

Igor Vuković*

ROĐENI ČOVEK KAO OBJEKT KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE – RAZGRANIČENJE SA PLODOM

Apstrakt. Za razliku od većine drugih dobara, krivičnopravna zaštita ljudskog života je apsolutna. Dok, na primer, imovinu krivično pravo štiti tek supsidijarno, ako se pokaže da su građanskopravni mehanizmi nedovoljni, jedino krivično pravo obezbeđuje odgovarajuću sankciju za prouzrokovanje smrti. Pritom, život čoveka je zaštićen od rođenja do smrti. Iako je osnovno krivično delo putem kojeg se to ostvaruje krivično delo ubistva, postoje brojni opisi koji za posledicu imaju nastupanje smrti, na primer, u saobraćaju ili usled kakvih opšteopasnih radnji (recimo, nepažljivo izazvanog požara). Čovekova smrt se može dogoditi i usled kakvih lekarskih grešaka. One su zamislive i tokom porođaja, zbog čega se kao naročito važno pitanje zaštite života razmatra i momenat razgraničenja stadijuma fetusa i rođenog čoveka. Tradicionalno, u srpskoj doktrini taj graničnik označava trenutak početka (redovnog) porođaja, odnosno otvaranja materice prilikom carskog reza. Međutim, poslednjih godina u više različitih odluka domaći sudovi zastupaju drugačije kriterijume. U radu se razmatraju te odluke i zaključuje da nije opravdano napuštanje tradicionalnih merila u tako važnom segmentu krivičnopravne zaštite.

Ključne reči: čovek, porođaj, prekid trudnoće, plod

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pretpostavka krivičnih dela koja za posledicu imaju smrt jeste da je delo učinjeno prema *živom čoveku*, što otvara pitanje kada nastaje život. Poslednjih godina, u srpskoj judikaturi je vođeno nekoliko pravno interesantnih krivičnih postupaka u kojima je neočekivano iznova otvoreno klasično pitanje postavljanja granice između *čoveka* i ljudskog *ploda*, kao potencijalnih objekata krivičnopravne zaštite. To pitanje se u literaturi uobičajeno razmatra u vezi sa krivičnim delima protiv života i tela, odnosno ubistvom, ali je ono relevantno i za druge delikte u kojima je nastupanje smrti (čoveka) pretpostavka dovršenja. Tako, prema članu 259. stav 4. Krivičnog zakonika, teško delo protiv zdravlja ljudi postoji, između ostalog, i ako je usled nesavesnog pružanja lekarske pomoći (član 251. stav 3. Krivičnog zakonika)¹ „nastupila

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 *Službeni glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19, u daljem tekstu: KZ.

smrt“. Reč je o formi krivičnog dela *kvalifikovanog težom posledicom*, za koje je na planu krivice u odnosu na takvu težu posledicu dovoljan nehat učinioca (vid. član 27. KZ). Ta okolnost, međutim, ne utiče na *kvalitet objekta* dela. Drugim rečima, nastupanje smrti kao posledica tog dela ni po čemu se ne razlikuje od nastupanja smrti kao pretpostavke ubistva (član 113. KZ), nehatnog lišenja života (član 118. KZ) ili nekog drugog krivičnog dela sa posledicom smrti. Zbog toga to razlikovanje nije od značaja za našu analizu.

Na samom početku treba učiniti jednu prethodnu napomenu. Činjenica je da čovek kao objekt uživa zaštitu ne samo kada se rodi već i u stadijumu ploda. Na to nesumnjivo ukazuje to što je i u domaćem pravu propisano krivično delo nedozvoljenog prekida trudnoće (član 120. KZ). Stoga se alternativno može govoriti o krivičnopravnoj zaštiti *rođenog* čoveka i *nerođenog* ljudskog bića u razvojnom stadijumu ploda. U tom smislu, izraz „živ čovek“, čest u naučnim osvrtima u ovoj materiji, razumemo u smislu „rođeni čovek“. Viši stepen zaštite koji uživa rođeni čovek ogleda se ne samo u tome što je kazna za njegovo usmrćenje značajno viša u odnosu na uništenje ljudskog ploda već i u tome što, za razliku od nehatnog izazivanja smrti nekog lica, nehatno izazivanje pobačaja nije kažnjivo. Osim toga, za razliku od krivičnih dela telesnog povređivanja, umišljajno oštećenje ljudskog fetusa takođe je nekažnjivo.²

Budući da je porođaj složen fenomen, u literaturi se odvojeno razmatraju pretpostavke početka ljudskog života kao objekta krivičnopravne zaštite u okolnostima normalnog porođaja i u okolnostima tzv. carskog reza. Zbog toga ćemo u narednim izlaganjima ukazati na specifičnosti oba ta merila.

