

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA



31

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 9 • BEOGRAD • 2018 • TOM I

31
godina



Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 9/2018 / Godina LXVII / Knjiga 607

1–776

B e o g r a d

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović,
Gordana Stanković, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2018. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 dinara,
za pravna lica – 16.000 dinara, za inostranstvo – 300 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA

Trideset prvi susret pravnik Kopaoničke škole prirodnog prava (13–17. decembar 2018) održava se sa opštom temom *PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA*.

Tematska sadržina svih priloga domaćih i inostranih autora prilagođena je Heksagonu Kopaoničke škole prirodnog prava, i to: *Pravo na život, Pravo na slobodu, Pravo na imovinu, Pravo na intelektualnu tvorevinu, Pravo na pravdu i Pravo na pravnu državu*.

Za ovaj susret publikovano je 190 referata koji su raspoređeni u šest katedri i 23 sekcije. Objavljeni referati obuhvataju četiri toma »Pravnog života« br. 9–12/2018, na tri hiljade stranica štampanog teksta.

Redakcija ove tomove »Pravnog života« uručuje svojim čitaocima, učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava i široj pravničkoj javnosti u uverenju da ove knjige, zajedno sa knjigama iz ranijih godina, naučno i stručno uvećavaju biblioteku Kopaoničke škole prirodnog prava.

Redakcija

*DRAGANA KOLARIĆ,
SAŠA MARKOVIĆ*

PRAVO NA ŽIVOT I KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA NEROĐENOG DETETA

U V O D

Osnovno pitanje koje se postavlja u ovom radu je da li se može govoriti o pravu na život nerođenog deteta imajući u vidu odredbe krivičnog zakonodavstva u našoj zemlji. Na ovo istraživanje nas je usmerila sudska praksa kako Evropskog suda za ljudska prava, tako i domaćih sudova. Ali najpre moramo poći od slova najvažnijih međunarodnih dokumenata u oblasti zaštite osnovnih ljudskih prava, kao i Ustava Republike Srbije i na kraju Krivičnog zakonika Srbije. Prateći rasprave o ovom pitanju primećujemo da one doživljavaju zenit poslednju deceniju. U skladu sa tim, neke zemlje su čak inovirale svoje krivično zakonodavstvo uvođenjem inkriminacija kojima se štiti fetus.

PRAVO NA ŽIVOT

S obzirom da je pravo na život univerzalno pravo čoveka, njegova zaštita je inkorporirana i garantovana nizom dokumenata koje je donela međunarodna zajednica, a koje je prihvatio najveći broj država, i nizom akata donetih na unutrašnjem planu.

Dr Dragana Kolarić, profesor, Kriminalističko-policijski univerzitet, Ustavni sud Republike Srbije.

Dr Saša Marković, docent, Kriminalističko-policijski univerzitet.

Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLP)¹ u članu 2. ističe da je pravo na život svake osobe zaštićeno zakonom. Niko ne može namerno biti lišen života, sem prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom. Stav 2. ovog člana navodi da lišenje života nije protivno ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno potrebna. Sila je apsolutno potrebna, prema slovu Konvencije, radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja, da bi se izvršilo hapšenje na osnovu zakona ili sprečilo bekstvo lica lišenog slobode na osnovu zakona i prilikom mera koje se preduzimaju na osnovu zakona u cilju suzbijanja nereda ili pobune.

Pravo na život se direktno tretira i protokolima br. 6 i br. 13. Najpre Protokol br. 6 afirmiše načelo ukidanja smrtne kazne, tako što ističe da država mora, tamo gde je podesno, izbrisati tu kaznu iz svog zakonodavstva. Član 2. istog protokola precizira da se dejstvo protokola ograničava na obavezu ukidanja smrtne kazne za vreme mira, dok za krivična dela izvršena za vreme rata ili immanentne ratne pretnje može ostati odredba o smrtnoj kazni.² Protokol br. 13. ide i dalje u zaštitu prava na život i ističe da je potpuno ukidanje smrtne kazne bitan element zaštite tog prava i punog priznanja urođenog dostojanstva svih ljudskih bića. Na taj način je ojačana zaštita prava na život kao neotuđivog prava individue.³

*Ustav Srbije*⁴ u odredbi člana 24. koja nosi naziv *Pravo na život* ističe da je ljudski život neprikosnoven, da u Srbiji nema smrtne kazne i da je zabranjeno kloniranje ljudskih bića.

U razvijenim državama sa razvojem prava o ljudskim pravima napušta se shvatanje po kome je na prvom mestu u krivičnom pravu bila zaštita države i ustavnog poretka. Sistematizacija posebnog dela krivičnog prava ukazuje na to. Krivični zakonik Srbije⁵ apsolutni prioritet daje zaštiti prava na život. Posebni deo počinje sa grupom krivičnih dela protiv života i tela, tj. sa krivičnim delom ubistva koje spada u klasična, *mala in se* krivična dela.

Pravo na život čoveka, kako je jednodušno prihvaćeno, predstavlja vrhovno ljudsko pravo koje se nalazi ispred svakog drugog prava. No, bez obzira na jedin-

¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. listu SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispavka i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori* br. 12/2010.

² Protokol br. 6 je otvoren za potpisivanje državama članicama Saveta Evrope 28. aprila 1983. godine.

³ Protokol br. 13 je otvoren za potpisivanje državama članicama Saveta Evrope 3. maja 2002. godine.

⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br.98/2006.

⁵ Krivični zakonik-KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. i 94/16.

stvenost takvog stava, pravo na život izaziva brojne rasprave i oprečna mišljenja u pogledu sledećih pitanja: da li je pravo na život prirodno pravo čoveka, tj. da li se radi o urođenom pravu ili je ono stečeno kasnije bitisanjem i borbom čoveka; da li postoje izuzeci od ovog prava koje je opravdano legitimirati i koji bi stoga ukazivali na relativnost prava na život; kakav je odnos između krivičnopravne zaštite prava na život i zaštite koju pružaju druge grane prava?⁶

*Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*⁷ u članu 6. stav 1. ističe da svako ljudsko biće poseduje neodvojivo pravo na život. Korišćenjem atributa neodvojivo, urođeno (*inhérent*), namera je bila da se izrazi ideja da se osnov prava na život nalazi u prirodnom pravu.⁸ Sledstveno tome, pojedini autori tvrde da pravo na život predstavlja prirodno pravo čoveka. Ali tu nam se odmah nameću pitanja koja su to prirodna prava čoveka, tj. gde se nalazi njihov katalog? S druge strane, imamo stavove da su sva ljudska prava istorijski uslovljena, pa čak i pravo na život, jer su se granice tog prava tokom istorije menjale, a i danas nisu nesporne. Navešćemo i tvrdnju koja deluje i kao upozorenje da “nema nikakvih urođenih prava, ona su sva stečena ili se još moraju u borbi steći”.⁹ Do ostvarenja prava na život čovek je prešao dug i trnovit put jer krivičnopravna zaštita života čoveka nije u svim periodima ljudskog društva bila ista. Mogli bismo prihvatiti tvrdjenje da život predstavlja prirodno dobro, samim tim i prirodnu kategoriju, a pravo na život i prirodnopravnu i pozitivnopravnu kategoriju, socijalno uslovljenu.

