

Marek Derlatka

Zasadność kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV

Palestra 58/7-8(667-668), 164-167

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

ZASADNOŚĆ KRYMINALIZACJI NARAŻENIA NA ZARAŻENIE WIRUSEM HIV

Problemy HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) oraz AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) budzą w społeczeństwie poczucie lęku, ponieważ medycyna wciąż jest pod presją opracowania skutecznej szczepionki i zatrzymania rozprzestrzeniania się wirusa HIV oraz choroby AIDS. Pierwsze polskie prace podejmujące prawne problemy AIDS pochodzą dopiero z lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku¹, kiedy Kodeks karny z 1969 r. nie wyodrębniał jeszcze czynu zabronionego związanego z samym wirusem HIV. Czyni to Kodeks karny z 1997 r. Jednak art. 161 § 1 k.k., kryminalizujący narażenie na zarażenie wirusem HIV, nie jest zbyt często stosowany w praktyce – dwa skazania z całego art. 161 k.k. w 2012 r., cztery w 2011 r., cztery z samego § 1 w 2010 r.² dowodzą, jak egzotyczny jest to występki. W związku z przytoczonymi danymi statystycznymi oraz podnoszonymi w literaturze amerykańskiej wątpliwościami co do zasadności kryminalizacji zachowań dotyczących zdrowia³ należy zastanowić się nad koniecznością utrzymania albo uchylecia powołanego wyżej przepisu.

Główny zarzut wobec karania osób zarażonych HIV narażających innych na takie zarażenie jest następujący: zamiast skupiać się na karze dla chorego sprawcy, odpowiedniejszym celem reakcji prawa karnego powinno być ułatwienie przenoszenia się choroby (*transmission facilitation*)⁴. Chodzi mianowicie o handel ludźmi, handel organami, ukrywanie informacji o ryzyku zarażenia oraz umyślne lub lekkomyślne działania zniechęcające do leczenia choroby i jej zapobiegania⁵. Należy zgodzić się z tymi uwagami, ponieważ to właśnie przemyt ludzi, w szczególności wykorzystywanych w prostytucji, produkcji pornografii, czyli w szeroko rozumianym seksbiznesie, wiąże się ze

¹ *Prawne problemy AIDS*, red. A. J. Szwarz, Warszawa 1990; *AIDS a prawo karne*, red. A. J. Szwarz, Poznań 1996.

² <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki>. Dane dotyczące przestępstw z art. 161 k.k. z lat 2009, 2008, 2007 i 2006 są utajnione ze względu na tajemnicę statystyczną.

³ L. Pickering Francis, J. G. Francis, *Criminalizing Health-Related Behaviors Dangerous to Others? Disease Transmission, Transmission Facilitation, and the Importance of Trust*, „Criminal Law and Philosophy” 2012, nr 6, s. 47–63.

⁴ Tamże, s. 47.

⁵ Tamże.

zwiększeniem ryzyka przenoszenia się wirusa HIV. Można tutaj dodać, że znaczącą rolę w ułatwianiu zarażania się tym wirusem odgrywa także aktywność użytkowników narkotyków, dlatego więcej pożytku może przynieść zdecydowana walka z handlarzami narkotyków, nie zaś karanie już zarażonych HIV narkomanów.

Koncepcja prewencyjnego oddziaływania na potencjalnych sprawców czynu zabronionego z art. 161 § 1 k.k., poprzez ułatwianie wczesnego wykrycia wirusa HIV oraz zapewnienie profesjonalnej opieki medycznej i psychologicznej, zasługuje na bezwarunkową aprobatę. Nie jest bynajmniej obojętny wybór właściwego sposobu zapobiegania przenoszeniu się wirusa. Najnowsze zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia, aby edukację seksualną rozpoczynać przed ukończeniem czwartego roku życia, a w wieku 9–12 lat brać odpowiedzialność za przyjemne doświadczenia seksualne oraz posiadać umiejętność stosowania antykoncepcji⁶, budzą poważny niepokój. Skoro szacuje się, że 90% populacji nosicieli wirusa zaraziło się poprzez stosunek seksualny z osobą chorą⁷, celem edukacji seksualnej nie powinno być rozbudzanie popędu płciowego u dzieci, które często jeszcze w ogóle nie są świadome jego istnienia. Im wcześniej dziecko zainteresuje się sprawami seksualności, tym wcześniej narazi się na związane z nią ryzyko nie tylko nieplanowanej ciąży, ale również zarażenia się między innymi wirusem HIV. Oczywiście edukacja seksualna może okazać się pomocą w prawidłowym rozwoju młodego człowieka, ale tylko jako integralny element przygotowania do życia w rodzinie, którym objęte będą dzieci w odpowiednim wieku – na pewno nie czterech lat.