2. POČETAK LJUDSKOG ŽIVOTA U OKOLNOSTIMA REDOVNOG POROĐAJA

Objekt koji se štiti propisivanjem ubistva i drugih krivičnih dela koja za posledicu imaju smrt čoveka je *ljudski život*, dok je objekt dela čovek. Krivičnopravna zaštita života traje od rođenja pa do smrti, pa je nužno precizirati momenat u kojem se taj kvalitet zadobija. U našoj starijoj literaturi sretali su se, u tom smislu, različiti kriterijumi. Tako Živanović govori o četiri moguća trenutka: smenjivanju placentarnog disanja i mogućeg disanja novorođenčeta na pluća,³ stvarnom prodisanju novorođenčeta na pluća, početku porodiljskih muka koje „bez dužeg prekida vode izlasku ploda iz utrobe“ i trenutku kada „ma koji deo tela izađe iz utrobe“. Pritom, taj poslednji kriterijum (pojavljivanja tela iz utrobe porodilje) Živanović

2 Takvo stepenovanje, uostalom, koje smatra vrednijim život i zdravlje bremenite žene, omogućilo je isključenje protivpravosti u pogledu eventualnog usmrćenja ploda (starijeg od 10 nedelja) koji se pobacuje (tzv. perforacija, vid. član 6. stav 2. tačka 1. Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama [Službeni glasnik RS 16/95 i 101/05 – dr. zak.]), ako se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene. R. Moos (2002). Vorbem zu §§ 75–79, 10.

3 U tom pravcu vid. L. Urošević (1929). *Sudski trebnik II. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*. Beograd, 264.

smatra najpouzdanijim.⁴ Odvajanje tela novorođenčeta od materine utrobe zastupali su i neki drugi predratni autori,⁵ kao i starija praksa nemačkog Carevinskog suda i austrijska judikatura.⁶ Tahović pak odlučnim smatra merilo *zrelost ploda* za odvajanje od utrobe,⁷ odnosno ono što neki kasniji autori označavaju kao sposobnost za vanmaterični život.⁸ U neku ruku, ako se porođaj odvija prirodnim putem, podrazumeva se da je plod odgovarajuće starosti koji omogućava vanmaterični život. Samo ako je porođaj *prevremen*, imalo bi se po ovom izolovanom gledištu odvojeno ispitivati da li je plod bio sposoban za vanmaterični život. To shvatanje je vršilo odgovarajući uticaj na posleratnu judikaturu, zbog čega se i danas u domaćim odlukama neretko pominje sposobnost za vanmaterični život, istina, u nedovoljno određenom značenju.

Čovekom se postaje momentom *rođenja*. Prva asocijacija bi bila da taj moment podrazumeva *okončanje porođaja*, to jest neki trenutak koji se vezuje za pojavljivanje deteta iz utrobe majke. Međutim, imajući u vidu da krivično delo ubistva deteta pri porođaju (član 116. KZ) govori o majci koja „lišava života svoje dete *za vreme porođaja* ili neposredno posle porođaja, dok kod nje traje poremećaj izazvan porođajem“, lišenje života novorođenčeta *tokom porođaja* očigledno se takođe smatra vidom ubistva, a ne nedozvoljenim prekidom trudnoće (Lazarević 2011, 429). Iz toga, prema vladajućem gledištu u našoj savremenoj doktrini, proizlazi da je odlučni trenutak kada prema krivičnim propisima „plod“ (u smislu nedozvoljenog prekida trudnoće) postaje „čovek“ (u smislu ubistva) *početak porođaja*, a ne tek njegovo okončanje. Nije, utoliko, neophodno da porođaj bude dovršen,⁹ kako se često u nekom uobičajenom kolokvijalnom razumevanju smatra da je neko „rođen“. Drugim rečima, i živi plod koji se još uvek nalazi u utrobi majke može da bude podoban objekt krivičnih dela koja za posledicu mogu imati smrt čoveka, čime se napuštaju starija shvatanja, koja početak života vezuju za izlazak celog ili dela tela novorođenčeta ili prodisavanje.¹⁰

Iako je taj kriterijum ubedljivo vladajući i u savremenoj evropskoj literaturi, treba pomenuti da se i u novijoj doktrini i dalje mogu sresti tvrđenja koja početak krivičnopravne zaštite povezuju sa nekim od drugih pomenutih momenata. Tako pojedini autori odlučnim smatraju kriterijum *vanmaterične sposobnosti za život*, pomerajući graničnik „čoveka“ i „ploda“ na samo 20 nedelja starosti ploda.¹¹ Drugi

4 Vid. T. Živanović (1938). *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Posebni deo. I. knjiga*, Beograd, p. 34.

5 Vid. M. Čubinski (1930). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. Januara 1929*, Beograd, p. 287.

6 R. Moos (2002), u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 75* (F. Höpfel, E. Ratz, Hrsg.), Wien, Vorbem zu §§ 75–79, 12.