Naime, prirodna težnja čoveka jeste da živi. Život predstavlja dobro, kao pozitivno vrednovana datost, koje može biti pogođeno na razne načine (npr., prirodnim događajima), dok je pravo na život više od dobra, ono uvek sadrži odnos prema drugim ljudima.¹⁰ Kako se to opravdano ističe, prava ljudi sadrže i prirodnopravnu i socijalnu (a time i pozitivnopravnu) komponentu. Pravo na život u najvećoj meri poseduje prirodnopravni supstrat (zbog toga što je život neophodan preduslov za postojanje svih ostalih prava), ali ni ovde nije nužno govoriti o prirodnom pravu, već se i ono može uključiti u korpus univerzalnih ljudskih prava koja su se menjala sa razvojem društva bez obzira na to što su univerzalna.¹¹ Pravo na život kao prirodno pravo čoveka ne znači ništa više od prava da ne bude

⁶ D. Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Beograd, 2008, str. 155.

⁷ “*Službeni list SFRJ*”, broj 7/1971.

⁸ M. Novak, Pravo na život, *Pravni život*, br. 9/1996, str. 4.

⁹ Z. Stojanović, Pravo na život kao prirodno pravo čoveka, *Pravni život*, br. 9/1997, str. 4.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

ubijen.¹² Danas, međutim, pravo na život mnogo je više od prava nekog lica da ne bude ubijeno. Ono je u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima prošireno. Kao primer navode se sledeće situacije. Prirodno pravo na život ne znači obavezu svih da otklanjaju opasnost od nečijeg života, pa čak ni onda kada to mogu učiniti bez opasnosti za svoj život. Danas, u mnogim krivičnim zakonima postoji krivično delo nepružanja pomoći licu koje se nalazi u neposrednoj životnoj opasnosti (član 127. KZ). Isto tako, prirodno pravo na život ne obuhvata ni pravo na određeni kvalitet života.¹³

Pravo na život spada u tvrdo jezgro ljudskih prava.¹⁴ Ovde se veoma lepo vidi interakcija između Ustava i Krivičnog zakonika.¹⁵ Prvo, nema smrtne kazne i drugo, kada je u pitanju krivičnopravna zaštita života, ne dolaze do izražaja tri osobine krivičnog prava, tj. njegova akcesornost, fragmentarnost i supsidijarnost, već je ona samostalna, celovita i primarna.¹⁶

Krivičnopravna zaštita života predstavlja najjači vid pravne zaštite i stoga mora biti adekvatno postavljena.¹⁷ To znači da zaštitu i poštovanje prava na život, proklamovanog najvažnijim međunarodnim dokumentima i Ustavom Srbije, obezbeđuje pre svih, krivično zakonodavstvo.

Obično se ističe da je pravo na život apsolutno pravo. No, kod svih mehanizama zaštite prava na život, i međunarodnih i unutrašnjih, postoji jedan okvir koji se direktno suprotstavlja pravu na život, koji dozvoljava njegovo gašenje. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u članu 6. stav 1. ističe da niko ne može "proizvoljno" biti lišen života. Da li to znači da može kada nije proizvoljno, arbitrarno. O tome nema nikakvog sadržaja u Paktu. EKLjP u članu 2. nabroja slučajeve dozvoljenog lišavanja života. To su: odbrana od nezakonitog nasilja (samoodbrana i odbrana drugog lica), hapšenje, sprečavanje bekstva, ugušenje pobune ili ustanka (ovaj poslednji osnov naročito je sporan). Sve ovo potvrđuje da čak i međunarodni dokumenti relativizuju pravo na život. Krivični zakoni, takođe, pokazuju da pravo na život podleže ograničenjima. Tako, osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela postavljaju granice krivičnopravnoj zaštiti života. To su: nužna odbrana, krajnja nužda, pristanak lica, dozvoljeni rizik. U nekim ze-

¹² Z. Stojanović, Prirodno pravo na život i krivično pravo, *JRKK*, br. 1/98, str. 8.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ D. Kolarić, Ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari, u zborniku: *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite*, Zlatibor, 2018, str. 51.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ D. Kolarić, Krivično delo ubistva, *op. cit.*, str. 13.

¹⁷ M. Đorđević, Život kao objekat krivičnopravne zaštite, *Pravni život*, br. 9/1995, str. 45.

mljama, doduše, van evropskih zemalja postoji i smrtna kazna (takođe i u Belorusiji, koja jedina na evropskom kontinentu ima smrtnu kaznu¹⁸).

Interesantno je da Američka Konvencija o ljudskim pravima, koja je usvojena od strane američkih država u San Hozeu 1969. godine, u članu 4. st. 1. određuje da svako lice ima pravo da se njegov život poštuje. Ovo pravo štiti se zakonom i to, uopšte uzev, od trenutka začeća.¹⁹ I sada su mišljenja u Americi oko ovog pitanja podeljena. Osnovni uslov i u Americi da bi postojala krivično delo ubistva je “da je dete živo rođeno”. Mada je bilo odstupanja od ovog principa. Jedan od takvih primera je bio u slučaju *Commonwealth vs. Cass* u državi Masačusets, SAD (*Commonwealth vs. Daniel I. Cass, in the Commonwealth of Massachusetts, 392 Mass. 799 October 5, 1983 - August 16, 1984*), gde je sud smatrao da mrtvorodeni osmomesetni fetus, čija je majka povređena od strane vozača, predstavlja smrtnu posledicu u smislu krivičnog dela teško delo protiv bezbednosti javnog saobraćaja (eng. *vehicular homicide*). Odlukom većine, Vrhovni sud Masačusets, je našao da je fetus “lice” u smislu zakonske odredbe koja se odnosi na smrtnu posledicu krivičnog dela teško delo protiv bezbednosti javnog saobraćaja.²⁰

Već na samom početku istraživanja vidimo da najznačajniji međunarodni instrumenti u ovoj oblasti, garantujući nepovredivost života, ne kažu izričito ko je titular prava na život. Oni, uglavnom, kazuju šta je to što se štiti – život, a ne i – čiji život.²¹ Da li je titular samo čovek, živo ljudsko biće ili se može govoriti i o pravu na život nerođenog deteta? Odgovor na ovo pitanje direktno utiče i na sledeće, a to je od kog momenta se pruža ta zaštita. Ako se složimo da je titular prava na život čovek, živo ljudsko biće onda se zaštita prava na život vezuje za trenutak rođenja. Sa druge strane, ako prihvatimo tezu da i plod u majčinoj utrobi može biti titular prava na život onda se pravna zaštita pomera unazad i zadire ili na trenutak začeća što je sa stanovišta krivičnopravnog zakonodavstva vrlo spor-

¹⁸ Belorusija je jedina evropska zemlja koja i dalje izbegava da odgovori na poziv o ukidanju smrtne kazne koji je uputila međunarodna zajednica, a naročito Savet Evrope. Krajem novembra 2011, Vrhovni sud Belorusije osudio je Dmitrija Konovalova (Dmitry Konovalov) i Vladislava Kovaleva (Vladislav Kovalev) na smrtnu kaznu za podmetanje bombe u metrou u Minsku 11. aprila 2011. godine. Mnogi citiraju izjavu Generalnog sekretara SE, koji je u vezi sa ovim smrtnim presudama izjavio da “smrt nije rešenje”. On je takođe apelovao na vlasti u ovoj zemlji da ne izvrše smrtnu kaznu nad osuđenima, jer to nije kazna nego osveta. Više o tome: E. Korljan, *Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravo na život*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, 2012, str. 62.

¹⁹ M. Vešović, *Zbirka dokumenata o ljudskim pravima i slobodama*, Beograd, 1998, str. 173.

²⁰ D. Janković, *Criminal Legal Protection of Fetus in the Case of Criminal Offense Medical Malpractice*, Criminalistic and Criminal Justice Aspects in Solving and Proving of Criminal Offences, Archibald Reiss Days, 2018.

²¹ Vodinelić, V; *Moderni okvir prava na život*, Pravni život, br. 9/1995, str. 8.

no ili se vezuje za trenutak sposobnosti za život ploda, što, takođe, ne bi bilo bez prigovora.

