficirani ne obaveštava drugog o HIV-u, naročito je prisutan u miljeu prostitucije.³⁰ Postavlja se, međutim, pitanje da li saglasnost žrtve, npr. supružnika zaraženog ili korisnika usluga prostitutke, da seksualno opšti bez zaštite, uopšte može da isključi krivičnu odgovornost inficiranog. U delu literature, ova problematika se razmatra u okviru dejstava **pristanka** povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti. Tako je i u našoj teoriji,³¹ gde bi od značaja bila uporediva razmatranja o pristanku povređenog na nanošenje telesne povrede. Drugo pak shvatanje³² nalazi da se ovde radi o granicama odgovornog samougrožavanja kao poziciji objektivnog uračunavanja. Temeljnije upoznavanje sa dejstvima ovog razlikovanja³³ prevazilazi okvire ovog rada, tako da ga nećemo bliže izlagati, već ćemo se kretati unutar terminologije koju poznaju naša teorija i praksa. U svakom slučaju, možemo razlikovati nekoliko konstelacija.³⁴

U **prvoj** situaciji, dva zaražena partnera se svesno upuštaju u polni odnos bez upotrebe kondoma, znajući da je i drugi partner inficiran. Kako opis oblikā iz § 250 podrazumeva prenošenje bolesti ili bar dovođenje u opasnost, posledica ne može biti ostvarena ako su oboje već inficirani virusom. Ipak, ostaje otvoreno da li se može raditi o teškoj telesnoj povredi, s obzirom da se u medicinskoj literaturi pominje tzv. superinfekcija HIV-om, kao stanje u kojem se na lice koje je već inficirano prenosi novi soj virusa, što može da uzrokuje rapidnu progresuju bolesti ili otpornost na izvesne lekove.³⁵ Ako se takav izuzetan slučaj i desi, u zavisnosti od okolnosti, delo bi načelno moglo da se kvalifikuje kao obična (§ 121 st. 1) ili kao naročito teška telesna povreda (§ 121 st. 2). Ipak, smatramo da bi u sličnom raspletu krivičnu odgovornost trebalo isključiti, i to ne samo zbog činjenice da su se oba zaražena partnera svesno upustila u takav rizik. Kažnjavanje niti odgovara stepenu opasnosti (ona se meri promilima), niti je kriminalno-politički opravdano sankcionisati eventualno pogoršanje zdravstvenog stanja, kada se time ne stvara nova opasnost za zdravlje trećih lica.

Od većeg praktičnog značaja je **druga** situacija, u kojoj je samo jedan partner inficiran HIV-om, što međutim i drugi zna, ali se svejedno upušta u rizični seksualni odnos ili zajedničko korišćenje nesterilizovanog šprica. Ovde bi prema ve-

30 B.-D. Meier, „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989, 208. U odnosu dva stalna partnera, priroda odnosa uslovljava češće obaveštanje o bolesti.

31 Vid. npr. A. Stajić, u: N. Srzentić et. al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986, 155.

32 Bruns (1987a), 694; Kunz, 53; Meier, 218 i dalje.

33 Vid. npr. Bottke, 183 i dalje; C. Prittwitz, „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988, 2942 i dalje.

34 Ostaćemo na primeru polnog odnosa, iako slične situacije možemo zamisliti i kod zajedničkog intravenskog uživanja droge ili krvnog „bratimljenja“.

35 Vid. detaljnije D. Smith, D. Richman, S. Little, „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005, 438 i dalje.

ćinskom shvatanju³⁶ koje srećemo u stranoj teoriji – odgovorno samougrožavanje pasivnog subjekta trebalo da potisne krivičnu odgovornost prenosioca virusa. S obzirom da kauzalni proces u celosti zavisi od dispozicije volje žrtve, čak ni negativno vrednovana subjektivna strana prenosioca (npr. njegova namera da partnera zarazi), ne bi onda bila krivičnopravno relevantna. Dakle, svako obaveštavanje partnera o infekciji isključilo bi krivičnu odgovornost. Ovo shvatanje **nije prihvatljivo** prema srpskom krivičnom pravu. U srpskom pravu sloboda raspolaganja pasivnog subjekta ograničena je u pogledu najvrednijih dobara. To se ne odnosi samo na isključenje raspolaganja sopstvenim životom (kao u situaciji inkriminisanog navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu – § 119), već i na situacije pristanka na povređivanje, u zavisnosti od toga da li je „saglasnost na povređivanje u suprotnosti sa društvenim interesima i etičkim principima našeg... društva“.³⁷ Tako, ako je cilj povređivanja ostvarivanje nezakonitih prava ili naknada iz zdravstvenog ili penzijskog osiguranja (vid. § 168) ili npr. izbegavanje služenja vojnog roka (vid. § 397) – nikakav pristanak na povređivanje ne bi mogao da isključi protivpravnost. Ali, ako je svrha društveno korisna, čak i ako je motiv negativno vrednovan, protivpravnost i društvena opasnost bili bi isključeni. U osnovnom obliku se međutim i ne radi o povređivanju tela (narušavanju zdravlja), već samo o njegovom **ugrožavanju**,³⁸ praćenim uz to vrlo niskom verovatnoćom da će do narušavanja zdravlja uopšte doći. Načelno, mogli bismo prihvatiti da konkretno ugrožavanje, o kojem se u ovom obliku radi, može biti opravdano slobodom odlučivanja pasivnog subjekta, da je u pitanju delikt protiv života i tela. Međutim, ovde je grupni objekt zaštite **zdravlje ljudi**. Da li dakle pojedinac uopšte može raspolagati sopstvenim zdravljem tako što će svojom voljom isključiti delikt upravljen protiv javnog zdravlja, čak i ako se radi isključivo o konkretnoj opasnosti?

Pojedini autori, koristeći metod teleološke redukcije, nalaze da je tako nešto moguće. Ako je za ostvarenje bića dela dovoljno prenošenje virusa samo na jednu osobu, opasnost po javno zdravlje iz takvog čina moguća je samo ukoliko lice ne zna da je nosilac virusa. Samo tada ono predstavlja svojevrсну tempiranu bombu, jer ugroženost drugih zavisi od spleta neizvesnih okolnosti (njegovog promiskuiteta ili protoka vremena kada znaci bolesti postanu dovoljno uočljivi). U suprotnom, ako lice poznaje rizike prenošenja, onda ono u izvesnom smislu može da kontroliše infekciju trećih od njega kao potencijalnog prenosioca. Radnja prvog prenosioca tada ne bi ni predstavljala opasnost za neodređeni broj trećih lica.³⁹ Ovaj argument ne stoji. Pristajanje jednog lica da bude zaraženo ne stoji ni u kakvoj korelaciji sa rizikom da i treći budu zaraženi. Reč je o običnoj pretpostavci, koja ne samo da se

36 Tako npr. Bottke, 186; Kunz, 55.

37 Stajić, 156.

38 Da se ovde u osnovi ne radi o pristanku na povređivanje, već o pristanku na opasnost od povređivanja primećuje i Hercberg (Herzberg (1987a), 1462). Pojedine odluke anglosaksonskih sudova prave razliku da li se radi o namernom prenošenju HIV-a, kada je pristanak povređenog potpuno irelevantan, ili običnom svesnom ugrožavanju drugog, kada je odbrana što počiva na pristanku pasivnog subjekta dostupna okrivljenom (vid. Weait, 125).

39 Tako Kunz, 55.

tiče nećeg budućeg, već u celosti zavisi od savesnosti i „dobre volje“ novozaraženog da će se strogo držati mera zaštite. Takvo nagađanje ne može da zameni činjenicu da narodno zdravlje nije individualno pravno dobro.⁴⁰

Ako je došlo do prenošenja HIV-a, reć je o narušenju zdravlja koje se prema ranije iznetim kriterijumima takođe ne može opravdati pristankom povređenog.⁴¹ Cilj pristanka nije društveno koristan (seksualno zadovoljstvo), tim pre što na raspolaganju stoji lako dostupno sredstvo zaštite. Stoga, činjenica da partner pristaje na odnos bez zaštite ne isključuje krivićnu odgovornost, ali može predstavljati olakšavajuću okolnost na planu odmeravanja kazne.