7 J. Đ. Tahović (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 335.

8 Vid. Lj. Lazarević (2011²). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 429.

9 Z. Stojanović (2020¹⁰). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 439.

10 S pravom A. Stajić (1986), u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (N. Srzentić red.), Beograd, p. 113.

11 W. Gropp (2000). Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 1, p. 17.

pak taj momenat određuju kao trenutak kada novorođenče makar delimično napusti telo majke.¹² Ipak, slična razmišljanja nisu naišla na opšte prihvatanje. Važno je primetiti da je do novih razmišljanja o početku krivičnopravne zaštite života u nemačkoj doktrini došlo poslednjih godina, uglavnom zato što je dekriminalizovano delo ubistva deteta pri porođaju (§ 217 StGB aF), u kojem je, slično aktuelnom srpskom rešenju, ubistvo novorođenčeta postojalo ne samo ako je bilo učinjeno nakon već i tokom porođaja. Iz takvog oblića norme nesumnjivo se zaključivalo da otuda svako usmrćenje čoveka može biti ostvareno i za vreme porođaja. Premda je ta norma u nemačkom pravu danas otpala, kriterijum početka porođaja je u nemačkoj literaturi i dalje nesumnjivo dominantan.¹³ Uostalom, u austrijskoj (vid. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 9) i švajcarskoj doktrini,¹⁴ u kojima još uvek postoji delo (§ 79 öStGB odnosno § 116 schwStGB) slično srpskom ubistvu deteta pri porođaju (član 116. KZ), koje kažnjava i usmrćenje za vreme porođaja, upravo se taj argument smatra odlučnim za vezivanje krivičnopravne zaštite života za početak porođaja i razgraničenje prema nedozvoljenom prekidu trudnoće. Za razliku od kontinentalne evropske doktrine, u pravu SAD zahtev da čovek bude rođen podrazumeva da je fetus u celini izašao na svetlost dana i da je ustanovljena „nezavisna cirkulacija“, što se tumači u smislu da je dete prodisalo (po pravilu i zaplakalo). Neki američki sudovi su kao dokaz uspostavljanja nezavisne cirkulacije zahtevali da je prekinuta pupčana vrpca.¹⁵

Ako smo konstatovali da domaći i evropski autori prednost daju graničniku početka porođaja, time još nismo odgovorili na pitanje koji bi momenat označavao sam početak porođanja. U starijem shvatanju početak porođaja se povezivao sa započinjanjem trudova kojima se *plod istiskuje*.¹⁶ Novija medicinska saznanja, međutim, potvrđuju da *regularni* porođaj otpočinje već *početkom porođajnih trudova* kojima se porodilja (to jest kanal grlića njene materice) u kratkim i najčešće ritmičnim intervalima *otvara*.¹⁷ Nije pritom značajno da li je porođaj započeo prirodno ili je *veštački* izazvan to jest ubrzan pomoću medikamenata (Heger 2023, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3). Momenat davanja takvih lekova ne označava

12 U. Neumann (2023⁶), u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Hrsg. U. Kindhäuser et al., Baden-Baden, Vor. zu §§ 211–217, 9

13 M. Heger (2023³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (K. Lackner, K. Kühn, M. Heger), München, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3.

14 C. Schwarzenegger (2007²), u: *Basler Kommentar. Strafrecht II* (M. A. Niggli, H. Wiprächtiger, Hrsg.), Basel, Vor Art. 111, 10.

15 Međutim, u jednoj odluci (*People v. Chavez* [77 Cal.App.2d 621, 176 P.2d 92 (1947)]) sud je zaključio da pošto je uobičajeno ljudsko iskustvo da se deca rađaju živa, predstavlja običnu fikciju tvrđenje da dete nije živo dok god nije potpuno rođeno, budući da i nerođeno dete dostiže stadijum u kojem uz odgovarajuću negu može da preživi. Zbog toga bi, nezavisno od svojevrsne zavisnosti nerođenog deteta od majke do momenta odvajanja, usmrćenje fetusa tokom porođaja predstavljalo usmrćenje čoveka ako bi po prirodnom toku stvari porođaj bio uspešan. W. R. LaFave (2000³). *Criminal Law*, St. Paul, p. 656–657.

16 H. Welzel (1969¹¹). *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, p. 280.

17 H. Schneider (2021⁴), u: *Münchener Kommentar zum StGB* (V. Erb, J. Schäfer, Hrsg.), München, Vorbemerkungen zu § 211, 11; u švajcarskoj literaturi vid. C. Schwarzenegger, *op. cit.*, Vor Art. 111, 10.