Artykuł 160 § 1 k.k. nie może być stosowany do osoby narażającej kogoś na zarażenie wirusem HIV, jeżeli sprawca sam nie jest nosicielem tego wirusa lub nie jest tego świadomy. Jeszcze przed wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 r. zgłaszano postulat ujęcia tego przestępstwa jako przestępstwa powszechnego⁸, choć A. Zoll wyraża wątpliwości, czy w ogóle nie mamy tu do czynienia ze zbyt daleko idącą kazuistyką⁹. Na usprawiedliwienie wprowadzenia tego przepisu podaje on poczucie zagrożenia w społeczeństwie rozprzestrzenianiem się tej choroby oraz potrzebę obrony, szczególnie niektórych grup zawodowych (lekarzy, policjantów, służb więziennych), przed szantażem i rzeczywistym zagrożeniem ze strony osób zarażonych¹⁰. Chyba jednak ujęcie przestępstwa narażenia na zarażenie wirusem HIV rzeczywiście jest zbyt kazuistyczne. Fakt, że art. 161 § 1 k.k. dotyczy tylko jednego wirusa, tylko osoby, która wie o tym, że sama jest nim zarażona, oraz tylko bezpośredniego narażenia innej osoby na takie zarażenie (a nie na przykład zarażenia czy wywołania choroby AIDS), dowodzi przesadnej kazuistyki. Trudno wyobrazić sobie sytuację, aby Kodeks karny w odrębnych jednostkach redakcyjnych kryminalizował każde zachowanie dotyczące pojedynczej choroby lub wirusa. Lepsze jest ogólne ujęcie narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 160 § 1 k.k., który można by rozszerzyć o narażanie na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, oczywiście bez żadnego ograniczenia co do podmiotu przestępstwa. Powinno to być przestępstwo powszechne.

⁶ W. Ferfecki, *Nauka seksu już od złobka*, „Rzeczpospolita” z 23 kwietnia 2013 r., nr 95, s. A1.

⁷ <http://portal.abczdrowie.pl/w-jaki-sposob-jest-przenoszony-wirus-hiv>

⁸ Z. Mielnik, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu w ujęciu nowego kodeksu karnego*, RPEiS 1997, nr 4, s. 11.

⁹ A. Zoll, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega.

¹⁰ Tamże.

Nie ma racjonalnych argumentów dla kryminalizacji ryzykownych zachowań jedynie nosicieli takich chorób, a pozostawienia poza obszarem regulacji prawnokarnej narażania na takie zarażenie przez osoby zdrowe. Obecny stan prawny w pewien sposób dyskryminuje osoby już zarażone, a jednocześnie pozwala pozostać bezkarną osobie zdrowej narażającej kogoś na takie zarażenie, jeżeli jej zachowanie nie stanowi czynu z art. 160 § 1 k.k.

Ze względu na zbyt kazuistyczne ujęcie, a przez to marginalne praktyczne znaczenie art. 161 k.k., wydaje się, że nie jest konieczne zachowanie tego przepisu. Wystarczyłoby uzupełnić art. 160 § 1 k.k. o narażanie na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. Funkcjonowanie odrębnego przepisu art. 161 k.k. nie ma uzasadnienia, ponieważ Kodeks karny powinien być zwięzły, precyzyjny i kompleksowy. Tymczasem obecna jego regulacja rodzi poważne zastrzeżenia, chociażby co do wyłączenia karalności zarażenia wirusem HIV przez osobę, która sama nie jest nim zarażona¹¹. Występek z art. 161, zarówno z § 1, jak i § 2, jest przestępstwem indywidualnym właściwym¹². Od strony podmiotowej jest przestępstwem umyślnym, o szczególnej świadomości, określonej jako wiedza o właściwości sprawy¹³. Skoro w obecnym stanie prawnym zgłasza się propozycję, aby narażenie na zarażenie wirusem HIV przez osoby, które same nie są zarażone, penalizować na podstawie art. 160 § 1, 2 lub 3, zależnie od formy winy i ustalenia szczególnego obowiązku opieki¹⁴, nie ma przeszkód, aby przepis ten, uzupełniony o wskazane wyżej sformułowania, stosować także do świadomych swego zarażenia nosicieli wirusa HIV. Aczkolwiek i tutaj może pojawić się problem, ponieważ zarażenie wirusem HIV przez długi czas może przebiegać bezobjawowo, a wykształcenie AIDS może w ogóle nie nastąpić. Oczywiście rezygnacja z kryminalizacji samego narażenia na zarażenie wirusem HIV oznaczałaby bezkarność sprawcy tego narażenia, a odpowiedzialność karna wchodziłaby w grę jedynie po wykształceniu się choroby AIDS.