Krivićnopravno je nesporna treća konstelacija u kojoj samo jedan partner zna da je zaražen virusom HIV-a. To je upravo onaj slućaj koji pokriva § 250 st. 1. Ovde učinilac drugog „svesno dovodi u opasnost od infekcije HIV virusom“. Reć je o **konkretnoj opasnosti** prenošenja zaraze na koju pasivni subjekt ne pristaje, te ne može biti govora ni o kakvom odgovornom samougrožavanju. Kako se radi o ugrožavanju drugog, učinilac odgovara za § 250 st. 1. Ako pak dođe i do prenošenja zaraze, učinilac će odgovarati samo za dovršeno ili pokućano delo iz st. 3, u zavisnosti od toga kako je rećen problem uzročnosti.

Najzad, poslednja mogućnost pokriva situaciju u kojoj pasivni subjekt samo sumnja da je njegov partner zaražen HIV-om, najćeće zbog toga što ima saznanje da ovaj pripada odgovarajućoj rizićnoj grupi.⁴² Rećenje je jednostavno kada se radi o obliku iz st. 3. Manja ili veća verovatnoća da je partner zaražen ne može da prebaci sav rizik sa onoga ko zna za sopstvenu bolest, i o tome ćuti, na ųrtvu koja u to samo sumnja, ćak i ako ųrtva sama pripada rizićnoj grupi.⁴³ Saznanje o bolesti koje ima prenosilac i saznanje o njegovoj pripadnosti rizićnoj grupi koju ima partner – nikako se ne mogu izjednaćiti. Utoliko krivićnu odgovornost prenosioća za delo iz st. 3 ne isključuje sumnja partnera u pogledu slike njegovog zdravlja. Kod osnovnog oblika je sporno to što se radi o delu konkretne opasnosti. Kako konkretna opasnost (opasnost od infekcije) predstavlja samo verovatnoću nastupanja povrede (u ovom slućaju samog prenošenja infekcije), deluje interesantna pomisao da saglašavanje ųrtve sa verovatnoćom da je seksualni partner zaražen HIV-om istovremeno znaći i njeno saglašavanje sa konkretnom opasnoću u koju stupa. Ipak, kako smo već pokazali, i ovde moramo isključiti pristanak povređenog, s obzirom da je grupni objekt zaštite zdravlje ljudi.

Ako smo zaključili da pristanak zaraženog ne isključuje krivićnu odgovornost prenosioća, to ipak ne znaći da obaveštavanju o bolesti odrićemo svaki krivićnopravni znaćaj. Naprotiv, ako informacija o bolesti izostane, a okrivljeni je u vreme seksualnog akta znao za svoju bolest, sud će bez sumnje zaključiti da postoji protivdućnosno ponaćanje dovoljno da zasnuje odgovornost za nehat. Kako je pak srpski

40 Slićno shvatanje dominira i u austrićskoj teoriji (vid. npr. K.-P. Bittmann, „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987, 489).

41 Aktuelan je i argument da će lica zaražena HIV-om u velikom procentu i umreti, kada bi se moglo uzeti da je reć o svojevrsnom pristanku na samoubistvo, a ne samo pristanku na povređivanje.

42 Takođe je, kao i u prethodnim slućajevima, reć o seksualnom kontaktu bez zaštite.

43 Ovaj pasivni subjekt je moćda nemaran i nepromišljen, ali ni njegovom nemaru ne moćemo odreći krivićnopravnu ųtitu, ako partner zna da je zaražen HIV-om.

zakonodavac umišljajno ugrožavanje iz st. 1 preveo na svesno ugrožavanje pasivnog subjekta, proširivši time ovaj oblik i na svesni nehat – neobaveštanje ima značajan dokazni potencijal ne samo za nehatni oblik iz st. 5, već i za delikt ugrožavanja iz st. 1 člana 250 Krivičnog zakonika.

PROBLEMATIKA POKUŠAJA

Utvrđivanje da je određeno lice prenelo virus HIV-a nije jednostavno. Pretpostavka uzročne veze jeste dokaz da je oštećeni u periodu između navodnog prenošenja zaraze i krivičnog postupka polno opštio samo sa okrivljenim. Možda je, međutim, žrtva inficirana HIV-om i ranije – pre spornog koitusa.⁴⁴ Problem predstavlja i dugačak period inkubacije kod HIV-a. Mogu proći i godine a da oštećeni uopšte ne zna da je zaražen. Štaviše, ako u datom periodu on slobodno seksualno opšti, dolazi u poziciju da i on sam druge zarazi. To dalje usložnjava utvrđivanje primarnog prenošenja, jer se stvara svojevrsan krug više zaraženih lica, gde je teško rekonstruisati smer kretanja zaraze.⁴⁵ Ako se pak žele identifikovati seksualni kontakti zaraženog, otvara se problem i na planu zadiranja u slobode i prava, jer se dolazi u opasnost da privatnost u sferi seksualnih odnosa bude narušena.⁴⁶

Pored protoka vremena, problem predstavlja i milje u kojem se kreću potencijalni prenosioci. Ako oštećeni pripada kakvoj rizičnoj grupi,⁴⁷ dokazivanje je još zamršenije. Tako, ako je oštećeni polno opštio sa licem koje se prostituiše, sudija verovatno neće poverovati njegovom iskazu kojim tvrdi da je, primera radi, u poslednje pola godine imao seksualni kontakt isključivo sa okrivljenim.⁴⁸ Pošto se sa dovoljnom sigurnošću ne može isključiti, da je oštećeni tokom perioda inkubacije polno opštio i sa drugim licima,⁴⁹ odnosno od koga je, kojom radnjom i u kojem trenutku do prenošenja virusa uopšte došlo – uzročna veza po pravilu će se negirati.

Ako nije moguće utvrditi da je okrivljeni preneo na drugog infekciju HIV-om, mora se prema pravilu *in dubio pro reo* isključiti kauzalnost,⁵⁰ te na raspolaganju ostaje odgovornost za pokušaj. Takav ishod, međutim, saodređuje kriminalnu zonu, s obzirom da se za pokušano delo iz nehata⁵¹ (§ 250 st. 5), nezavisno od propisane

44 Bottke, 180.

45 Ako se zna ko je prvi inficiran, danas je moguće upoređivanjem sojeva virusa isključiti da je virus prenet od određenog lica. Pozitivan dokaz, međutim, teže je izvesti, jer neposredno nakon infekcije, zbog terapija i različitih imunih sistema, dolazi do sve izraženijeg odstupanja koje se sa protekom vremena dalje uvećava (upor. F. Beglinger, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger *et al.*, *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007², 1413).

46 To primećuje Holland, 287, 301.

47 Prema Gradskom zavodu za javno zdravlje Beograda najveći procenat inficiranih HIV-om i dalje pripada homoseksualnoj populaciji. Kada je reč o novoregistrovanim infekcijama, u 2008. godini od 64 novoinficiranih na teritoriji grada – 39 su homoseksualna odnosno biseksualna lica (vid. Statistički prikaz Gradskog zavoda za javno zdravlje Beograda za 2008. godinu).

48 Bruns (1987a), 694.

49 Ostaje takođe otvoreno da li je do prenošenja možda došlo i putem krvnog kontakta (npr. neke ogrebotine ili povrede).

50 Meier, 209.

51 Vid. I. Vuković, *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008, 37 i dalje.

kazne ne odgovara. Kako je direktan umišljaj, osim u slučajevima dokazivog namernog inficiranja,⁵² vrlo redak, pitanje kriminalne zone neposredno je uslovljeno obuhvatom eventualnog umišljaja.