Stoga je, sa stanovišta pozitivnog krivičnog prava, jako važno utvrditi od kog trenutka se štiti život čoveka.

POČETAK ŽIVOTA

Krivični zakonik Srbije štiti pravo na život, pre svega, inkriminacijama koje se odnose na obično ubistvo, teška (kvalifikovana) ubistva i privilegovana ubistva. Svoj značaj ima i inkriminacija nedozvoljenog prekida trudnoće koja se odnosi na uništenje ploda, tj. čovekovog začetka. Pravo na život se štiti i kroz neka druga krivična dela uperena protiv nekih opštih vrednosti (krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, protiv zdravlja ljudi itd).

Pitanja kada počinje ljudski život a kada se završava pripadaju najvećim aktuelnim filozofskim i pravnoetičkim diskusijama.²²

Po opšte prihvaćenom stanovištu, do kojeg zaključka dolazimo i analizom odredbi Krivičnog zakonika, štiti se živo ljudsko biće, od trenutka rođenja do momenta smrti. Zbog toga je jako važno utvrditi koji se trenutak smatra rođenjem, a koji trenutkom završetka života. Razgraničenje u odnosu na nastali život i pojam smrti imaju odlučujuće značenje za kvalifikaciju dela. Do početka života u krivičnopravnom smislu dolazi u obzir samo krivično delo nedozvoljeni prekid trudnoće. Uništenje ploda u utrobi majčinoj nije ubistvo već pobačaj. U poređenju sa bićem krivičnog dela ubistva nedozvoljeni prekid trudnoće svakako predstavlja blaže krivično delo, ima manju krivičnopravnu pretnju. Takođe, ne kažnjava se nehatan prekid trudnoće²³ pa je i zbog toga važno dobro razgraničiti ova dva dela. O pitanju početka života ne postoji saglasnost u doktrini krivičnog prava.

Pomenućemo nekoliko teorija. Po jednoj, krivičnopravna zaštita života počinje sa početkom bolova koji vode porođaju pri čemu ostaje otvoreno, da li se pri tome misli na bolove otvaranja ili pritiska. Prema shvatanju koje je dugo bilo vladajuće, početkom porođaja se smatraju bolovi napona tj. pritiska, kada dete gura kroz porođajni kanal što ujedno označava početak prostornog odvajanja majke i deteta. Nasuprot tome, na osnovu najnovijih medicinskih saznanja kao poč-

²² D. Kolarić, Zaštita fetusa u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije *de lege ferenda*, RKK, br. 3/2009, str. 303.

²³ List je npr. zahtevao da se kažnjava i nehatan pobačaj što je neprihvatljivo jer bi bremenita žena morala sve vreme trudnoće živeti u velikom strahu, koji nije opravdan a i ne vodi cilju koji se želi. Tada bi se dešavalo da majke u strahu od kazni, izbegavaju začecje na sve moguće načine.

tak porođaja se uzima nastanak tzv. bolova otvaranja. Svejedno je da li oni nastaju spontano ili se veštački izazivaju. Zastupljeno je i shvatanje da krivičnopravna zaštita života počinje izlaskom dela tela iz majčine utrobe. Najzad, postoji i mišljenje da je potrebno da je započelo samostalno disanje deteta, tj. da je prestalo placentarno a započelo vanmaterično disanje.

Pristalice poslednjeg shvatanja ističu da samostalni život deteta počinje tek sa disanjem, a vrednosna razlika između ubistva i nedozvoljenog prekida trudnoće može se objasniti samo nedostatkom samostalnog života. Isti ističu da time ne nastaju praznine kod kažnjivosti, pošto se oblast primene činjeničnog stanja nedozvoljenog prekida trudnoće prostire do početka disanja. Protiv kriterijuma "Početak samostalnog disanja" ukazuje se da on može da zavisi od slučajnosti. Kod normalnog slučaja porođaja položaj lobanje je takav (97% porođaja) da dete *može* samostalno da diše već onda čim su usta i toraks rođeni, ali *mora* samostalno da diše tek onda kada se prekine placentarni krvotok i snabdevanje deteta preko pupčane vrpce. To u određenim okolnostima može da bude slučaj tek nekoliko minuta nakon izlaska deteta. Osim toga, početak disanja, pri porođaju u karličnom položaju, je moguć tek nakon potpunog izlaska deteta.

Dominirajuće učenje u Nemačkoj prihvata tzv. bolova otvaranja.²⁴ Švajcarci suprotno ističu da zbog svoje vremenske neizvesnosti bolovi otvaranja nisu pouzdan kriterijum i da prelaz normalnih trudničkih bolova u porođajne bolove otvaranja može da se protegne na više dana. Osim toga medicinari mogu tek *ex post* da utvrde da li je postojao trudnički bol ili bol otvaranja.²⁵ Oni su zagovornici teorije početak samostalnog disanja. List u svojoj raspravi "*Tötung und Lebensgefährdung*" ističe da dete postaje čovečje biće, kada živo izađe iz tela materinog, disalo ono ili ne, imalo ono nezavisan krvotok ili ne, bila njegova posteljica odvojena ili ne; i ubistvo se smatra kao ubistvo čoveka, ako dete posle rođenja umre usled povreda, koje su nanete pre, za vreme ili posle porođaja.²⁶

Naša krivičnopravna teorija i zakonodavstvo kao relevantan trenutak uzimaju početak porođaja.²⁷ Prihvatljivost ovog stanovišta u našem krivičnom pravu može da se argumentuje uz pomoć odredbe o krivičnom delu ubistva deteta pri porođaju po kojoj se ubistvom smatra i lišavanje života deteta "za vreme porođaja

²⁴ A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 1673.

²⁵ M. Schubarth, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982, p.19.

²⁶ Citirano prema: M. Miljković, *O ubistvu*, Beograd, 1909, str. 4.

²⁷ U prilog tome: Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 342; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2012, str. 321.

ja ili neposredno posle porođaja”. Kod nas se ne pravi razlika da li se radi o bolovima napona ili o bolovima otvaranja. Možemo jednostavno da zaključimo da je neophodno da je započeo porođajni proces, što znači od prvih kontrakcija i porođajnih bolova koji prirodno vode porođaju, bez obzira što se dete još nije pojavilo, odnosno što nije odvojeno od majčine utrobe. Porođajni proces može početi i hirurškom intervencijom tzv. carski rez, tako da lekarski zahvat predstavlja period početka porođaja. Da bi zaštita bila potpuna uzima se u obzir početak zahvata, ali pošto otvaranje donjeg trbuha može u određenim okolnostima da služi i drugim ciljevima, treba se usmeriti na otvaranje *uterusa*..²⁸

Da bi moglo da bude objekat radnje krivičnog dela ubistva potrebno je da je dete *živo rođeno*. Samo u tom slučaju postoji *valjan objekt* krivičnog dela ubistva. Naprotiv, njegova dalja životna ugroženost nije važna što znači da je irelevantna njegova sposobnost za život. Zato se štite i deca sa telesnim ili duševnim nedostacima a takođe i nakazna deca. Od ove zaštite izuzet je anenkefalos (*Anencephalus*), nakaza rođena bez mozga. Na sličan način kod krivičnog dela nedozvoljenog prekida trudnoće izuzet je od zaštite fetus označen kao *Mole*, koji je nesposoban za razvoj ili je već izumro..²⁹

Stoga, na kraju ovog dela možemo da zaključimo da ljudski život počinje za krivično pravo “*već, ali i tek*” sa početkom rođenja..³⁰

Ovaj tradicionalni pristup koji, kod krivičnih dela protiv života i tela, dovodi do značajnog razlikovanja zaštićenih objekata nesumnjivo se izvodi iz inkriminacije kojom se privileguje ubistvo deteta pri porođaju. Privileguje se majka koja liši života svoje dete za vreme porođaja ili neposredno posle porođaja, dok kod nje traje poremećaj izazvan porođajem.