početak porođaja. Raniji stadijum eventualnih bolova tokom spuštanja ploda poslednjih dana i nedelja pre porođaja takođe nije relevantan. Ako eventualno dođe do *prsnuća vodenjaka* (rupture amnionske kese) pre početka trudova, onda se ovaj momenat može smatrati početkom porođaja (Stajić 1986, 113).¹⁸ Ako pre nastanka porođajnih trudova kojima se porodilja otvara dođe do neke lekarske greške (npr. prilikom davanja lekova za izazivanje porođaja), takvo postupanje, pošto se još uvek deluje na plod, ipak ne bi bilo krivično kažnjivo. Međutim, ako nakon tog momenta bude učinjena greška koja izazove smrt ili oštećenje zdravlja novorođenčeta, lekar bi odgovarao za tu smrt (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 11). To ispravno gledašće se sreće i u nekim novijim domaćim odlukama. Tako u jednom postupku, vođenom takođe za teško delo protiv zdravlja ljudi, Apelacioni sud u Beogradu, pozivajući se na „savremena stanovišta relevantnih nauka“, pravilno konstatuje da „plod – nerođeno dete dobija krivičnopravnu zaštitu od trenutka početka porođaja i da se od tada smatra nosiocem prava na život, iz čega bi dalje mogao proizaći zaključak da je odlučujući trenutak od kojeg plod stiče svojstvo subjekta ovog osnovnog prava, početak porođaja, koji nastupa otpočinjanjem prvih kontrakcija i porođajnih bolova koji prirodno vode porođaju, bez obzira što dete još nije odvojeno od majčine utrobe“.¹⁹

Novorođenče mora u ovako određenom trenutku da bude *živo*, ali je irelevantna njegova buduća *sposobnost za život*. Otuda je objekt ubistva i *prevremeno rođeno* dete, koje zbog nerazvijenosti svojih organa ili kakve povrede nema velike šanse da izvan majčine utrobe preživi neko duže vreme.²⁰ Da sposobnost za život ne predstavlja uslov da bi se radilo o čoveku kao objektu zaštite, opšte je mesto u savremenoj doktrini (vid. npr. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 8), koje proizlazi iz zahteva da se na planu uzročnosti iz razmatranja izuzmu tzv. hipotetički kauzalni tokovi²¹ jer bi u suprotnom, u okolnostima ograničenja krivičnopravne zaštite života neakvom fizičkom sposobnošću za život ili očekivanim životnim vekom – eutanazija smrtno obolelog bila pravno dopuštena. Zbog toga se sposobnost za život ne traži ni za novorođenčad rođenu sa telesnim i duševnim *deformitetima*. Obrnuto, odumrli zametak ne predstavlja objekt ni ubistva ni nedozvoljenog prekida trudnoće.

Iako se u nekim domaćim odlukama početak krivičnopravne zaštite života razume saglasno većinskom mišljenju u literaturi, u jednoj novijoj odluci učinjen je otklon od takvog tradicionalnog pristupa. U aktuelnom primeru optužena (ginekolog akušer) prvostepenom odlukom je oslobođena da je načinila stručni propust koji je doveo do rođenja mrtvorodenog deteta. Optužbom joj je bilo stavljeno na teret da „nije na vreme bila uočena patnja ploda u poslednja četiri sata porođaja“, zbog čega je „plod trpeo teško i dovoljno dugo, što je imalo za posledicu njegovu

18 Slično i T. Fischer (2011⁵⁸). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Vor § 211, 5.

19 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 789/15 od 16. oktobra 2015, *Paragraf Lex*.

20 A. Eser, D. Sternberg-Lieben (2019³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (A. Schönke, H. Schröder, Begründ., München, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 14.

21 To što bi smrt živorođenog deteta nesposobnog za život svakako usledila u nekom kratkom vremenskom razmaku predstavlja hipotetički uslov koji se ne uzima u obzir prilikom ispitivanja *conditio sine qua non* formule. Vid. I. Vuković (2022²). *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd, p. 86.

smrt u materičnoj duplji, a što govori o tome da kontrola stanja ploda slušnim ili vizuelnim praćenjem na CTG aparatu u nedostatku CTG zapisa nije vršena kontinuirano i sa potrebnom pažnjom, te da se sa intervencijom zakasnilo.“²² Iz nalaza i mišljenja veštaka je proizlazilo da je do smrti ploda „došlo u drugom periodu porođajnog ciklusa, zbog ugušenja izazvanog udisanjem plodove vode, čemu je prethodila hipoksija mozga, odnosno nadražaj centra za disanje, te prevremeno disanje ploda sa posledičnim udisanjem plodove vode“. Povodom izjavljene žalbe, Apelacioni sud kao drugostepeni konstatuje da je za ostvarenje predmetnog dela neophodno „da se ostvari posledica u vidu nastupanja smrti lica... a koja u konkretnom slučaju izvedenim dokazima nije utvrđena... Prvostepeni sud je na nesumnjiv način utvrdio da je u konkretnom slučaju došlo do smrti fetusa (ploda) *pre okončanja porođaja* [podvukao I. V.], pri čemu je rođenje pravno relevantan momenat kada novorođenče postaje pasivni subjekat predmetnog krivičnog dela i od kada, kao i svako drugo lice, uživa krivičnopravnu zaštitu prava na život“. U nastavku se Apelacioni sud poziva na član 6. ratifikovane Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta,²³ kojim je predviđeno da „svako dete samim rođenjem ima pravo na život“. Ta odredba se zatim dovodi u vezu sa članom 112. stav 8. našeg Krivičnog zakonika, prema kojem se detetom smatra lice koje nije navršilo četrnaest godina. „Samim tim, imajući u vidu navedene izraze i pojam deteta, kako je to određeno u međunarodnom pravu i krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, iz kojih proizilazi da pojam ‘dete’ podrazumeva da je isto živo rođeno, to je rođenje pravno relevantan momenat kada novorođenče postaje ‘lice’ u smislu citiranih odredbi krivičnog materijalnog prava, to po oceni Apelacionog suda, tokom postupka nisu izvedeni dokazi da je ‘usled stručnog propusta okrivljene koji je u uzročno posledičnoj vezi sa smrću ploda u materičnoj duplji dovelo do smrtnog ishoda porođaja, odnosno do rođenja mrtvorodenog deteta’, kako se to okrivljenoj javnom tužbom stavlja na teret, budući da porođaj oštećene nije okončan rođenjem živog deteta.“