PROBLEMATIKA UMIŠLJAJA

Poslednjih godina, problematika prenošenja virusa HIV-a živo je uticala na oživljavanje diskusije o granicama umišljaja i nehata. Štaviše, može se uočiti da stavovi zauzeti po ovom konkretnom pitanju redefinišu teorijska shvatanja koja su u ovoj materiji važila decenijama. Osobnost prenošenja HIV-a tiče se korelacije neznatne verovatnoće da se jednim seksualnim odnosom prenese zaraza i zaključka o krivici. Već smo pokazali da i najrizičnije (analno) polno opštenje pokazuje verovatnoću prenošenja virusa od samo 0,5%. Polazeći od te okolnosti, deluje krajnje utemeljena eventualna odbrana okrivljenog „da jeste praktikovao seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, ali da se nadao da će sve proći dobro i da neće doći do infekcije“. Nije li neznatna verovatnoća po sebi dovoljan oslonac za zaključak o „olakom držanju da do dela neće doći ili da će to moći da spreči“ – dakle svesnom nehata? Pitanje dakle nije usko ograničeno na problematiku prenošenja HIV-a, pa čak ni na isključivo razgraničenje prema eventualnom umišljaju. Možemo tako zamisliti učinioca koji iz velike udaljenosti i u uslovima loše vidljivosti puca na pokretan cilj čiju smrt želi, jer je za to dobio novac, dakle poziciju koja se bez izuzetka tumači kao direktan umišljaj, iako je takođe reč o neznatnoj verovatnoći da će učinilac u svome naumu i uspeti.

Rešenje na planu krivice otežava i visoka smrtnost lica obolelih od side. Ako je rizik infekcije u situaciji jednokratnog seksualnog kontakta neznatan, verovatnoća smrtnog ishoda ako do infekcije ipak dođe – izuzetno je visoka.⁵³ Pošto infekcija dostiže vrhunac u nastupanju side, čiji je ishod redovno smrtonosan, onda bi umišljaj da se prenosi infekcija, uz anticipiranje smrtonosnog ishoda, lako mogao da se razume kao umišljaj da se drugi lišava života.⁵⁴ Zbog osobnosti problematike umišljaja prenošenja HIV-a, analiziraćemo pojedine aspekte ove diskusije.

Prema članu 25, krivično delo je učinjeno sa umišljajem kada je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje (direktan umišljaj) ili kada je bio svestan da može učiniti delo pa je na to pristao (eventualni umišljaj). Vezu između učiničevog ponašanja i pristajanja na posledicu treba da vaspоставi formula koju je osmislio nemački krivičar Rajnhard Frank /Reinhard Frank/. Ova formula, koja je prodrla u većinu evropskih prava i koju primenjuje i naša sudska praksa, počiva na

52 U uporednoj sudskoj praksi postoje slučajevi da zaraženi ne krije da je stupao u seksualne odnose sa većim brojem lica kako bi na njih preneo virus.

53 B. Schünemann, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989, 93. Šineman ovaj argument navodi kako bi pobio uobičajeno tvrđenje u nemačkoj sudskoj praksi kod prenošenja HIV-a: „umišljaj povređivanja – da, umišljaj lišenja života – ne“.

54 W. Frisch, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990, 367; A. Wisuschil, „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998, 62.

zamišljanju kako bi se učinilac ponašao da je bilo izvesno da će posledica da nastupi. Dođe li se do zaključka da bi učinilac i uz takvo saznanje opet postupao, umišljaj i volja bili bi potvrđeni; dođe li se do zaključka da bi učinilac radnju tada propustio – umišljaj bi se imao negirati (tzv. prva Frankova formula). Drugačije rečeno, kaže li kao rezultat promišljanja učinilac sebi: „Bilo ovako ili drugačije, nastane li ovo ili štogod drugo – ja u svakom slučaju postupam, njegova krivica je umišljajna... Kaže li učinilac međutim sebi: ‘Da znam da to tako treba da bude ili da se desi, propustio bih svoju radnju’ – tada ne postoji *dolus eventualis*, i može najviše biti govora o nehatu⁵⁵ (tzv. druga Frankova formula).

Ako teoriju pristanka primenimo na naše krivično delo prenošenja na drugog infekcije HIV-a, uočićemo da na planu *svesti* – predviđanja mogućeg prenošenja bolesti – nema nepoznanica. Česte kampanje koje su upravljene na prevenciju side, uslovile su da su danas tipični načini prenošenja opšte poznati. Dakle, ako lice zna za svoju bolest i ipak se svesno upusti u seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, svest o mogućnosti prenošenja kao element zakonske definicije eventualnog umišljaja po pravilu će postojati. Teškoće nastaju sa utvrđivanjem elementa volje. Naime, osnovni prigovor teoriji pristanka, kao kriterijumu razrešenja razgraničenja umišljaja i nehata, tiče se u neku ruku fiktivnog uspostavljanja odnosa učinioaca prema delu. Njena praktična primenljivost ograničena je samo na one situacije kada okolnosti pružaju dovoljan oslonac za zaključak, kako bi se to učinilac zaista ponašao da predviđa nastupanje posledice kao sigurno. Katkada će, međutim, okolnosti pokazivati da učinilac zasigurno ne bi preduzeo radnju da je znao da će posledica nastupiti, a gde pravni osećaj pokazuje da ipak treba zaključiti eventualni umišljaj. Primer za to predstavljaju situacije u kojima je nastupanje posledice očevidno protivrečno učiničevom cilju,⁵⁶ ali i slučajevi prenošenja HIV-a, gde mnoge okolnosti – od emocionalnog naboja, intimnosti seksualnog čina, česte bliskosti partnera i tsl. – upućuju da je prenosiocu infekcija drugog zapravo nepoželjna. Učinilac hoće seksualni odnos (bilo zbog seksualnog uzbuđenja, bilo zbog finansijskih razloga kod prostitucije), ali se slično neželjenoj trudnoći, i ovde nada pozitivnom ishodu odnosa bez zaštite, umirujući svoju savest „kako će sve dobro proći“ i psihološki potiskujući⁵⁷ spoznate rizike.

55 R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908⁵⁻⁷, 132.

56 Tako se u često navođenom Lacmanovom primeru (vid. W. Lacmann, „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1911, 109) učinilac opkladio da će na vašarskom strelištu pogoditi staklenu kuglu koja se nalazi u ruci zaposlene devojke. Ako pogodi devojku, učinilac planira da pušku baci i da se izgubi u masi. Ovde učinilac svakako ne bi pucao da zna da će pogoditi, iako se slični slučajevi visokog hazarda redovno podvode pod eventualni umišljaj (tipičan primer predstavlja švajcarska legenda o Viljemu Telu, koji je gađao jabuku na glavi svoga sina, koju npr. F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb 1986³, 271 – navodi kao pokazni primer eventualnog umišljaja). Ako se Frankova formula strogo primeni, ovde se mora zaključiti da učinilac neće nastupanje posledice. Svako učiniočevo unutrašnje saglašavanje kao psihološka činjenica moralo bi se odbaciti.

57 A. Kreuzer, „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988, 798. U nemačkoj teoriji danas dominira shvatanje koje razlikovanje između umišljaja i nehata rešava prema tome da li se opasnost ostvarenja dela shvata *ozbiljno* ili se u izvesnom smislu „*potiskuje*“ (Meier, 214). Ovde je, slično teoriji pristanka, takođe odlučan unutrašnji učiniočev stav. Kako je

Ako zaključimo da bi prema teoriji pristanka većina zamislivih situacija prenošenja HIV-a bila svrstana u sferu (svesnog) nehata, golo propisivanje nehatnog oblika ne bi se pokazalo kao dovoljan kriminalno-politički mehanizam za suzbijanje infekcije. Već konstatovane poteškoće u utvrđivanju uzročne veze prenošenja virusa od strane konkretnog lica, koje za ishod imaju odgovornost samo za pokušaj, suzile bi krivičnopravnu reakciju samo na one slučajeve u kojima je žrtva imala seksualne odnose samo sa jednom zaraženom osobom (ako je to uopšte i dokazivo). Dakle, ili će u situacijama prenošenja virusa HIV-a, slično uočenoj nepodobnosti kriterijuma teorije pristanka u saobraćaju,⁵⁸ razgraničenje „pristajanja“ i „olakog držanja“ u praktičnoj primeni biti ekstenzivno protumačeno, ili će sam zakon pokušati da krivicu uredi prema drugojačijem modelu.