Krivično delo ubistva je pozitivnim krivičnim pravom ograničeno samo na čoveka, živo ljudsko biće, kome se zaštita pruža od trenutka započinjanja procesa rođenja do trenutka smrti. Kada su u pitanju telesne povrede štiti se čovek, njegov telesni integritet ili njegovo zdravlje, tj. telo čoveka u njegovoj anatomske jedinstvenosti, njegovo telesno i duševno zdravlje. Uništavanje ploda u majčinoj utrobi, iz kojeg treba da se razvije čovek tj. živo ljudsko biće, krivično pravo ne tretira kao ubistvo, već kao zasebno krivično delo nedozvoljeni prekid trudnoće. Ovde zaštićeni objekat nije izričito naveden već se on, iza opisa stanja trudnoće koja se prekida kroz to delo, više sakrio nego opisao. Kao što vidimo, kažnjava se “lice koje prekida trudnoću”. Ekvivalent za “čoveka” kod ubistva, “telesni inte-

²⁸ Schönke, A; Schröder, H; Strafgesetzbuch, Kommentar, op. cit, str. 1672.

²⁹ *Ibidem*, str. 1673.

³⁰ W. Küper, Mensch oder Embryo? *Der Anfang des “Menschseins” nach neuem Strafrecht*, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 10/2001, HJR Verlag, p. 515.

gritet” kod telesnih povreda se tek posredno označava kod nedozvoljenog prekida trudnoće a to je ono ljudsko biće koje se tokom trudnoće razvija u telu majke. Pravnici danas pretežno koriste sledeće termine; “nerođeno dete”, “embrion” ili “fetus”. Mada ovom prilikom želimo da istaknemo da pojam “embrion” i pojam “fetus” nisu sinonimi. Fetus je embrion sa ljudskim izgledom koji se razvija od trećeg meseca trudnoće do rođenja, dok se pod začetkom (embrionom) obično smatra plod začeca koji se razvija u prvom tromesečju. Začetak (embrion) podrazumeva embrionalnu, pa čak i preembrionalnu fazu.³¹

Možemo da zaključimo da neposrednu krivičnopravnu zaštitu fetusa zakonodavac kod nas ograničava na krivično delo nedozvoljeni prekid trudnoće. U teoriji se čak ističe da na ovaj način tvorci zakona nastoje da ubistvo sa umišljajem predstave na drugi način. Da bezopasan naziv “nedozvoljeni prekid trudnoće” ništa drugo ne znači već “ubistvo sa umišljajem”.³² Krivičnopravna zaštita fetusa u našem krivičnom pravu se ostvaruje i posredno, kroz inkriminacije određenih radnji koje su usmerene prema bremenitoj ženi (ubistvo bremenite žene, teške telesne povrede nanete bremenitoj ženi, krivično delo izlaganje opasnosti ako je učinjeno prema bremenitoj ženi dobija kvalifikovani oblik). Da li je moguće ovu neposrednu i posrednu zaštitu proširiti i na koji način, videćemo u završnim napomenama.

PRAKSA ESLJP U VEZI SA PRAVOM NA ŽIVOT NEROĐENOG DETETA

Praksa ESLJP koja se odnosi na pravo na život se može svrstati u nekoliko grupa. U jednoj se nalazi pitanje eutanazije, u drugoj prava nerođene dece-fetusa, u trećoj nastupanje smrti usled prekomerne upotrebe sile, u četvrtoj pitanje nestalih lica, u petoj grupi pitanja gubitka života izvan teritorije države, deportacija.

Kada je u pitanju pravo na život nerođenog deteta videli smo da Konvencija ne daje definiciju života niti kada on počinje ili se završava tj. ne određuje šta se smatra početkom života. Pitanje koje se postavilo u nizu slučajeva iznetih pred ESLJP jeste da li se termin “svako” može primeniti i na prenatalnu fazu?

U slučajevima *H protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 8416/79; *H protiv Norveške*, predstavka broj 17004/90; *Boso protiv Italije*, predstavka broj

³¹ C. Lamarca Perez, A. Alonso de Escamilla, I. Gordillo Alvarez-Valdes, E. Mestre Delgado, A. Rodriguez Nunez, *Derecho Penal-Parte especial*, Colex, Madrid, 2005, p. 88.

³² Ovakva formulacija postoji i u drugim zemljama u uporednom pravu i ona je dosta često kritikovana zbog njene netačnosti i namere da se ubistvo predstavi na drugi način. Više o tome: W. Küper, *Mensch oder Embryo?*, op. cit, p. 516.

50490/99, ESLjP je istakao da bi davanje fetusu istih prava koja imaju već rođene osobe dovelo do neopravdanog ograničavanja prava garantovanih članom 2. osoba koje su već rođene. ESLjP je istovremeno odbio da prihvati da se pravo na život proširi i na fetus, ali je uvažio pravo trudnice na poštovanje njenog privatnog života. Njena prava, kao osobe na koju trudnoća prvenstveno utiče i koja trpi posledice za vreme i posle trudnoće, prevagnula su u odnosu na prava oca deteta u nizu slučajeva koje je razmatrao ESLjP.

Sud je pitanja u vezi sa pravima nerođenog deteta najdetaljnije obradio u slučaju *Vo protiv Francuske*.³³ Podnosilac predstavke bila je gospođa Thi-Nho Vo, državljanka Francuske vijetnamskog porekla, koja je u vreme kada se dogodio slučaj koji je doveo do pokretanja sudskog postupka bila u šestom mesecu trudnoće. Ona je 27. novembra 1991. godine bila na rutinskoj kontroli trudnoće u lionskoj Opštoj bolnici. Istog dana, druga žena, gđa Thi Than Van Vo, imala je zakazano skidanje spirale u toj istoj bolnici. Usled tragične zabune koja je nastala, jer su obe žene imale isto prezime, lekar koji je pregledao ženu koja je kasnije tužila probio joj je matericu, što je dovelo do curenja plodove vode, i ona je morala da se podvrgne abortusu. Tada je izgubila devojčicu, staru oko 20 nedelja, tešku 375 grama i dugačku 28 santimetara. Apelacioni sud je jednom oslobodio lekara optužbe, a zatim ga je ipak osudio za ubistvo iz nehata. Najviši sud u Francuskoj je smatrao da činjenice iznete u ovom predmetu ne pružaju osnov za optužbu za ubistvo iz nehata jer fetus nije ljudsko biće koje ima pravo da bude zaštićeno krivičnim zakonodavstvom. Gospođa Vo se konačno obratila ESLjP, žaleći se na povredu člana 2. Konvencije, jer postupak doktora odgovornog za smrt njenog deteta *in utero* nije bio kažnjiv kao ubistvo iz nehata. Gospođa Vo je tvrdila da je dete koje je začeto nije običan zbir ćelija ili objekat, već ljudsko biće. Braneci logiku svojih sudova, francuska vlada je s pravom pred ESLjP podvlačila da ni medicina ni metafizika još uvek nisu odgovorile na pitanje kada fetus postaje ljudsko biće.