Nejasno je, najpre, pozivanje odluke na međunarodnopravne odredbe Konvencije UN o pravima deteta. Nijedna međunarodnopravna norma ne određuje na obavezujući način početak krivičnopravne zaštite života. Tako se ni u članu 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojim se uređuje pravo na život, ne daju kriterijumi za utvrđivanje merodavnog nastanka zaštite (s pravom, Schwarzenegger 2007⁴, Vor Art. 111, 10), zbog čega se ovaj trenutak u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima definiše *samostalno*. To ne čini ni u odluci citirani član 6. Konvencije UN jer se tu samo konstatuje da pravna zaštita deteta počinje njegovim rođenjem, koje se tu uopšte ne definiše. Time sud samo izvodi kružni zaključak, polazeći od pretpostavke da zaštita života počinje rođenjem, što bi bilo isključeno ako je dete mrtvorodeno, pri čemu se, međutim, prenebregava da rođenje deteta u krivičnopravnom smislu označava već početak porođaja a ne njegovo okončanje. Uostalom, lični status deteta ili uopšte njegova građanskopravna sposobnost nije u korelaciji sa pitanjem kada čovek zadobija krivičnopravnu zaštitu. Definisane tog trenutka

22 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1 456/22 od 15. avgusta 2022, *Intermex*.

23 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori* 4/96 i 2/97.

predstavlja pravno pitanje koje nije neposredno povezano sa nekim biološkim određenjem života (s pravom, Fischer 2011⁵⁸, Vor § 211, 5), zbog čega ti momenti mogu i da se ne poklapaju.²⁴

Osim toga, *kriminalno-politički* razlozi takođe govore u prilog zadržavanja klasičnog kriterijuma početka porođajnih trudova kao odlučnog momenta u kojem se zadobija viši stepen krivičnopravne zaštite. Dete je u stadijumu porođaja izloženo *naročitim rizicima*, zbog čega nije opravdano da u tom osetljivom periodu ono bude potpuno nezaštićeno od potencijalnih *lekarskih grešaka* (s pravom Schneider 2021⁵⁸, Vorbemerkungen zu § 211, 8; Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13). Ne treba izgubiti iz vida da krivično delo nedozvoljenog prekida trudnoće (član 120. KZ) *nema nehatni oblik*, zbog čega bi zaključak da se lekarska greška tokom porođaja vrši prema plodu za ishod imao *nekažnjivost* lekara. Obrnuto, pravilan zaključak da lekarske greške tokom vršenja porođaja za ishod mogu imati smrt ili povredu (čoveka) omogućio bi da se lekarevo nesavesno pružanje pomoći kvalifikuje kao teško delo protiv zdravlja ljudi, sa odgovarajućom posledicom smrti ili teške telesne povrede (vid. član 259. KZ). Stoga bi potencijalno bilo kažnjivo povređivanje ili usmrćenje deteta u majčinoj utrobi u vezi sa različitim mogućim nesavesnim radnjama tokom porođaja usled kojih mogu nastupiti krivičnopravno relevantne posledice (nagnječenje, oštećenje mozga, smrt itd.), na primer, davanjem pogrešnih medikamenata, propuštanjem odgovarajućeg zahvata, odabirom pogrešne metode porođanja itd. (Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 11).

Nije od značaja to što se u članu 259. KZ govori o teškim telesnim povredama ili smrti nekog „lica“. Jasno je da pod tim podrazumeva čovek kao objekt zaštite, kao što je to slučaj sa drugim krivičnim delima koja za posledicu imaju smrt (npr. deteta [vid. član 114. stav 1. tačka 9. KZ], ostavljenog lica [vid. član 126. stav 3. KZ], člana porodice [vid. član 194. stav 4. KZ] itd.). Još je manje ubedljiv potencijalni argument da bi nedoumice u tumačenju oblika iz stava 4. tog člana moglo da izazove to što se ovde govori o „nastupanju smrti“ bez pominjanja objekta („lica“). Jasno je da i taj oblik pretpostavlja da je lišen života čovek a ne plod.