Prvi izlaz podrazumeva napuštanje **psihološko-deskriptivnog** razumevanja volje, koje dominira u srpskoj teoriji i praksi. Takvo određenje volje zahteva da se onaj koji štogod „voli“, prema ovom hotećem pozitivno odnosi – njegovo ostvarenje želi. Kako krivično delo jeste akt čoveka u spoljnom svetu, onaj koji hoće štogod da ostvari, preduzima radnju koja je na ostvarenje željenog upravljena. Utoliko je voljan najpre onaj ljudski čin koji je usmeren na ostvarenje kakvog cilja, koji ovom cilju teži, koji je finalan. Ako je dakle čovek naumio da ubije ljubavnika svoje supruge, radi kojeg cilja on na ljubavnika puca – naum učiniočev koji je bio i osnovni pokretač njegovog dela bio je, rekli bismo, voljan – nameran. Nije, međutim, umišljaj što se razume kao htenje čega, kao gola psihološka datost, svodiv samo na namerno postupanje. Ono nameravano (krajnji cilj) može biti samo konac jednog složenijeg procesa prouzrokovanja, gde je do konačnog ostvarenja nauma bilo nužno preduzeti čitav niz raznovrsnih akata (međuciljeva), prema kojima se učinilac takođe psihički odnosi. „Većitom studentu“ koji je svestan da svojim radom ne može stići do fakultetske diplome, davanje mita možda predstavlja nužan ishod promišljanja o željenom. On se teško može braniti time kako „nije hteo da učini poklon“ službenom licu. Ipak, svođenje umišljaja na htenje nailazi ovde na značajne probleme, i pokazuje da umišljaj ne mora uvek biti htenje dela. Umišljajni učinilac ostvarenje međucilja može i da ne želi. Ako u našem ranijem primeru zamenimo uloge učinioca i žrtve, i zamislimo očajnog ljubavnika, kojem svaka pomisao na dragu u zagrljaju njenog muža predstavlja nepodnošljivi teret, možemo pretpostaviti da će on pre potezanja oružja na supruga verovatno iscrpeti sve zamislive mogućnosti. Njemu je osnovni cilj, možda ostvariv i razvodom ili nekim sličnim raspletom – zajednički život sa

predviđanje opasnosti odlika i eventualnog umišljaja i svesnog nehata, neophodno je postaviti graničnik na unutrašnjem planu. Naročita pažnja posvećuje se fenomenu samougrožavanja, koje se psihološki objašnjava time što učinilac kod svesnog nehata opasnost po sebe i druge istina spoznaje, ali je u odlučnom momentu iz svoje svesti potiskuje i ipak preduzima radnju. Međutim, ovaj kriterijum pokazuje se kao nepodoban u situacijama kada učinilac postupa suprotno od očekivanog: u uslovima neznatne opasnosti što se uzima za ozbiljno, ili izuzetne opasnosti ostvarenja dela koja se potiskuje. Teško je objasniti da učinilac, kojem je velika opasnost ispred očiju, ali koju nerazumno potiskuje, zaslužuje manji prekor od onoga koji je procenjuje valjano (s pravom I. Puppe, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen *et al.*, *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005², 494). Osim toga, i ovde se radi o čisto unutrašnjem učiniočevom odnosu prema nastupanju posledice, koji je u osnovi nedostupan pouzdanom utvrđivanju.

58 Tu dominira kriterijum bezobzirnosti.

ljubavnicom. Svi mogući putevi do ovog krajnjeg cilja nisu jednako poželjni. Ako se on ipak odvaži da podigne ruku na suparnika, htenje suparnikove smrti kao psihološka činjenica obična je fikcija. Proračunat čovek uvažice i rizik da njegova zavera bude otkrivena i da umesto vremena provedenog sa ljubljenom sleduje vremenska kazna zatvora. On takav ishod svakako ne želi. Utoliko se teško može tvrditi da on i smrt suparnika pozitivno vrednuje. Ovde se njegovo htenje zaključuje u jednom **normativnom** smislu, u smislu njegovog **opredeljivanja za posledicu**⁵⁹. To je još očiglednije u situacijama kada se direktni umišljaj izvodi iz visokog stepena svesti o izvesnom nastupanju kakve uzgredne, sporedne⁶⁰ posledice. Onaj koji postavlja eksplozivnu napravu u vazduhoplov hotеći da liši života određenog političara, zna da drugačiji ishod nije moguć ni u pogledu posade i drugih putnika u vazduhoplovu. Da li on želi i pozitivno vrednuje i njihovu smrt – potpuno je nevažno. Preduzimanje radnje i pored predstave o takvom izvesnom ishodu, govori nam da je učinilac hteo i njihovu smrt.

Upravo ove situacije direktnog umišljaja pokazuju osnovnu slabost psihološki-deskriptivno shvaćene volje. U najvećem broju konstelacija koje se danas razumeju kao umišljajna dela, volja shvaćena kao psihološka činjenica jednostavno ne postoji. Samo u onim primerima u kojima se radi o finalno upravljanim aktima – postojalo bi istinsko htenje posledice. Ostale situacije direktnog umišljaja zahtevaju normativno shvaćenu volju, inače se zaključak o nepostojanju umišljaja ne bi mogao izbeći. Još komplikovanije je fikcijom volje obuhvatiti ono što se danas razume kao eventualni umišljaj. Stoga je ovde neophodno pronaći kakav **surogat volje**⁶¹, koji će zameniti istinsko htenje dela. Ako se već ne može neposredno reći da učinilac hoće posledicu, potrebno je zaključiti njegovo **unutrašnje slaganje** sa mogućnošću njenog nastupanja. Ono se pronalazi u opisima kakvi su: „saglašavanje sa posledicom“, „računanje sa njenim nastupanjem“, „pristajanje“ na nju, njeno „odobranje“ ili „prihvatanje“. O takvom jednom „pristajanju na delo“ govori i srpska odredba o umišljaju. Ovo unutrašnje saglašavanje učinioca sa sopstvenim delom i njegovim posledicama može se takođe razumeti dvoznačno: kao nešto željeno, ali i kao prekor zbog neuzdržavanja od dela i pored spoznatih efekata. Drugim rečima, pristajanje na delo kao unutrašnji učiniočev stav, kao svojevrsno zamišljeno mahanje glavom na pomisao o mogućim posledicama, ili bar kao sleganje ramenima, u smislu nezainteresovanosti za takav mogući ishod, u svom značajnom delu ne može se shvatiti drugojačije negoli normativno. Deskriptivno saglašavanje sa posledicom jeste izvesna mogućnost, ali se dovođenje u vezu sa umišljajem ravnodušnosti⁶² ili čak

59 Slično Puppe, 486.

60 Specifična razlika ove kategorije direktnog umišljaja prepoznaje se upravo u tome što se ovde ne radi o krajnjem cilju ili međucilju, već isključivo o sporednim posledicama (K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002⁴, 97).

61 Puppe, 487.

62 Prema teoriji koju je zastupao Engiš /Engisch/ učinilac kod umišljaja povredu pravnog dobra ili želi ili je prema povredi ravnodušan. Engiš je ravnodušnost razumeo kao konkretnu psihičku činjenicu, koja u deskriptivnom smislu označava da se učinilac uopšte i ne trudi da vrednuje kakvo činjenično stanje. Pozitivno utvrđivanje ravnodušnosti on predlaže samo ukoliko verovatnoća ostvarenja bića nije visoka (tada umišljaj) ili neznatna (tada nehat), već pripada svojevrsnoj srednjoj zoni.

unutrašnjeg neslaganja sa posledicom – može objasniti isključivo putem prekora zbog odlučivanja na delo. Osim toga, unutrašnji učiniočev odnos prema nastupanju posledice, potpuno je nedostupan pouzdanom utvrđivanju. Stoga ne iznenađuje što ovaj nedostatak svih shvatanja što osnov razlikovanja vide u unutrašnjem učiniočevom uverenju, problematiku razgraničenja sve više prebacuje u svet procesnog.