Sud se do ovog slučaja uzdržavao da odgovori na apstraktno pitanje da li je nerođeno dete osoba u smislu člana 2. EKLjP. S pravne tačke gledišta, problem u ovom predmetu bio je da se utvrdi da li "nepostojanje pravnog leka u krivičnom zakonodavstvu Francuske kojim bi se kaznilo uništenje fetusa iz nehata predstavlja propust države da zaštiti pravo na život zakonom u okviru člana 2 Konvencije". Sud je konačno zaključio da, iako još nerođene osobe uživaju zaštitu u pogledu nasleđivanja i poklona, to još ne znači da imaju "pravo na život" kakvo imaju oni koji su rođeni. Nerođeno dete ne smatra se „osobom” koja je direktno zaštićena članom 2. Konvencije i da ukoliko nerođeno dete ima „pravo na život”, ono je implicitno ograničeno pravima i interesima majke. U ovom slučaju, gubitak želje-

³³ *Vo protiv Francuske, predstavka broj 53924/00, koji je presuđen 2004. godine*

nog fetusa predstavlja povredu nanetu majci. Shodno tome, pravo na zaštitu koje je narušeno u ovom konkretnom predmetu pripada podnosiocu predstavke, a ne fetusu koji je izgubila.

POKUŠAJI DOMAĆE SUDSKE PRAKSE

Presudom Osnovnog suda u Knjaževcu 6K br. 90/14 od 04.10.2016. godine optužene D.E.J. i S. R. oslobođene su od optužbe za po jedno krivično delo teško delo protiv zdravlja ljudi iz čl. 259. st. 4. u vezi čl. 251. st. 3. u vezi st. 1. Krivičnog zakonika. Prvostepeni sud je našao da nije dokazano da su optužene u periodu od 11.06.2007. godine do 15.06.2007. godine, kao doktori medicine specijalisti ginekologije i akušerstva u ginekološko-akušerskom odeljenju bolnice u Knjaževcu, očigledno nesavesno postupale nepreduzimanjem odgovarajućih mera pri utvrđivanju stanja ploda i trudnice oštećene A. C, na način kako im se optužbom stavlja na teret, te da je usled toga došlo do uginuća ploda oštećene.

Postupak se, dakle, vodio za teži oblik krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći (259 stav 4) koji postoji kada je nastupila smrt nekog "lica".

Prvostepeni sud, i pored činjenice da se pojam lica ne odnosi na fetus, ističe da lekari veštaci Zavoda za sudsku medicinu nisu mogli sa sigurnošću da se izjasne da li bi došlo do rođenja živog deteta da je trudnoća kod oštećene završena carskim rezom u terminu kada je isti bio planiran, iako su postavili veću verovatnoću da bi došlo do rođenja živog deteta da je porođaj bio sproveden pre poslednjeg evidentiranja srčanih tonova ploda 15.06.2007. Po njihovom mišljenju nema dokaza da je očigledno nesavesnim postupanjem optuženih nastupila smrt živog ljudskog bića, odnosno da je plod oštećene bio sposoban za vanmaterični život, što je kao posledica dela bilo nužno za postojanje krivičnog dela iz čl. 259. st. 4. u vezi čl. 251. st. 3. KZ-a, kao težeg oblika krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći.

Interesantno je da je Zavod za sudsku medicinu u Nišu u prvom nalazu i mišljenju utvrdio da je u konkrentom slučaju oštećenoj odložen porođaj carskim rezom nakon prijema u bolnicu u Knjaževcu dana 11.06.2007. godine, te da za vreme boravka nema neprekidnog praćenja vitalnih funkcija ploda kao i da je upravo u okviru tog produžavanja termina planiranog porođaja nastupila smrt ploda, što predstavlja stručni propust. Dopunom nalaza i mišljenja Zavoda za sudsku medicinu u Nišu utvrđene su druge činjenice (da se nije radilo o prenešenom plodu i da su u periodu od 11.06.2007. godine do 15.06.2007. godine redovno slušani tonovi ploda), pri čemu veštaci u navedenim dopunama nalaza i mišljenja nisu izmenili prvobitni nalaz Zavoda za sudsku medicinu u Nišu, u odnosu na činjenicu da je do smrti ploda došlo usled stručnog propusta lekara.

Protiv navedene presude žalbu je izjavio Osnovni javni tužilac u Zaječaru, odeljenje u Knjaževcu. On ukazuje da nisu dati razlozi da li je na strani optuženih bilo propusta u vidu nepreduzimanja neophodnog blagovremenog operativnog zahvata u vidu carskog reza ili nekog drugog oblika izazivanja porođaja, ko je u konkretnom slučaju bio zadužen da odluči o tome kada će se obaviti porođaj i ko će obaviti porođaj, odnosno da li postoji uzročno posledična veza između postupanja ili nepostupanja optuženih kao lekara i smrtne posledice ploda oštećene. Kako se u žalbi tužioca navodi optužena D.E.J. je vodila trudnoću oštećene koja je procenjena kao rizična, te da je oštećenoj dana 08.06.2007. godine odložila ultrazvučni pregled i isti zakazala za dan 11.06.2007. godine, kao i da je bila obavještena od strane optužene S. R. da je oštećena dana 11.06.2007. godine zadržana u bolnici i da se usmeno dogovorila sa optuženom S. R., da će dana 13.06.2007. godine doći na posao i uraditi porođaj carskim rezom oštećenoj, što nije učinila, već je odložila porođaj za 16.06.2007. godine, te je do smrti ploda došlo unutar maternično dana 15.06.2007. godine, pri čemu u bolnici u Knjaževcu nije bilo medicinskog aparata - kardiografu kojim bi se pratilo stanje ploda i srčane radnje ploda. Apelacioni javni tužilac u Nišu je u podnesku Ktž. br. 416/17 od 27.03.2017. godine predložio da se žalba javnog tužioca usvoji, pobijana presuda ukine i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

Apelacioni sud u Nišu (Kž1 367/2017) je ukinuo prvostepenu presudu i vratio na ponovno suđenje. Po oceni ovog suda, nejasno je da li su optužene preduzele sve neophodne radnje za praćenje stanja ploda i trudnoće oštećene A.C. Po njihovom mišljenju, prvostepeni sud nije dao jasne razloge o tome da li je činjenica da su slušani tonovi ploda bila dovoljna i odgovarajuća mera da se u konkretnoj situaciji vrši praćenje stanja ploda oštećene, odnosno da je time preduzeto sve što je medicinski bilo neophodno da se ne pogorša zdravstveno stanje ploda, da li je na taj način moglo da se evidentira i primeti u kakvom je stanju bio plod i da li je to iziskivalo neku dodatnu lekarsku intervenciju.

Ni Apelacioni sud ne ulazi u krucijalno pitanje da li nerođeno dete može biti pasivni subjekt kod ovog krivičnog dela već na strani pet obrazloženja ističu da se žalbom javnog tužioca osnovano ukazuje da je proizvoljan i paušalan zaključak prvostepenog suda da nema dokaza da je nastupila smrt živog ljudskog bića, odnosno da je plod oštećene, i pre 15.06.2007. godine, bio sposoban za vanmaternični život. Kako Apelacioni sud ističe prvostepeni sud je na osnovu dopune nalaza i mišljenja veštaka Zavoda za sudsku medicinu u Nišu utvrdio da "s obzirom na podatak da su tokom boravka oštećene u ginekološko akušerskom odeljenju slušani tonovi ploda, postoji veća verovatnoća da bi došlo do rođenja živog deteta ukoliko bi porođaj bio sproveden pre poslednjeg evidentiranja srčanih tonova ploda od 15.06.2007. godine", te je jasno da postoji protivrečenost između

sadržine navedenog dokaza i zaključka ovog suda o činjenici koja je predmet dokazivanja.