3. POČETAK LJUDSKOG ŽIVOTA U OKOLNOSTIMA OPERATIVNOG POROĐANJA

Kada do porođanja dođe u okolnostima tzv. *carskog reza* (lat. *sectio caesarea*), pre momenta nastupanja trudova koji vode otvaranju porodilje,²⁵ prema krivičnopravnoj literaturi, „odlučan je zahvat koji odgovara *otvaranju materice* pri normalnom porođaju“ (Stajić 1986, 113). To je većinsko gledište i u uporednoj doktrini (Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13), iako neki autori, zbog celovitosti zaštite, početak porođaja pomeraju već na prethodno *otvaranje trbušnog zida* (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 12; u Austriji je to gledi-

24 Tako se u nemačkom pravu građanskopravna sposobnost stiče *dovršenjem porođaja* (§ 1 BGB), iako je potpuno nesporno da početak krivičnopravne zaštite života otpočinje početkom samog čina porođanja.

25 Ako taj graničnik bude pređen, važio bi kriterijum izložen u prethodnom odeljku.

šte većinsko [vid. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 12]). Ipak, kako do otvaranja trbušnog zida može doći iz raznovrsnih razloga, stiče se utisak da je pravno sigurnije vezivanje merila za momenat otvaranja materice (s pravom Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13). Eventualno prethodno davanje narkoze porodilji još uvek ne predstavlja porađanje. Neka novija gledišta u ovoj konstelaciji, analogno kriterijumu pojavljivanja makar nekog dela tela novorođenčeta iz utrobe majke, graničnik i ovde pomeraju na izvlačenje deteta iz uterusa (Neumann 2023⁶, Vor. zu §§ 211–217, 11). Ipak, i pored takvih izolovanih shvatanja, nemački Savezni sud (BGH) u jednoj novijoj odluci (*Berliner Zwillingfall*)²⁶ taj momenat povezuje sa pomenutim otvaranjem materice.

Zanimljiva su pitanja razgraničenja u slučaju tzv. **prenatalnih** i drugih radnji kojima se deluje na fetus pre nego što porođaj otpočne (npr. operacije na plodu, vršenje abortusa, saobraćajni udes, konzumiranje droga), ali čije dejstvo neplanirano izazove *prevremeno* rođenje i ubrzo smrt. Prema većinskom gledištu u uporednoj literaturi, ako je zahvat bio preduzet *pre* početka porođaja, smrtnan ishod bi se načelno vrednovao kao prekid trudnoće (a ne ubistvo) i u slučaju da je fetus došao na svet živ, ako nakon toga, zbog nesposobnosti za život ubrzo nastupi njegova smrt. Tim pre bi do istog ishoda dovelo ako plod premine još u materici. Međutim, ako u slučaju neuspešnog prekida trudnoće iz utrobe bude istisnut plod ne samo živ već i sposoban za život, koji naknadnim (*novim*) delovanjem bude usmrćen, postojaće ubistvo (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 13). Slično se (sa rezultatom nekažnjivosti) tumače i prenatalna dejstva različitih činjenja (npr. davanja medikamenta koji dovedu do deformacije ploda) ili nečinjenja trećih lica, koji u ishodu dovedu do telesnih ili duševnih nedostataka čoveka, kao i inficiranje (npr. seksualnim odnosom sa trudnicom) embriona HIV-om, usled kojeg dete nakon rođenja umre (Neumann 2023⁶, Vor. zu §§ 211–217, 14). Nekažnjive bi bile i nehatne radnje same trudnice koje se odražavaju na zdravlje ploda, na primer, njena nezdrava ishrana ili odavanje porocima.²⁷

U drugoj odluci od značaja za našu temu takođe se radilo o pitanju odgovornosti za teško delo protiv zdravlja ljudi, u vidu nastupanja smrti usled izvršenja krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći (član 251. stav 3. KZ). U konkretnom slučaju se radilo o eventualnoj lekarskoj grešci u okolnostima komplikacija u stanju poodmakle trudnoće, koje su okončane smrću novorođenčeta. U odluci drugostepenog suda se ukazuje da nalaz i mišljenje komisije veštaka konstatuju da „postoji objektivna mogućnost da je nalaz proširenih plućnih alveola direktna posledica veštački (artificijelno) utisnutog vazduha u pluća u postupku reanimacije mrtvorodenog deteta... U plućima novorođenčeta [je] bila prisutna veoma mala količina vazduha, jer su prilikom vršenja tzv. ‘plovnog oglada pluća’ samo najsitniji

26 BGH 11.11.2020 – 5 StR 256/20, BGHSt 65, 163. Stoga bi bila ostvarena posledica smrti (a ne usmrćenje ploda) i kada je u interesu preživljavanja jednog blizanca već teško povređeni drugi bliznac nakon otvaranja materice usmrćen, čak i ako bi pre tog momenta prekid trudnoće prema zdravstvenim propisima bio pravno moguć i dozvoljen (Heger 2023, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3).