Zasadne jest pytanie o sens kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV w kontekście społecznej szkodliwości tego czynu. Wykładnia językowa pojęcia „społeczna szkodliwość czynu” pozwala przyjąć, że chodzi tutaj o cechę czynu wyrażającą się w naruszeniu lub możliwości naruszenia dobra prawnego, interesu jednostki lub całego społeczeństwa. Społeczna szkodliwość wiąże się z wyrządzeniem szkody, krzywdy, a więc z negatywnymi następstwami czynu, które dotyczą jedną lub więcej osób. Charakter szkody bywa różny: materialny, fizyczny lub niematerialny, psychiczny, duchowy¹⁵. Właśnie taki psychiczny charakter szkody cechuje występek z art. 161 § 1 k.k. W obecnym stanie prawnym jest to przestępstwo materialne, z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo¹⁶, jednak efektywny skutek w postaci zarażenia (powstania sta-

¹¹ Por. M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega, A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega, A. Zoll, *Komentarz do art. 161 k.k.*

¹² K. Banasik, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 6, s. 55.

¹³ B. Michalski, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221, t. I*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 429.

¹⁴ A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*

¹⁵ M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, z. 6, s. 123.

¹⁶ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 161 k.k.*

nu chorobowego) nie jest warunkiem karalności¹⁷. Zatem kara pozbawienia wolności do lat 3 grozi za samo stworzenie zagrożenia narażenia, bez żadnego negatywnego następstwa dla ofiary występku, poza stanem lęku przed zarażeniem, czyli szkodą natury psychicznej, duchowej. W wypadku spowodowania skutku w postaci choroby określonej w art. 156 § 1 k.k. penalizacja następuje na podstawie tego przepisu, który konsumuje art. 161 § 1 k.k., jedynie w wypadku nieumyślności co do skutku wskazana jest kumulatywna kwalifikacja prawna: art. 161 § 1 k.k. w zw. z art. 156 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 11 § 2 i 3 k.k.¹⁸ Biorąc pod uwagę fakt niewielkiego stopnia społecznej szkodliwości czynu z art. 161 § 1 k.k. oraz pamiętając, że podmiotem tego czynu może być jedynie nosiciel wirusa HIV, należy przychylić się do stanowiska L. Pickering Francis, J. G. Francis, twierdzących, że taki przepis stanowi egzemplifikację użycia prawa karnego przeciwko osobom, które są ofiarami chorób zakaźnych¹⁹. Uznawanie za przestępstwo ryzykownego postępowania osoby zarażonej wirusem HIV nie pomaga jej w staraniach o niedopuszczenie do wykształcenia się choroby AIDS. To ryzykowne postępowanie polega przede wszystkim na podejmowaniu współżycia płciowego, gdyż w ten sposób w 90% przypadków dochodzi do zarażenia wirusem HIV. Przy dobrowolnych stosunkach płciowych nie można nie zauważyć znaczącego przyczynienia się ofiary zarażenia wirusem HIV, w szczególności poprzez przypadkowe, sporadyczne kontakty seksualne. Obciążanie pełną odpowiedzialnością karną jedynie nosiciela wirusa HIV, który naraża bezpośrednio inną osobę na takie zarażenie, bez uwzględnienia winy innej osoby w stworzeniu niebezpieczeństwa zarażenia, jest niesprawiedliwe. Jeżeli ustawodawca kryminalizuje ryzykowne postępowanie osoby, która wie o tym, że jest zarażona wirusem HIV, powinien tak samo traktować osobę wyrażającą zgodę na takie ryzyko. W celu uniknięcia niewątpliwie paradoksalnej sytuacji karania obu stron ryzykownych kontaktów seksualnych należy uchylić art. 161 § 1 k.k.

¹⁷ A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*

¹⁸ Tamże.

¹⁹ L. Pickering Francis, J. G. Francis, *Criminalizing*, s. 47.