Nakon kratke analize ovog slučaja, utvrdili smo da su neki sudovi, kao i neka tužilaštva pošla od toga da se fetus može smatrati pasivnim subjektom kod ovog krivičnog dela i da uživa krivičnopravnu zaštitu pod uslovom da je "sposoban za vanmaterični život". Ovakvo stanovište bi se odmah moralo primeniti i na druga krivična dela. Dakle, reperkusije bi bile dalekosežne. Prilično smelo i bez krivičnopravnog utemeljenja sud u ovom slučaju smrt fetusa bremenite žene, koji je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, koja je nastupila usled krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći iz čl. 251. KZ, tretira kao smrtnu posledicu u smislu krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz čl. 259 st. 2. ili st. 4. KZ.

Činjenica je da postoji jedan broj predmeta u kojima su podignute optužnice protiv lekara zbog krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz čl. 259 st. 2. (ili st. 4) u vezi čl. 251. st. 1. (ili stav 3) KZ, jer su prema navodima optužbi, optuženi – lekari, očigledno nesavesno postupali (nekom od alternativno propisanih radnji iz krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći iz čl. 251. KZ), te da je usled tih njihovih radnji nastupila kvalifikovana posledica u vidu smrti fetusa. Dakle, stav optužbi je bio da smrt fetusa predstavlja kvalifikovanu posledicu krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz čl. 259. KZ. Radilo se, po pravilu, o slučajevima kada je smrt fetusa nastupila, dok je bremenita žena bila pod lekarским nadzorom, najčešće u bolničkim uslovima, gde je primljena radi porođaja.

Ovo pitanje je bilo, najpre, predmet razmatranja krivičnih odeljenja Apelacionih sudova u Nišu, Beogradu, Novom Sadu i Kragujevcu. Povodom navednog pitanja nije postignuta saglasnost krivičnih odeljenja sva četiri Apelaciona suda. Konačni stav u vezi sa postavljenim pitanjem dao je Vrhovni kasacioni sud.

Krivično odeljenje Apelacionog suda u Nišu i Novom Sadu je zauzelo stav da se fetus koji je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, smatra živim bićem, uživa krivičnopravnu zaštitu i može predstavljati objekt radnje krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći iz čl. 251. KZ i smrt fetusa može predstavljati kvalifikovanu posledicu krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz čl. 259 st. 2. ili st. 4. KZ.

Krivična odeljenja Apelacionog suda u Beogradu i Apelacionog suda u Kragujevcu su na sastancima svojih krivičnih odeljenja bili suprotnih mišljenja od Apelacionog suda u Nišu i Novom Sadu. Fetus, bez obzira što bi veštačenjem bio utvrđeno da je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, ne može se podvesti pod pojam "lice" u smislu odredbe čl. 251. st. 1. i st. 1 KZ, pa time smrt (uginuće) fetusa ne može predstavljati kvalifikatornu okolnost koja bi

osnovno delo iz čl. 251. KZ činila kvalifikovanim (težim) oblikom dela iz čl. 259. KZ. Ova okolnost može biti značajna samo kod odluke o krivičnoj sankciji.

Vrhovni kasacioni sud zauzima stanovište da smrt fetusa bremenite žene koji je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, a koja je nastupila usled izvršenja krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći, ne predstavlja posledicu u vidu nastupanja smrti jednog ili više lica kao obeležje krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz člana 259 stav 2 i stav 4.

Jasno je dakle, da Krivični zakonik Srbije ne pruža neposrednu krivično-pravnu zaštitu fetusu u smislu postavljenog problema, već samo posrednu kod krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći, ako je time ugroženo stanje zdravlja majke jer je fetus neodvojivo vezan za majku. Rođenjem se, prema našem zakonodavstvu, stiče krivičnopravni identitet.

Ovaj slučaj iz sudske prakse nas je motivisao da dodatno problematizujemo situaciju. Dakle, sa početkom rođenja “plod” se pretvara u “čoveka” što dovodi do proširenja krivičnopravne zaštite. Možemo da zaključimo da od kvaliteta zaštićenog objekta zavisi i krivičnopravna zaštita. Tako da, po sadašnjem stanju krivičnog zakonodavstva, uticaj sa umišljajem ili iz nehata na fetus pre početka rođenja – “prenatalno”, ne može se kvalifikovati kao ubistvo ili telesna povreda ako posledice nastupe “postnatalno” tj. ako smrt ili povreda posle rođenja kod čoveka dođu do izražaja. Dakle, prenatalni uticaji sa postnatalnim posledicama ostaju nekažnjeni. To znači da je odlučujući kvalitet zaštićenog objekta (plod ili čovek) u vreme preduzimanja radnje, dok kasnije kvalitativne promene (u trenutku nastupanja posledice) ostaju bez značaja.³⁴ To bi sve imalo smisla ako bi se samo majka mogla pojaviti kao učinilac i pod uslovom da se radi o nehatnim radnjama. Međutim, da li je isto prihvatljivo ako se radi o greškama “trećih lica”, posebno lekara u stadijumu koji je blizu rođenja.

Evo jednog kritičnog slučaja iz nemačke sudske prakse. Slučaj je poznat pod nazivom “Buskopan” (BGHSt 31, 348). Umrlo je dete, koje je samo po sebi bilo sposobno za život, ali zbog užasnih posledica nedostatka kiseonika. Naime, lekari nisu primetili da su bolovi ustvari bili trudovi u devetom mesecu trudnoće i prepisali su trudnici lek Buskopan. Medikament je sprečio trudove, ali, takođe, uticao i na snabdevanje deteta kiseonikom. Nepreduzimanje ginekološke kontrole je na kraju dovelo do rođenja mrtvog deteta. Ovde se radilo o nepravom krivičnom delu nečinjenja, gde se lekar nalazio u ulozi garanta, odnosno gde je on propuštanjem dužnog činjenja ostvario obeležja krivičnog dela. Ali se, u postupku pred sudom, nije moglo utvrditi da li su u trenutku propuštanja dužnog nadzora, zbog medikamenata, otežani trudovi već započeli i da li je time već bio postignut sta-

³⁴ W. Küper, Mensch oder Embryo?, *op. cit.*, p. 519.

dijum početka porođaja na kojem bi se mogla zasnivati kazna za ubistvo. U presudi je istaknuto da nekažnjavanje prenatalnih uticaja sa smrtonosnim posledicama, pre svega kod službenih dužnosti lekara i njihovog pomoćnog osoblja dovodi do zabrinjavajućih praznina u krivičnopravnom sistemu. Ali te praznine ne mogu biti popunjene drugačijim tumačenjem zakona, već samo intervencijom zakonodavca.³⁵ U jednom drugom slučaju, (*OLG Bamberg, NJW 1988, 2963*) dete, čije je termin rođenja već bio izračunat od strane lekara, je rođeno mrtvo dve nedelje nakon tog termina. Pretpostavka je da se to dogodilo zbog nezadovoljavajuće ginekološke brige. Međutim, tužilaštvo prekida istragu, zato što u trenutku potencijalnog pogrešnog ponašanja “rođenje još nije počelo” i plod je stajao pod zaštitom člana koji reguliše nedozvoljeni prekid trudnoće. Roditelji su tražili primenu člana zakona koji reguliše nehatno lišenje života ukazujući da je i nerođeno dete nosilac osnovnih građanskih prava i da zaštita fetusa uz pomoć krivičnog dela nedozvoljenog prekida trudnoće nije zadovoljavajuća. Kako je kasnije objašnjeno roditeljima, primena člana zakona koji reguliše nehatno lišenje života nije moguća da bi se zaštitio život nerođenog deteta.³⁶

Možemo zaključiti da prenatalne radnje koje izazivaju smrtne posledice tj. dovode do uništenja ploda, preduzete u trenutku kada dotični život još nije posedovao kvalitet čoveka u smislu krivičnog dela ubistva, ne možemo kvalifikovati kao ubistvo.