27 R. Rissing-van Saan (2019), u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Hrsg.), Berlin, Vor §§ 211, 9.

delovi pluća plivali, što ukazuje da je vazduh u pluća upumpavan, a ne da je dete disalo. Da je sproveden postupak reanimacije i da je tada vazduh utisnut u pluća novorođenčeta veštaci zaključuju i na osnovu drugih činjenica navedenih u medicinskoj dokumentaciji, a pre svega da je, nekoliko sati pre porođaja, ultrazvučnim pregledom konstatovan prestanak srčanog rada ploda, kao i da je ‘apgar skor’, tj. ocena vitalnosti novorođenčeta iznosio nula bodova, što sve u situaciji kada je novorođenče ventilirano ukazuje da je u konkretnom slučaju najverovatnije, odnosno skoro sigurno mrtvorodeno. Iz napred navedenog proizilazi da je komisija veštaka Zavoda za sudsku medicinu iz Niša, pouzdano zaključila, a prvostepeni sud sve to pravilno cenio i prihvatio, da je usled rasepa od ranije postojećeg kesastog proširenja zida slezinske arterije i iskrvljenja u prostor iza zida trbušnice u prostor trbušne duplje sada pok. M.V. koja je bila u devetom mesecu trudnoće, došlo do patnje i vitalne ugroženosti ploda uzrokovane krvarenjem majke, što je predstavljalo razlog za prevremeni porođaj carskim rezom, kako bi se ranijim vađenjem ploda iz materice izbeglo oštećenje mozga, a što je dovelo do smrti novorođenčeta, koja je nastupila pre izvršenog carskog reza“.²⁸ U ovom objašnjenju, na prvi pogled, Apelacioni sud ne istupa iz okvira pomenutog kriterijuma doktrine.

Međutim, u svom obrazloženju Apelacioni sud ide i korak dalje, pozivajući se na tumačenje Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Vo v. France* (predstavka br. 53924/00 od 8. jula 2004. godine).²⁹ Tom odlukom Evropski sud je konstatovao da nerođeno dete ne predstavlja lice u smislu člana 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojem bi bilo garantovano pravo na život, i da je njegovo pravo na život ograničeno pravima i interesima majke (para. 80). Razmatrajući istovremeno i pitanje da li usmrćenje fetusa treba da bude tretirano kao krivično delo, sudije Evropskog suda ukazuju na to da je pitanje početka života nejednako rešeno u evropskim zakonodavstvima i da je kao takvo opterećeno raznovrsnim etičkim, religioznim, filozofskim, medicinskim i drugim predstavama koje uslovljavaju različit pristup na nacionalnom nivou, zbog čega je u izostanku konsenzusa harmonizacija na nivou evropske zajednice malo verovatna. Zbog toga se Evropski sud i bavio isključivo francuskim rešenjem, koje ne dopušta da se pod član 221–6 Krivičnog zakonika, koji govori o nehatnom ubistvu „drugoga“, podvede i prouzrokovanje fatalnih povreda fetusu (para. 83). Drugim rečima, Evropski sud ovde nije dao nikakvu univerzalnu definiciju početka krivičnopravne zaštite života već je samo konstatovao da je u evropskim zakonodavstvima, za razliku od zaštite rođenog čoveka, zaštita ljudskog života u stadijumu ploda nejednako uređena. U srpskom pravu, međutim, ljudski plod takođe uživa odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu, s obzirom na to da pod određenim uslovima nedozvoljen prekid trudnoće predstavlja krivično delo (član 120. Krivičnog zakonika). Osim nejasnog pozivanja na odluku Evropskog suda u ovom predmetu, Apelacioni sud, štaviše, „nalazi da se neosnovano u žalbi javnog tužioca ističe da za postojanje predmetnog krivičnog dela i za razjašnjenje ove krivičnopravne stvari nije bitna činjenica da li je novorođenče mrtvo rođeno ili je u trenutku rođenja bilo živo“. Taj stav se i kasnije potcrtava komentarom da

28 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, KŽ1 657/19 od 27. avgusta 2019, *Paragraf Lex*.

