

## Moralni prestup i krivično djelo

Odnos krivičnog prava i morala je višeslojan i kompleksan. Taj odnos je u znaku odnosa krivičnog djela i moralnog prestupa, čime se ovaj rad bavi. Njegov je cilj sagledavanje i analiza sličnosti i razlika između krivičnog djela i moralnog prestupa. To, između ostalog, može da doprinese davanju odgovora na pitanje da li je, i u kojoj mjeri, opravdano uzimati u obzir moralne norme prilikom stvaranja i primjene krivičnog prava. Zaključak da bi zakonodavac prilikom propisivanja krivičnopravnih normi trebalo u izvjesnoj mjeri da uzme u obzir i važeće moralne norme ne implicira odustajanje od osnovnog kriterijuma za propisivanje krivičnih djela, a to je objekt buduće krivičnopravne zaštite i stepen njegove ugroženosti. Kada je riječ o primjeni prava, uticaj moralne osude u konkretnom slučaju nepoželjan je. Sud ne bi smio da odlučuje kako o postojanju krivičnog djela, tako i u pogledu odmjerenja kazne pod uticajem bilo čije moralne osude, pa makar postojao konsenzus u društvu u tom pogledu.

*Cljučne riječi:* krivično djelo, moralni prestup, kolizija normi, moralna krivica, moralna panika

*Uvod*

U novije vrijeme ponovo raste interes u pogledu značaja pravne filozofije za krivično pravo. Kao i ranije, među centralnim temama dijaloga pravne filozofije i krivičnog prava nalazi se odnos morala i krivičnog prava.<sup>1</sup> Pravo je samostalan normativni sistem. Ono, međutim, kao i druge društvene norme, ne ostvaruje svoju specifičnu regulativnu funkciju izolovano, već u jednom složenom i tijesnom međusobnom djelovanju sa drugim oblicima socijalne kontrole.<sup>2</sup> To, svakako, važi i za krivično pravo. I za razumijevanje suštine i uloge krivičnog prava značajan je njegov odnos sa moralom. Taj odnos, iako pokazuje neke opšte odlike koje su relativno konstantne, ipak nije nešto statično, te se ono što ih povezuje ili razlikuje mijenja. Naročito se mijenja polje u kojem djeluju ova

\* Redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, redovni profesor Fakulteta pravnih nauka UDG, vanredni član CANU, *e-mail*: profstojanovic@gmail.com.

<sup>1</sup> Ovu konstataciju i ocjenu iznosi Kil čije polje interesovanja je, osim što predstavlja jednog od vodećih teoretičara krivičnog prava u Njemačkoj, i pravna filozofija. Up. K. Kühn, *Strafrecht und Moral — Trennendes und Verbindendes*, *Crimen*, 2–3/2017, pp. 230–231.

<sup>2</sup> Vid. B. C. Нерсесянц, *Философия права*, Москва, 1999, str. 77–84.

dva normativna sistema. Ono što je bilo samo moralni prestup, u određenim slučajevima, postaje i krivično djelo, a nešto što je bilo krivično djelo može ostati samo na nivou moralnog prestupa.<sup>3</sup>

Ta dinamika nije svojstvena u podjednakoj mjeri kod oba normativna sistema: ona je izraženija kada je riječ o krivičnom pravu.

Odnos krivičnog prava i morala ne iscrpljuje se samo u odnosu krivičnog djela i moralnog prestupa. On se javlja kod više instituta opšteg dijela, a u posebnom dijelu je od značaja ne samo za propisivanje, već i za primjenu određenih krivičnih djela. Tako u opštem dijelu taj odnos je od značaja kod krivice (kazna predstavlja „socijalno-etički prijekor,“) i svrhe kazne (naročito kod tzv. pozitivne generalne prevencije), krajnje nužde, socijalno-etičkog ograničenja nužne odbrane, a u posebnom dijelu, na primjer, kod ubistva iz „drugih niskih pobuda“ gdje se za određivanje tog pojma (od toga zavisi da li će postojati obično ili teško ubistvo) u obzir moraju uzeti postojeća moralna vrednovanja. Krivičnopravna teorija i sudska praksa su kao kriterijum za preciziranje tog pojma prihvatile da je neophodno da se neka pobuda izrazito negativno moralno vrednuje.<sup>4</sup> Takođe, u odnos morala i krivičnog prava spada i pitanje da li moralna norma može pod određenim uslovima da bude osnov koji isključuje postojanje krivičnog djela. Iako je danas to pitanje donekle izgubilo na aktuelnosti, moralna shvatanja ipak utiču prilikom zakonskog oblikovanja nekih krivičnih djela.<sup>5</sup> Ovaj rad nije imao za cilj da se na cjelovit način bavi pitanjem odnosa morala i krivičnog prava koji je višeslojan i ogleda se u brojnim segmentima ova dva normativna sistema. Umjesto toga, naglasak je na sagledavanju i analizi odnosa krivičnog djela i moralnog prestupa.

<sup>3</sup> Na to ukazuje Kil ističući da kretanja između prava i morala vode tome da se polja koja regulišu pomjeraju. To se dešava onda kada razlike nestaju zato što se neka područja koja je regulisao moral integrišu u pravo, navodeći kao primjer krivično djelo nepružanja pomoći. Up. K. Kühl, *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 2008, p. 280.

<sup>4</sup> Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, Posebni deo*, dvadeset drugo izdanje, Novi Sad, 2022, str. 15.