Volju, dakle, treba razumeti **psihološki-normativno**.⁶³ Tada subjektivna strana i prosečnog prenosioca HIV-a postaje nešto jasnija. Lice koje ne praktikuje „siguran seks“, koje dakle iako svesno da je zaraženo ne koristi odgovarajuću zaštitu – inficiranje partnera prepušta golom slučaju. Da bi učinilac „olako držao da do posledice neće doći ili da će je moći sprečiti“, mora postojati odgovarajući činjenični supstrat koji će podupreti takvo pouzdanje u nenastupanje posledice. Ovo hazardiranje, svojevrsan „ruski rulet“, mora se dakle normativno izraziti kao „pristajanje“ na prenošenje zaraze, čak i kada bi na osnovu pojedinih okolnosti bili uvereni da je učinioču takva posledica nepoželjna.⁶⁴ Normativno protumačeno „pristajanje“ u stvari podrazumeva zaključak suda da se učinilac saglasio sa svojim delom i njegovim ishodom. Prepuštanje ishoda zakonima slučajnosti praćeno visokim stepenom rizika upravo upućuje na pristajanje u normativnom smislu. Kod prenošenja HIV-a, međutim, činjenični supstrat za zaključak o nehatu dominira. Kako je rizik prenošenja neznatan, prigovor okrivljenog da se nadao da će nepoželjan ishod izostati deluje krajnje utemeljeno.⁶⁵ O nekom visokom riziku i hazardu ipak nema govora. Dakle, ni modifikovano psihološko-normativno tumačenje pristajanja, za koje nalazimo da treba da zameni čisto psihološko razumevanje pristanka u našoj praksi, ne predstavlja siguran putokaz za rešavanje vinosti kod situacija prenošenja HIV-a. Da li pouzdaniji oslonac možemo naći u drugim teorijskim shvatanjima?

Već psihološko-normativno razumevanje umišljaja predstavlja približavanje klasičnim pristupima što naglasak stavljaju na element svesti,⁶⁶ u izvesnoj meri zanemarujući voluntativni aspekt. Prema **teoriji verovatnoće** između umišljaja i nehata i nema suštinske razlike; ona je samo gradualna. O granici odlučuje stepen ugrožavanja zaštićenog pravnog dobra, prema predstavi učinioča.⁶⁷ Ovo shvatanje u celosti zanemaruje voljnu stranu eventualnog umišljaja. Kako prekor umišljaja tako i prekor nehata zasniva činjenica da se učinilac i pored predviđanja opasnosti nije uzdržao od ponašanja. Kako raste opasnost koju učinilac svesno pokreće, tako bi rastao i prekor koji njegovo ponašanje zaslužuje. Samo se postavlja pitanje na kom stepenu svest o ugrožavanju koja zasniva nehat prerasta u svest o ugrožavanju što zasniva umišljaj. Problemi primene ovog shvatanja na situacije prenošenja HIV-a više su nego očigledni. I da možemo da postavimo kakvu primenjivu granicu prema izloženom kriterijumu,⁶⁸ već smo konstatovali da je rizik inficiranja HIV-om,

63 Tako i Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009¹⁶, 150.

64 Slično Bruns (1987a), 693.

65 Bottke, 189; Bruns (1989), 200; Frisch, 367.

66 To primećuje i Šineman, uočavajući u tome primese teorija verovatnoće i ravnodušnosti (Schünemann, 93).

67 Tako je npr. u švajcarskoj praksi, vid. Kunz, 62.

68 Ova teorija barata samo neodređenim merilima kakvi su „visoka verovatnoća“, „neznatna šansa“ i tsl., bez istinskog potencijala da kriterijum bude upotrebljiv u praksi. Pokušaji da se umišljaj

naročito kada se radi o samo jednom odnosu bez zaštite, vrlo nizak. Ako bismo se dosledno držali kriterijuma, predstava o niskom stepenu ugrožavanja mogla bi u potpunosti da potre voljni element čak i ako je naš prenosilac hteo nastupanje posledice. U suprotnom, ako bismo uzeli da namerno ostvarenje bića mora da zasnuje umišljaj, iako je verovatnoća nastupanja posledice zanemarljiva, više se i ne bismo nalazili na terenu kriterijuma verovatnoće. Stoga teorija verovatnoće ne zadovoljava. Pokušaj da se neznatna šansa prenošenja jednokratnim seksualnim činom uveća svojevrsnim „sabiranjem rizika“⁶⁹ – okolnošću da se u životu eventualno radi o većem broju seksualnih odnosa bez zaštite između dva partnera – ne može da ispravi temeljnu nedorečenost kriterijuma.

Prema teoriji mogućnosti eventualni umišljaj se potvrđuje čim je učinilac spoznao konkretnu mogućnost povrede pravnog dobra i ipak preduzeo radnju krivičnoga dela. Ovde svest o mogućnosti u potpunosti zamenjuje voljnu dimenziju umišljaja, istina po cenu negiranja svesnog nehata. Jer, ako svest o mogućnosti prenošenja virusa podrazumeva umišljaj, onda je nehat moguć samo vidu nepostojanja svesti, dakle nesvesnog nehata. Reklo bi se da je ovim putem išao srpski zakonodavac, kada je u pitanju prenošenje HIV-a. On ovde umišljaj i nehat razdvaja isključivo preko intelektualnog elementa – svesti odnosno znanja.⁷⁰ Umišljajni oblik iz st. 3, što govori o učinocu koji „znajući da je zaražen HIV virusom“ tu infekciju „svesno prenese na drugog“, predstavlja upravo ozakonjenje osnovne potke teorije mogućnosti. Istovremeno, proširivanjem umišljajnog oblika na svesni nehat, zona nehatnog oblika iz st. 5 nužno se svodi samo na nesvesni nehat. Možemo konstatovati da ovo rešenje vešto izbegava probleme razgraničenja koje, kako smo videli, teorija ne može lako da reši. Ako postoji svest o zaraženosti, postojaće umišljajni oblik. Ako se učinilac još nije testirao, ali sumnja u zaraženost zbog pripadnosti rizičnoj grupi, postojaće nehatni oblik. Da bi se, međutim, stekla potpunija slika o našem zakonskom rešenju, treba pokazati kojim putem su išla druga zakonodavstva.

UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

U većini evropskih država nije propisano posebno krivično delo prenošenja virusa HIV-a,⁷¹ kako je to učinio srpski zakonodavac. To je specifična razlika srpskog rešenja. U Nemačkoj se ovi slučajevi uglavnom razmatraju u kontekstu krivičnih dela protiv života i tela, upravo, izuzetno preko običnog ili teškog ubistva (§§ 211, 212) odnosno češće oblikā telesnog povređivanja (§§ 223, 224). Kvalifi-

smisleno veže za izvesne kvote verovatnoće, ili bar za zaključak da je kod eventualnog umišljaja nastupanje posledice verovatnije nego njeno izostajanje (tako u srpskoj teoriji npr. Đ. Lazin, „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977, 396 i dalje) – ne mogu se označiti uspelim.

69 Tako Kunz, 64.

70 Vid. detaljnije I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminalite-ta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*. 3. deo, 2009, 249.

71 Slično je i u anglosaksonskom pravu (pojedininim saveznm državama SAD, Kanadi i Velikoj Britaniji, vid. Holland, 291, 310, 313).

kovanje prenošenja virusa HIV-a preko navedenih opisa,⁷² kako se bez izuzetka primećuje u nemačkoj teoriji, pokazuje brojne nedostatke, na koje smo delom već ukazali. Najjednostavnije je infekciju HIV-om smatrati pogoršanjem zdravstvenog stanja u smislu telesne povrede. Ipak, i u ovoj najmanje spornoj konstelaciji, zbog problema dokazivanja uzročnosti, u praksi se najčešće odgovora samo za pokušaj, što pak zahteva bar eventualni umišljaj. Kako je isti teško dokazati, zadržavanje kriminalne zone moguće je postići samo širenjem granica eventualnog umišljaja na užtrb svesnog nehata, dakle jednim temeljnim zahvatom u složena pitanja razgraničenja samog umišljaja i nehata. Stoga ne iznenađuju ukazivanja da se prenošenje HIV-a može adekvatno rešiti prvenstveno putem odgovarajućeg delikta ugrožavanja.⁷³