Pojedini teoretičari ističu da za razgraničenje od nedozvoljenog prekida trudnoće nije važno utvrditi ni vreme preduzimanja radnje niti vreme nastanka smrtonosne posledice nego trenutak kada radnja počinje da ostvaruje dejstvo. Počne li radnja da deluje *pre početka života*, dakle već na plod utrobe u obzir dolazi samo činjenično stanje nedozvoljenog prekida trudnoće. Zbog toga i kada dete dođe živo na svet i kasnije umre zbog “napada” na plod utrobe koji je ranije usledio, može da se kažnjava samo prema članu koji reguliše nedozvoljeni prekid trudnoće.³⁷ I obrnuto, krivično delo ubistva se može primeniti samo kada prenatalna radnja počne da proizvodi posledice tek pošto je dete živo rođeno, tj. kada napad počne da deluje tek nakon početka života. Kao primeri se najčešće navode slučajevi infekcije virusom, koja je preneti majci pre porođaja, pa bude preneti na dete kontaktima posle porođaja i dovede do njegove smrti. Odgovarajuću situaciju imamo i kod ostavljanja flaše sa smrtonosnim otrovom, koju ispija dvo-

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Vidi: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 1673. i M. Schubarth, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982, p. 28.

godišnje dete. I tu može da postoji ubistvo, nezavisno od trenutka ostavljanja flaše, dakle i kada je ostavljena pre porođaja ili čak začeca, pošto posledica ovog postupka nastaje tek nakon porođaja.³⁸ Mislimo da bi ovaj stav, zbog teškoća oko dokazivanja, bio neprimenjiv u sudskoj praksi. I on takođe, na neki način, predstavlja odstupanje od tradicionalnih shvatanja u krivičnom pravu.

Da bi se previzišao postojeći problem neki autori nude kao rešenje novi kriterijum za posedovanje kvaliteta čoveka u smislu zaštite koju pruža krivično delo ubistva. To nije više “početak porođaja” nego “sposobnost za život”. Videli smo da je i naša sudska praksa pokušala da ide u tom pravcu. Novi predlozi uzimaju u obzir trenutak od kojeg se fetus smatra sposobnim za život. Kako se ističe, zbog visokih rizika modernih prenatalnih dijagnoza i terapija, rođenje samo kao epizoda na životnom putu čoveka ne može biti objektivan razlog koji opravdava različito tretiranje rođenog i nerođenog života. Iz tih razloga mora, sa početkom sposobnosti za život, nerođeno dete biti na isti način zaštićeno kao i rođeno i priznato kao čovek. Objasnjavajući novi kriterijum “sposobnost za život” autori ga vezuju za embrion koji “*extrauterin*” potencijalno, nezavisno od majke može preživeti, naravno, u početku zbog njegove nezrelosti, samo uz pomoć tehničkih aparata. To bi mogao biti jedan apstraktni rok, npr. dvadeset nedelja nakon začeca koji bi imao karakter neoborive pretpostavke. Pri tome, kažnjavanje majke za ubistvo i povrede fetusa iz nehata predlagači isključuju.³⁹

Ovakve sugestije otvaraju diskusiju o budućoj perspektivi zaštite života i tela. Naravno, prihvatanje ovakvih predloga direktno bi uticalo i na status krivičnog dela ubistvo deteta pri porođaju kojim je postavljena granica između ploda i čoveka.⁴⁰ Dubiozno je koliko bi se granica između fetusa i čoveka na novi način mogla bolje postaviti, brisanjem tog krivičnog dela iz krivičnog zakonodavstva.⁴¹

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Više o tome: W. Küper, Mensch oder Embryo?, *op. cit.*, p. 523.

⁴⁰ U krivičnopravnoj teoriji se već odavno vodi polemika o pitanju koliko je odredba koja se odnosi na privilegovano krivično delo ubistvo deteta pri porođaju u fazi “tokom ili neposredno nakon rođenja” još savremena. Jedan od razloga za ukidanje ove privilegije a samim tim i ovog krivičnog dela, koji se često navodi prilikom teorijskih rasprava, je majka koja nije bila u nikakvom stanju poremećaja što ga izaziva porođaj nego je isplanirala izvršenje krivičnog dela. Više o ovim pitanjima: Kolarić, D; Krivično delo ubistva, Beograd, 2008, str. 281-304.

⁴¹ U nemačkoj teoriji se ističe da bi razlikovanje “plod” – “čovek” dobilo novu normativnu bazu koja bi se izvodila iz člana koji reguliše krivično delo nedozvoljeni prekid trudnoće i vezivala za stanje “trudnoće”, odnosno njen početak i kraj. To dovodi do pitanja kada je stanje trudnoće i sa njim stanje “fetusa” završeno, na kraju prosesa rođenja ili na početku rođenja. Po našem mišljenju, kraj trudnoće ne znači ništa drugo nego početak porođaja tako da smo opet tamo gde smo bili na početku.

Kriterijum “početak rođenja”, možemo slobodno reći, predstavlja neku vrstu dugogodišnje pravne tradicije. Drugačije postavljanje stvari bi zahtevalo korenite izmene ne samo krivičnog zakonodavstva nego i osnovnih ustavnih postulata. Da je granica koja se odnosi na početak rođenja opšte priznata od pravnika svedoči i stav u Nemačkoj. Kod njih je čak ukinut § 217 koji se odnosio na lišenje života deteta⁴² ali je i dalje ostao kriterijum početak rođenja. I ne samo to, u jednom trenutku čak se tražilo da se isti član zakona vrati u krivično zakonodavstvo bez pravljenja razlike između bračne i vanbračne dece.

ZAKLJUČAK

Da li se u Srbiji prepoznaje potreba pojačane zaštite nerođenog deteta? Čini se da je odgovor na to pitanje potvrđan. Propisivanjem novih inkriminacija ili izmenama i dopunama postojećih, zakonodavac nastoji da, u skladu sa politikom suzbijanja kriminaliteta, odgovori potrebi države da na efikasan način reaguje i izbori se sa učinocima krivičnih dela. Novele u našem krivičnom zakonodavstvu, poslednjih nekoliko godina, ukazuju da kod pojedinih krivičnih dela dolazi do proširivanja kriminalne zone, ali, isto tako, i do uvođenja potpuno novih inkriminacija koje ranije nisu postojale. Talas izmena i dopuna zahvatio je i grupu krivičnih dela protiv života i tela što ukazuje da je zakonodavac bio svestan potrebe pojačane zaštite prava na život čoveka.

Najpre, Krivični zakonik Srbije uvodi nov oblik teškog ubistva, a to je ubistvo bremenite žene.⁴³ Zakonodavac polazi od činjenice da ubistvo dobija kvalifikovani vid kada se ubistvom majke istovremeno uništava plod, kao život budućeg deteta. Zapravo ovde uništenje ploda predstavlja jednu dodatnu posledicu koja prati lišavanje života majke. Kvalifikatornu okolnost predstavlja bremenitost, kao i činjenica da se lišavanjem života bremenite žene uništava i njen plod. Dakle, na posredan način zakonodavac ovakvom odredbom pruža zaštitu i pravu na život deteta koje još nije rođeno.

Potom, Zakon o izmena i dopunama Krivičnog zakonika Srbije⁴⁴ dopunjava odredbe koje se odnose na tešku telesnu povredu. Naime, ako je obična teška telesna povreda učinjena prema maloletnom licu ili bremenitoj ženi ili licu koje obavlja poslove od javnog značaja, kazna je zatvor od jedne do osam godina, ako

⁴² Odredba je privilegovala majku koja liši života svoje vanbračno dete za vreme porođaja ili neposredno posle. Odredba je brisana, pre svega, zbog njenog anahronizma jer pravi razliku između bračne i vanbračne dece što je vodilo neopravdanom diskriminaciji.