29 Vid. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-61887%22>

u slučaju smrtnog ishoda „fetus još ne postoji u to vreme kao subjekt prava tj. nije živorođen [podvukao I. V.] niti to, zbog nastupelog smrtnog ishoda, može biti“.³⁰

Već smo konstatovali da međunarodnim normama, uključujući tu i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, nije definisana relevantna granica krivičnopravne zaštite života, koja je prepuštena nacionalnim zakonodavstvima. Zbog toga ne stoji pozivanje na bilo kakva međunarodna pravila u vezi sa tim pitanjem. To, međutim, još uvek ne isključuje da domaći sudovi relevantan momenat povezuju sa nekim od prethodno pomenutih kriterijuma. Kao što smo u obe navedene odluke videli, za uspostavljanje pune krivičnopravne zaštite života odlučnim je smatran trenutak *okončanja porođaja*, to jest rođenja *živog deteta*. Iako domaći sudovi nisu obavezni da odlučuju saglasno većinskom gledištu u nauci, stiče se utisak da je zanemaren osnovani kriminalno-politički interes da čovek zaslužuje pojačanu pravnu zaštitu i u stadijumu samog porođaja, naročito imajući u vidu potencijalne lekarske greške i njihovu nekažnjivost ako bi se ljudsko biće u vreme odvijanja porođaja vrednovalo isključivo kao fetus. Kako doktrina ne predstavlja izvor prava, njeno većinsko gledište povodom pojedinog pitanja ne može obavezujuće da usmeri postupanje sudova. Ipak, u ovom slučaju pomenute odluke nisu saglasne činjenici da kod krivičnog dela ubistva deteta pri porođaju (član 116. KZ) zakonodavac usmrćenje deteta za vreme porođaja tretira kao *vid ubistva*, a ne usmrćenja ploda. Svakako je nedosledno da u različitim opisima sa posledicom smrti čoveka bude zastupan različit kriterijum ko se uopšte smatra čovekom. Zbog toga navedeno tumačenje nesumnjivo ne zaslužuje da bude prihvaćeno.

LITERATURA

- Eser A., Sternberg-Lieben D. (2019³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Hsrg. A. Schönke, H. Schröder, Begründ. München.
- Čubinski M. (1930). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. Januara 1929*. Beograd
- Fischer T. (2011⁵⁸). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München
- Gropp W. (2000). Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* № 1.
- LaFave W. R. (2000³). *Criminal Law*. St. Paul
- Lazarević Lj. (2011²). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd
- Neumann U. (2023⁶), u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Hrsg. U. Kindhäuser *et al.* Baden-Baden.

30 Tim pitanjem se kasnije bavio i Vrhovni sud, koji je na pitanje da li smrt fetusa koji je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, a koja je nastupila usled izvršenja krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći iz člana 251. KZ, predstavlja smrtnu posledicu u smislu krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz člana 259. stav 2. i stav 4. KZ – dao odgovor (istina, bez nekog šireg pojašnjenja) da to nije slučaj (Pravni stavovi krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda oko spornih pravnih pitanja u vezi sa kojima nije postignuta saglasnost predstavnika apelacionih sudova saopšteni na sastanku u Novom Sadu 30. marta 2018. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu* 11/2020, *Intermex*).

- Moos R. (2002), u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 75, Hrsg. F. Höpfel, E. Ratz. Wien.
- Rissing-van Saan R. (2019), u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Hrsg. H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann. Berlin.
- Schneider H. (2021⁴), u: *Münchener Kommentar zum StGB*, Hrsg. V. Erb, J. Schäfer. München.
- Stajić A. (1986), u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, red. N. Srzentić, Beograd.
- Stojanović Z. (2020¹⁰). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd.
- Tahović J. Đ. (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd.
- Urošević L. (1929). *Sudski trebnik II. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*. Beograd.
- Vuković I. (2022²). *Krivično pravo Opšti deo*. Beograd.
- Welzel H. (1969¹¹). *Das deutsche Strafrecht*. Berlin.
- Živanović T. (1938). *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Posebni deo*. I. knjiga. Beograd.

Igor Vuković*

BORN HUMAN AS OBJECT OF CRIMINAL LAW PROTECTION – DIFFERENTIATION FROM THE FETUS

SUMMARY

Unlike most other goods, criminal law protection of human life is absolute. While e.g. property is protected by criminal law only in a subsidiary manner (if civil law mechanisms prove insufficient), only criminal law provides the appropriate sanction for causing death. At the same time, human life is protected from birth to death. Although the basic crime through which the protection is accomplished is the crime of murder, there are numerous other crimes that result in death, e.g. in traffic or due to some generally dangerous actions (for example, as result of carelessly caused fire). A person's death can also occur due to medical errors. They are also imaginable during childbirth, which is why the moment of demarcation between the stage of the fetus and the born human is considered as a particularly important issue of life protection. Traditionally, in Serbian doctrine, this boundary marks the moment of the beginning of (regular) childbirth, or the opening of the uterus during a caesarean section. However, in recent years, in several different decisions, domestic courts advocated other criteria. The paper discusses these decisions, with the conclusion that it is not justified to abandon traditional standards in such an important segment of criminal law protection.

Key words: human, childbirth, termination of pregnancy, fetus

* Faculty of Law, University of Belgrade, igorvu@ius.bg.ac.rs