Švajcarsko krivično pravo poznaje krivično delo (§ 231) slično našem prenošenju zarazne bolesti iz § 249, koje ostvaruje onaj što umišljajno ili nehatno (lakši oblik) prenese opasnu zaraznu bolest. Reč je o posledičnom delu, što prema sudskoj praksi obuhvata ne samo prenošenje side, već i prenošenje HIV infekcije. Nešto širi obuhvat slične inkriminacije poznaje austrijsko pravo, koje prenošenje HIV-a smatra deliktom opšte opasnosti. Za razliku od švajcarskog posledičnog zakonskog opisa, što zahteva stvarno prenošenje HIV infekcije na zdravog, austrijsko zakonodavstvo se zadovoljava umišljajnim ili nehatnim apstraktnim ugrožavanjem drugoga (§§ 178, 179). Dovoljno je da je radnja podobna da prouzrokuje opasnost prenošenja zarazne bolesti među ljudima; niti je neophodno da je do prenošenja zaista i došlo, niti se traži konkretna opasnost da se zaraza prenese.⁷⁴ Time se izbegavaju problemi dokazivanja uzročne veze (da je konkretna HIV infekcija prouzrokovana od strane određene HIV pozitivne osobe), ali se i proširuje opseg inkriminacije, naročito zbog nehatnog oblika. Nehatno inkriminisanje dela apstraktne opasnosti podrazumevalo bi krivičnu odgovornost HIV-pozitivnog koji nije znao da je zaražen, ali koji je imao razloga da u to posumnja i da proveriti da li je nosilac virusa.⁷⁵ Takav povod bi mogao biti rizičan odnos sa prostitutkom ili pripadnikom druge rizične grupe ili primera radi deljenje zajedničke igle. Štaviše, u austrijskoj nauci dominira shvatanje da zbog apstraktne opasnosti dela kažnjivost zasniva i ljubljenje otvorenim ustima,⁷⁶ pa čak i upotreba prezervativa, jer se ne može isključiti mogućnost da dođe do pucanja ili greške u proizvodnji.⁷⁷ Ovako široku kriminalnu zonu ne smatramo opravdanom.

72 Prema jednom mišljenju (A. Wisuschil, „Aids und Unkontrollierbarkeit des Tatmittels bei § 330a StGB“, *Medizinrecht* 6/2006, 342), seksualni odnos HIV pozitivnog moguće je podvesti pod krivično delo teškog ugrožavanja oslobađanjem otrova (§ 330a nemačkog KZ-a), koje se nalazi u glavi čiji je grupni objekt zaštite životna sredina. Problem sličnog tumačenja ne predstavlja samo to što se prenošenjem virusa HIV-a ne napada životna sredina, već i činjenica da se zaražena telesna tečnost ni uz najekstenzivnije tumačenje ne može podvesti pod otrov koji se oslobađanjem više ne može kontrolisati.

73 Herzberg (1987a), 1463; Wisuschil (1998), 63. Za kanadsko pravo izričito Holland, 314–315.

74 Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 488.

75 Tako Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 489.

76 Tako Bittmann, 488.

77 C. Mayerhofer, u: F. Höpfel, E. Ratz *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007, 39.

OBLICI KRIVIČNOG DELA IZ § 250

Kako smo već ukazali na osnovne krivičnopravne probleme koji se tiču prenošenja HIV-a, u narednim izlaganjima osvrnućemo sa samo na pojedine konkretne aspekte rešenja iz § 250 Krivičnog zakonika Srbije.

Svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije (§ 250 st. 1)

Analiza krivičnopravnih problema do kojih može doći u situacijama prenošenja HIV-a pokazala je da njihovo rešavanje preko posledičnih krivičnih dela povrede u ovoj materiji nije dovoljno, bilo zbog teškoće dokazivanja uzročne veze, bilo zbog teškoća u utvrđivanju umišljaja. Zato je **dogmatski** ispravan put kojim je išao naš zakonodavac, inkriminišući u osnovnom obliku svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije (§ 250 st. 1). Inkriminisanje delikta ugrožavanja opravdano je i **kriminalno-politički**. Onaj ko svesno izlaže drugog riziku od prenošenja zaslužuje kažnjavanje. Ako na izvestan broj zaraženih „očajnika“, koji smatraju da više nemaju šta da izgube, slična odredba i ne može preventivno da utiče, na najveći broj običnih nosilaca virusa svest o zaraženosti delovaće na promenu navika u sferi seksualnog ponašanja kako bi se primenom sredstava zaštite izbeglo dalje širenje zaraze.

Naučno potvrđeni načini prenošenja virusa HIV-a od značaja su za preciziranje radnji kojima se drugi dovodi u opasnost od infekcije. Reč je, dakle, pre svega o vaginalnom, analnom ili oralnom⁷⁸ **koitusu** bez korišćenja kondoma. Upotreba kondoma predstavlja socijalno-adekvatno ponašanje što rizik prenošenja drži u granicama dozvoljenog. Milovanje i **dotirivanje** polnog organa partnera ne predstavljaju radnju dovođenja drugog u opasnost od infekcije. To nije ni uobičajeno pozdravljanje poljupcima, **ljubljenje** zatvorenim ustima, ali ni ljubljenje otvorenim ustima, što podrazumeva dotirivanje jezika i razmenu pljuvačke.⁷⁹ U pljuvački i suzama virus se nalazi u suviše maloj količini da bi se mogao preneti, dok ga u znoj uopšte i nema, tako da kontakt sa ovim telesnim tečnostima nije krivičnopravno relevantan. Ipak, zbog povišenog rizika krvne transmisije, **ujedanje** predstavlja podobnu radnju dela, iako do sada nisu zabeleženi slučajevi prenošenja HIV-a ovim putem, čak i kada je dolazilo do oštećenja kože.⁸⁰ Kako virus ne živi dugo u spolnoj sredini, treba isključiti i one radnje što podrazumevaju kontakt sa zaraženim u domaćinstvu ili radnom okruženju. To se međutim ne odnosi i na one kontakte koji nose nepotreban rizik od krvne transmisije, kakvi su korišćenje zajedničke četkice za zube ili briača.

Nije od značaja da li se u opasnost dovodi partner (bračni ili vanbračni) ili lice sa kojim se ne živi u sličnoj zajednici. Potencijalna opasnost daljeg prenošenja virusa postoji i kada se radi o **monogamnoj** vezi, jer se ne može isključiti da još

78 Isto važi ne samo za felaciju (lat. *fellatio*), već i za kunilingus (lat. *cunnilingus*), s obzirom da se ne mogu isključiti rane u ustima ili tragovi krvi u vaginalnom sekretu. Razlikovanje kažnjivosti prema tome da li se radi o aktivnom ili pasivnom oralnom odnosu, prisutno u austrijskoj teoriji, smatramo neopravdanim.

79 Zanemarljivi rizik od prenošenja postoji, ali samo ako je oštećena sluzokoža usta.

80 Tako Holland, 285.

neinficirani partner u budućnosti neće stupiti u seksualne odnose sa trećim licima. Čak i kada bi partner bio istrajan u vernosti, ostaje mogućnost da se zaraza dalje prenese npr. tokom eventualnog kasnijeg porođaja ili nekog drugog verifikovanog načina prenošenja.

Na planu krivice, svesno dovođenje drugog u opasnost podrazumeva one stepene krivice što sadrže element svesti, dakle direktni i eventualni umišljaj kao i svesni nehat. Ne radi se dakle o umišljajnom ili nehatnom obliku u uobičajenom smislu reči, već o subjektivnom obeležju *sui generis*. Istovremeno, dovoljno je da svest obuhvati dovođenje drugog u opasnost, tako da na planu dokazivanja neće postojati poteškoće u pogledu utvrđivanja subjektivnog sadržaja,⁸¹ jer se nesmotrenost i nepažnja (dovoljni za svesni nehat) mogu zaključiti već iz saznanja o bolesti i nekorišćenja preporučenih sredstava zaštite. Utoliko će utvrdivo umišljajno dovođenje drugog u opasnost, koje srećom nije imalo za ishod i prenošenje bolesti, imati karakter otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne (stepen krivice – § 54 st. 1). Ipak, umišljajno dovođenje drugog u opasnost otvara problem odnosa ovog oblika i umišljajnog prenošenja HIV-a iz st. 3, s obzirom da je pokušaj dela iz st. 3 kažnjiv.⁸² Ako je moguće dokazati umišljaj ne samo u pogledu ugrožavanja drugog, već i u pogledu prenošenja virusa, radnju učinioa treba kvalifikovati kao pokušaj dela iz st. 3. To će redovno biti situacije kada zaraženi ide za tim da zarazi što veći broj lica.