⁴³ “Službeni glasnik RS” br. 85/2005.

⁴⁴ “Službeni glasnik RS” br 72/2009.

se radi o posebno (naročito) teškoj telesnoj povredi učinjenoj prema istim licima, kazna je zatvor od dve do dvanaest godina i ako je u pitanju teška telesna povreda kvalifikovana smrću gde se kao pasivni subjekti pojavljuju ista lica zatvor se izriče na period od pet do petnaest godina. Takođe, kod krivičnog dela izlaganje opasnosti kvalifikatornu okolnost predstavlja činjenica da je delo učinjeno prema maloletnom licu ili bremenitoj ženi.

Razlozi zbog kojih se zakonodavac odlučio da pojača posrednu zaštitu fetusa su: prvo, činjenica da ova krivična dela formulisana na sličan način, postoje i u drugim krivičnim zakonodavstvima i drugo, tvorci zakona na ovaj način priznaju da je opravdana pojačana krivičnopravna zaštita nerođenog deteta. Pri tome, naš zakonodavac je vrlo oprezan kada je u pitanju proširivanje neposredne krivičnopravna zaštita fetusa. Na tu opreznost ga navodi i činjenica da se nerođeno dete u krivičnom pravu, u principu, ne tretira kao poseban subjekt krivičnopravne zaštite, izuzev kada je u pitanju krivično delo nedozvoljeni prekid trudnoće. Ono se tretira kao deo tela svoje majke i zaštićeno je uglavnom kroz zaštitu njenog prava na život.⁴⁵

Šta još možemo da učinimo u tom pravcu?

Moguće bi bilo brojne situacije koje se pojavljuju u praksi u vezi sa nesavesnim lečenjem rešiti na taj način što bi se kod krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći predvideo novi kvalifikovani oblik koji podrazumeva da je došlo do prekida trudnoće. Hrvatska ima sličnu odredbu. Naime, u stavu 3. člana 181. koji nosi naziv nesavesno lečenje stoji da ako je kaznenim delom navedenim u stavu 1. ovog člana prouzrokovana teška telesna povreda drugoj osobi ili je kod druge osobe došlo do prekida trudnoće, kazna je zatvor od šest meseci do pet godina.⁴⁶ I ovo je jedan vid "neposrednije posredne" zaštite.

Kada je u pitanju neposredna zaštita neka zakonodavstva sadrže krivično delo povrede fetusa. Na ovom mestu navešćemo kao primer Krivični zakonik Španije u kome je propisano krivično delo povrede fetusa. Regulisanje povreda nanetih fetusu, je obuhvaćeno Glavom IV španskog Zakonika članovima 157. i 158. Pre nego što je novi krivični zakonik stupio na snagu, Vrhovni sud Španije se oglasio o ovom pitanju u svojoj presudi (STS – *Sentencia del Tribunal Supremo*/ Presuda Vrhovnog suda) od 5. aprila 1995., smatrajući da su povrede, nanete fetusu kao posledica nedostatka lekarske brige prema njemu, nastale preko majke te se, prema tome, kažnjava takvo ponašanje kao krivično delo nanošenja povreda iz nehata. Sada se u Španiji, krivičnim delima iz članova 157. i 158, štiti fizički

⁴⁵ Đ.Đorđević, Ubistvo deteta pre rođenja, u zborniku: *Neka praktična pitanja kaznenog zakonodavstva Jugoslavije*, Budva, 2000, str. 62.

⁴⁶ K. Turković, et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 239-240.

integritet i stanje zdravlja fetusa. Pasivni subjekat je fetus (od trećeg meseca trudnoće do rođenja). Krivično delo povrede fetusa postoji kada neko lice bilo kakvim sredstvom ili postupkom nanese teške povrede ili teška fizička ili psihička oštećenja istom. Član 157. reguliše umišljajnu povredu fetusa kada se kao učinilac može pojaviti svako lice pa i majka, trudnica. Član 158. se odnosi na povrede fetusa nanete iz nehata. One su kažnjive kada ih izvrši treće lice, pošto trudnica nije kažnjiva u smislu ovog člana. Ako se radi o profesionalnom nehату sledi oduzimanje prava na obavljanje posla u periodu od šest meseci do dve godine.⁴⁷

Različitost u pristupu istom problemu i nejedinstven stav je pokazao i rad na Ovijedo Konvenciji o ljudskim pravima i biomedicini, koja je stupila na snagu 1. decembra 1999. godine.⁴⁸ Pripredni radovi za ovu Konvenciju su potvrdili postojanje značajnih i suštinskih razlika među državama članicama SE. Predstavnici nekih država su smatrali da ljudske embrione ne treba smatrati ljudskim bićima i da oni, shodno tome, uživaju manji stepen pravne zaštite, dok su drugi smatrali da oni imaju isti status kao i ljudska bića, pa shodno tome, uživaju i podjednaku pravnu zaštitu. Na kraju konsenzus je postignut oko odredbe koja glasi: “*tamo gde zakon dopušta istraživanja na embrionu in vitro, trebalo bi da obezbedi adekvatnu zaštitu embriona*”.

Očigledno je da tradicionalno vezivanje trenutka rođenja za početak porođaja onemogućava da se neke prenatalne radnje, koje su npr. preduzete od strane lekara a dovele su do nastupanja smrti ploda, kvalifikuju kao ubistvo (umišljajno ili nehavno). Ali čini se da, sa druge strane, nema smetnji da se u krivično zakonodavstvo, *de lege ferenda*, uvede krivično delo povrede fetusa, slično kao u španskom krivičnom zakoniku. Na taj način bi se popunila pravna praznina koja trenutno postoji, a odnosi se na situaciju u kojoj neko lice deluje na plod u majčinoj utrobi, pa dete dođe živo na svet, ali uz neko telesno ili duševno oštećenje, i time bi se pojačala neposredna zaštita fetusa.

⁴⁷ C. Lamarca Perez, A. Alonso de Escamilla, I. Gordillo Alvarez-Valdes, E. Mestre Delgado, A. Rodriguez Nunez, *Derecho Penal-Parte especial*, op. cit, 2005, pp. 88-89.

⁴⁸ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini “*Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*”, br. 12/2010.

DRAGANA KOLARIĆ, LL.D.,
Professor, Academy Of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade,
judge, Constitutional Court of Republic of Serbia
SAŠA MARKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Academy Of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

RIGHT TO LIFE AND CRIMINAL-LAW PROTECTION
OF AN UNBORN CHILD

Summary

Is it possible to talk about the right to life of an unborn child? This is the main question of debate in this paper. The authors point out several incriminations (murder, murder of a child during childbirth and an unauthorized abortion) based on which the attitude is formed regarding the acceptable theory as to which moment can be considered the moment when the life begins. The main thesis of this paper is that until the beginning of a childbirth the foetus enjoys only the indirect protection through its mother. This is the prism through which the right to life of an unborn child should be observed. The truth is that the legislators in other countries have opted to expand the direct criminal-law protection of a foetus, but mainly when it concerns the bodily integrity and the health condition of a foetus. That these issues intrigue the European Court of Human Rights is shown also in their abundant practice. It is also interesting that there are attempts by the national courts which are directed to expand the protection of the right of an unborn child using criterion of being “viable”. After the analysis of domestic legislations, the court practice of the ECTH and comparative-law solutions, the authors give their suggestions for amendments *de lege ferenda*.