Prenošenje HIV-a nepridržavanjem propisa i mera (§ 250 st. 2)

Ratio propisivanja nehatnog oblika iz st. 2 jeste razlikovanje prenošenja infekcije nepažnjom samog prenosioca (st. 5), od svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV-a, što je za posledicu imalo prenošenje infekcije na drugoga. Dakle, ovde se ne radi o nehatu samog nosioca zaraze, već o **nečinjenju** lica koje, iako nije zaraženo, u okviru svojih dužnosti ne preduzima mere upravljene na sprečavanje širenja HIV-a.⁸³ Imajući u vidu redovne načine prenošenja, ova odredba pokriva pre svega krivičnu odgovornost zdravstvenih radnika u postupku kontrole postupaka prikupljanja, obrade i prerade ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata.⁸⁴ Takođe, delo se može ostvariti i nehigijenskim postupanjem prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela (kozmetičari, frizeri, berberi), medicinskih intervencija (hirurzi, lekari, stomatolozi) odnosno nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože (akupunktura, tetovaža, pirsing, bušenje ušiju).⁸⁵

81 To primećuje i Holland, 304.

82 Vid. § 30 st. 1.

83 Iako i kod osnovnog oblika i radnje „svesnog dovođenja drugog u opasnost od infekcije“ gramatičkim tumačenjem može da se zaključi da njegov učinilac može da bude svako lice, a ne samo nosilac zaraze (tako LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006, 660; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 582), smatramo da tumačeno ciljno – razlikovanje oblika iz st. 1 i 2 govori u prilog tome da je učinilac oblika iz st. 1 sam zaraženi, a oblika iz st. 2 drugo lice. U suprotnom, ne bi bilo moguće smisljeno razlikovati st. 2 i st. 5.

84 Vid. ranije pomenuti pravilnik istog naziva.

85 Instrumenti koji narušavaju integritet kože (igle za tatu ili akupunkturu, pištolji za bušenje ušiju) moraju da budu korišćeni jednokratno ili da budu očišćeni i na odgovarajući način sterilizovani.

Iako način podvajanja radnje (nepridržavanja propisa i mera) i ishoda (prenošenja infekcije) formulacijom uzročne veze („i time dovede“) nalikuje tipičnom oblikovanju objektivnog uslova inkriminacije, prenošenje infekcije ne predstavlja objektivni uslov već posledicu dela, koju mora da obuhvati nehat učinioca. Radnja nepridržavanja propisa i mera mora biti u uzročnoj vezi sa nastupanjem posledice prema uobičajenim pravilima, dakle biti *condicio sine qua non* prenošenja infekcije.

Kazna propisana za ovaj oblik (od jedne do pet godina) značajno je viša od nehatnog oblika iz st. 5 (do tri godine). To ima svoje opravdanje, ne samo zato što je reč o protivdužnosnom postupanju odgovornog lica, već i s obzirom na različito rešenje na planu sticaja ako posledica pogađa više lica. Naime, ako jedan prenosilac virusa (npr. prostitutka) svesno prenese na više lica virus HIV-a (st. 5) – odgovaraće za realni sticaj onoliko krivičnih dela koliko ima posledica (prenošenja ili u slučaju oblika kvalifikovanog smrću – smrti). Ako se, međutim, radi o obliku iz st. 2, te npr. zaposleni u transfuziji svojom nepažnjom ne primeni odgovarajuće mere postupanja sa zaraženom krvju, usled čega veći broj primaoca produkata krvi (npr. hemofilijara) bude zaražen – postojaće samo jedno krivično dela iz st. 2.⁸⁶

Treba primetiti da delo iz st. 2 nema teži oblik kvalifikovan smrću, kao što je učinjeno kod umišljajnog (st. 4) i nehatnog (st. 5) prenošenja infekcije na drugog. U pitanju je **propust** zakonodavca. S jedne strane, krivična odgovornost učinioca prema st. 2 nije limitirana bolešću, kako je to slučaj kod ostalih oblika ovog dela. Dok prenosilac HIV-a koji je i sam zaražen najčešće neće ni biti u prilici da odgovara za smrt pasivnog subjekta, jer će zbog razvoja sopstvene bolesti njegova smrt nastupiti pre smrti žrtve kao kvalifikovane posledice – ovde takvog ograničenja nema. S druge strane, iako je u savremenom svetu, gde se svaka jedinica krvi testira na HIV, ovaj vid prenošenja sve ređi – njegove posledice su neuporedivo teže, jer je ishod često infekcija većeg broja lica.⁸⁷

Umišljajno (§ 250 st. 3) ili nehatno (st. 5) prenošenje HIV-a na drugog

Biće ovog oblika inkriminiše „svesno prenošenje na drugog infekcije HIV-a“. Reč je o posebnom obliku telesnog povređivanja, u vidu teškog narušenja zdravlja. Prodiranjem virusa u ljudski organizam, imuni sistem postaje neotporan, dok istovremeno zaraženi i sam postaje infektivan.⁸⁸ Učinilac neće istovremeno odgovarati i za tešku telesnu povredu iz § 121, već će postojati prividni idealni sticaj po osnovu **specijalnosti**.

Dovoljno je da je infekcija prenetna samo na jedno lice. Kako vidimo, opis ne zahteva tek prenošenje side kao poslednjeg stadijuma HIV-a sa smrtnim ishodom.

Isto važi i za instrumente što nužno ne narušavaju integritet kože, ali gde može doći do kontakta sa zaraženom krvlju (npr. brijači).

86 Razume se, broj zaraženih utičaće na odmeravanje kazne.

87 Dovoljno je pomenuti poznati slučaj inficiranja više od 400 dece u Libiji 1998. godine, za šta je na smrt osuđeno pet bugarskih medicinskih sestara i jedan palestinski doktor. Iako je smrtna kazna kasnije zamenjena doživotnim zatvorom, nakon sporazuma sa Evropskom unijom, Libija je dozvolila da se ova kazna izvrši u Bugarskoj. Nakon što je šestoro osuđenih sletelo u Sofiju, bugarski predsednik ih je pomilovao.

88 Slično Holland, 302.

To niti proishodi iz jezičkog tumačenja, niti bi takav ishod bio kriminalno-politički poželjan, s obzirom da opasnost po zdravlje ljudi uzrokuje već prenošenje HIV-a. Dovoljno je dakle prenošenje već tzv. primarne infekcije (prvi stadijum virusa). Inače, ovaj stadijum najčešće nije praćen odgovarajućim simptomima (ili su oni slični gripu), tako da zaraženi, osim ukoliko nije svesno bio izložen kontaktu visokog rizika, najčešće i nema predstavu da je zaražen.⁸⁹ Štaviše, ako se u ovoj početnoj fazi koja traje nekoliko nedelja uradi test na antitela na HIV, on može biti i lažno negativan. Zaraza se po pravilu otkriva tek u kasnijim stadijumima,⁹⁰ tako da je redovan izvestan protok vremena od infekcije do saznanja o bolesti, u kojem su moguća dalja prenošenja zaraze na treća lica.

Direktan umišljaj (samo u obliku svesti o mogućem, a ne i u obliku svesti o izvesnosti) i namerno postupanje su zamislivi, naročito ako je reč o učiniocu kod kojeg dominira motiv da inficira druge („ako ja imam sidu, treba i drugi da je imaju“)⁹¹.

Ako se u vršenju razbojništva preti špricom sa (stvarno ili navodno) zaraženom krvlju HIV-virusom, osnovni oblik iz st. 1 će biti konzumiran prinudom, pa će učinilac odgovarati samo za razbojništvo. Ako špric bude i upotrebljen, učinilac će odgovarati samo za teži oblik razbojništva iz § 206 st. 2.

Osim samog prenošenja virusa, druga posledica ne mora da nastupi. Eventualno pogoršanje stanja psihičkog zdravlja pasivnog subjekta zbog saznanja o zarazi može predstavljati otežavajuću okolnost. Isto važi i za druge posledice koje se tiču različitih negativnih efekata na život žrtve (problemi u radnom okruženju, seksualni život itd.).

Kako je reč o posledičnom opisu, za dovršenje dela je neophodno utvrditi da je uzrok prenošenja HIV-a delo okrivljenog. Dokaz uzročne veze nije jednostavno izvesti. Kako pozitivan test ne daje nikakve informacije o onome ko je infekciju preneo, uzročnost je moguće dokazati samo u slučajevima u kojima je postojao kontakt sa jednim prenosiocem virusa. Zbog toga, veći praktični značaj ima odgovornost za pokušaj dela iz stava 3.⁹²

Prenošenje infekcije HIV kvalifikovano smrću (§ 250 st. 4)

Do odgovornosti za najteži oblik (§ 250 st. 4), kada je „usled dela iz stava 3. ovog člana nastupila smrt zaraženog lica“, neće doći često, bilo zato što zbog dugog perioda latencije smrt zaraženog još uvek nije nastupila, bilo zato što je prenosilac već preminuo od bolesti. Reč je o tipičnoj konstrukciji krivičnog dela kvalifikova-

89 Kako mora biti govora o „svesnom prenošenju“ infekcije, tek zaraženo lice neće često moći dalje da prenese infekciju u ovom ranom stadijumu, i da za to krivičnopravno odgovara.

90 Drugi, asimptomatski stadijum bolesti traje prosečno desetak godina. Iako ni ovaj period ne karakterišu tipični simptomi (moguće je oticanje limfnih čvorova), bolest se kao i u prvom stadijumu može preneti na drugog. To što ozbiljni simptomi nastupaju tek u trećem stadijumu bolesti, nije od značaja za ostvarenje bića dela. Naposletku, objektivno biće ovog oblika može biti ostvareno i u poodmaklom četvrtom stadijumu, kada nastupa sida. Razume se, lice obolelo od side ne prenosi na drugog neposredno sidu, već virus HIV-a, koji će se kod novoobolelog dalje individualno kretati kroz iste stadijume.

91 Bittmann, 490.

92 Zbog propisane kazne (od dve do dvanaest godina), ovaj pokušaj bio bi kažnjiv (vid. § 30 st. 1).

nog težom posledicom, na koju se odnosi § 27. Dakle, između prenošenja virusa i smrti mora da postoji uzročna veza, dok u odnosu na smrt mora biti utvrđen nehat učinioca, čime se isključuje primena § 118 za nehatno lišenje života.⁹³ Ako u datom slučaju učinilac postupi sa umišljajem, onda bi u obzir došla odgovornost kako za ubistvo⁹⁴ tako i za prenošenje infekcije HIV-a.⁹⁵ Ova mogućnost je dogmatski krajnje sporna, ali je moramo načelno prihvatiti, kada je zakonodavac već propisao ovaj kvalifikovani oblik. Ipak, češći će biti nehat učinioca u pogledu nastupanja smrti. Zaraza HIV-om nema nužno za ishod smrt. Do četvrtog stadijuma razvoja HIV-a može, ali i ne mora doći. Ako pak infekcija u stadijum side i napreduje, ovaj period – kako smo već ukazali – može trajati i više decenija. Utoliko okrivljenom stoji na raspolaganju argument očekivanja da će u datom periodu lek biti otkriven.⁹⁶ Zaključak o nehatu u pogledu nastupanja smrti, u smislu zakonske definicije „olakog držanja da do toga neće doći ili da će to moći sprečiti“ (§ 26), deluje iz ove perspektive sasvim zasnovan.

Literatura

1. Bačić F., *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1986.
2. Beglinger F., u: Niggli M. A., Wiprächtiger H. et al., *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007.
3. Bertel C., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006.
4. Bittmann K.-P., „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987.
5. Bottke W., „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988.
6. Bruns M., „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987.
7. Bruns M., „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987.

93 Hercberg prihvata samo krivičnu odgovornost za povređivanje, a isključuje odgovornost za smrtni ishod, ukazujući ne nepostojanje veze objektivnog uračunavanja između radnje učinioca i nastupele smrti od side. Kao što se mora odreći pravno relevantan rizik nastupanja smrti ako se neprijatelju u nadi njegove smrti od srčanog udara saopšti vest o lažnoj nesreći, tako prema Hercbergu objektivno uračunavanje treba ograničiti na prenošenje virusa (Hercberg (1987a), 1465; uporedivi primeri vid. R. D. Herzberg, „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996, 65). Ovaj argument ovde nije dovoljan jer bi time isključili svaku objektivnu vezu između radnje i smrti, pa i kada se radi o krivičnom delu kvalifikovanom težom posledicom, što nismo u mogućnosti zbog zakonskog rešenja. Interesantan je i pokušaj Šlehofera da objektivnu vezu odrekne uvođenjem novog kriterijuma objektivnog uračunavanja – vremenskog uračunavanja (vid. H. Schlehofer, „Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989, 2025). Kako smrt od side nastupa protekom više godina, prognoza njenog nastupanja u dalekoj budućnosti leži prema ovom autoru izvan granica vremenskog uračunavanja.

94 Od okolnosti bi zavisilo da li bi se radilo o običnom ili teškom ubistvu.

95 Sticaj ne bi bio prividan, s obzirom da delo iz st. 250 napada i zdravlje ljudi, a ne samo život pasivnog subjekta.

96 Tako M. Bruns, „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987, 2282.

8. Bruns M., „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989.
9. Frank R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908.
10. Frisch W., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990.
11. Herzberg R. D., „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987.
12. Herzberg R. D., „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996.
13. Holland W. H., „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994.
14. Knauer C., „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998.
15. Kreuzer A., „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988.
16. Kunz K.-L., „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990.
17. Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002.
18. Lacmann W., „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1911.
19. Lazarević LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006.
20. Lazin Đ., „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977.
21. Mayerhofer C., u: Höpfel F., Ratz E. et al., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007.
22. Meier B.-D., „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989.
23. Prittwitz C., „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988.
24. Puppe I., u: Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. et al., *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005.
25. Schlehofer H., „Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989.
26. Schünemann B., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989.
27. Smith D., Richman D., Little S., „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005.
28. Srzentić N. et al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986.
29. Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006.
30. Stojanović Z., *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009.
31. Varghese B. et al., „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002.

32. Vuković I., *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008.
33. Vuković I., „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008.
34. Vuković I., „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. 3. deo*, 2009.
35. Weait M., „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005.
36. Wisuschil A., „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998.
37. Zwahlen M., Egger M., „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006.

Igor VUKOVIĆ, Ph.D.

Assistant Professor at the Law Faculty, Belgrade

ISSUES OF CRIMINAL TRANSMISSION OF HIV

SUMMARY

Unlike many other countries, which apply existing criminal law offences to conduct that transmits HIV or risks transmission, Serbia enacted legislation that specifically prohibits and penalizes transmission of HIV as an offence against public health. Under Serbian law (according to Art. 250 of the Serbian Criminal Code), a person who knowingly endangers another person with infection by HIV virus may be guilty of a crime. The first issue this article addresses comes from the fact that this crime involves sexual act as an activity to which the participants are usually consenting. The author holds the position that a person engaging in sex does not need to know the seropositive status of the sexual partner, i. e. that the infected person does not have the obligation to disclose it's HIV infection. However, if the infected person does not reveal it's HIV-positive status, it should take some precautions to reduce the risk of transmission, usually by practicing safer sex. Only by such responsible act, infected person could avoid criminal liability. On the other hand, in contrast to other European penal codes, Serbian Criminal Code criminalizes not only the awareness of the risk of transmission (punished by imprisonment up to two years), but also the very transmission of HIV infection to another person, knowingly (punished by imprisonment of two to twelve years) or by (unconscious) negligence (punished by imprisonment up to three years). Such distinction raises questions on the matter of differentiation of the endangerment and attempted transmission, as well as the requisite mental culpability. Resolving these problems demands taking into account two important facts: low risk of HIV transmission through unprotected (vaginal, oral or anal) sex on one side and high mortality followed by long progression of the disease after the infection on the other side. The author studies different theories on distinguishing between dolus

eventualis and conscious negligence (with an emphasis on the theory of acceptance of the consequences as the theory adopted by Serbian courts) and their applicability on transmission of HIV. The paper puts current criminal code provisions under analysis, emphasizing issues of attempted transmission and distinction between intended and negligent crime.

Key words: transmission of HIV, HIV testing, consensual conduct, dolus eventualis, negligence.