<sup>5</sup> Tako, na primjer, danas nijedno savremeno krivično zakonodavstvo ne poznaje tzv. ubistvo iz časti. Donedavno to je bio slučaj i sa krivičnim zakonodavstvom nekih evropskih zemalja. Up. U. Frevert, Honour and /or/ as Passion: Historical Trajectories of Legal Defenses, *Rechtsgeschichte* 22/2014. pp. 245–255. To se posebno odnosilo na situaciju kada je muž zaticao ženu u preljubi u kojoj ubistvo žene i njenog ljubavnika ili nije bilo smatrano krivičnim djelom, ili je to bilo privilegovano ubistvo (*ibid.*, p. 246). To je, uostalom, bio slučaj i u Crnoj Gori. Vid. P. Stojanović, Preljuba kao povreda bračne vjernosti u propisima i običajnom pravu Crne Gore, *Studia iuridica montenegrina*, 2/2021, p. 126. Njegovi tragovi su se zadržali u običajnom pravu nekih primitivnih društava. Međutim, i dalje se kod nekih krivičnih djela propisuju privilegujuće okolnosti koje se zasnivaju na moralnim normama, kao na primjer, kod ubistva na mah gdje teško vrijeđanje od strane ubijenog može da bude privilegujuća okolnost. Kod nekih krivičnih djela sukob dvije moralne norme, jedne koja odobrava određeno ponašanje i druge koja ga zabranjuje, riješen je putem kompromisa (npr. kod ubistva iz samilosti).

## 1. Razlike i sličnosti između morala i krivičnog prava

Odnos moralnog prestupa i krivičnog djela, tj. onoga što je krivičnim pravom zabranjeno, ne može se sagledati a da se ne pođe od nekih opštih pitanja odnosa krivičnog prava i morala. Po cijenu da se brojna shvatanja o tim pitanjima simplifikuju, može se konstatovati da postoje u osnovi tri različita shvatanja o tome kakav bi taj odnos trebalo da bude. Prema prvom, najčešće zastupanom gledištu, krivično pravo bi trebalo da obuhvati etički minimum, tj. krivična djela bi istovremeno predstavljala najteže povrede morala.<sup>6</sup> Prema drugom shvatanju, krivično pravo bi trebalo da bude neutralno u odnosu na moral.<sup>7</sup> Postoji i treće shvatanje koje krivičnom pravu postavlja ambiciozan cilj. Naime, prema njemu krivično pravo ne bi trebalo da se zadovolji time da odražava elementarne i minimalne moralne norme, nego bi trebalo da ide dalje pružajući zaštitu moralnim shvatanjima, pa i da razvija i jača nove moralne vrijednosti.<sup>8</sup> Sva ova tri shvatanja pokazuju ozbiljne nedostatke. Može se, ukratko, ukazati ne one najvažnije. Prvo gledište, prije svega, ima problem sa opravdanjem inkriminisanja onih ponašanja koja ne povlače moralnu osudu (*mala prohibita*). Dosljedno sprovedeno, to shvatanje negira opravdanost

<sup>6</sup> Shvatanje o krivičnom pravu kao etičkom minimumu potiče od Jelineka (G. Jellinek, *Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin, 2. Aufl., 1908, p. 45). Još je Hobz tvrdio „da je svako krivično delo greh, ali nije svaki greh krivično delo” (T. Hobz, *Levijatan*, Beograd, 1961, str. 256). U jugoslovenskoj krivičnopravnoj literaturi to gledište je zastupao Zlatarić (B. Zlatarić, *Krivično pravo, I svezak*, Zagreb, 1970, str. 26).

<sup>7</sup> Jedan od najistaknutijih predstavnika tog shvatanja je Hart koji kao zastupnik pravnog pozitivizma istrajava na njegovoj etičkoj neutralnosti. U svojim kasnijim radovima dao je podstrek za diskusiju o ovom pitanju, a svoj osnovni stav, mada ne bez izvjesnih kontradiktornosti, iznio je u radu: H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, (Vol. 71) 4/1958, pp. 593-629.

<sup>8</sup> Tako Antolisei koji, između ostalog, smatra da pravni sistem ne treba samo da služi tome da očuva društvo, već i da promovise progres, odnosno da se ne ograniči samo na to da u zakonu fiksira ono što je u suprotnosti sa postojećim moralom, već i da anticipira i pripremi stvaranje novih etičkih vrijednosti, zbog čega se u nekim slučajevima ukazuje kao neophodno da se zabrane i ponašanja koja nisu suprotna moralu. Up. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, quattordicesima edizione, Milano, 1997, pp. 11-12. Mali je, međutim, broj autora koji zastupaju taj stav. Štaviše, on je odavno predmet kritike u literaturi. Tako Manzini ističe da zakon nikada ne bi trebalo da bude u neskladu sa društvenim moralom, čak ni onda kada bi neka inkriminacija mogla da se pokaže korisnom u promovisanju usvajanja progresivnog mišljenja. Takve inkriminacije, ukoliko postojeći uslovi etičke prirode nisu još dovoljno zreli, mogu samo da vode tome da pravno rješenje usvojeno bez podrške postojećih moralnih normi bude neefikasno, odnosno da se ono ne shvati ozbiljno, smatra on. Up. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Volume primo, quarta edizione, Torino, 1961, p. 39. Međutim, danas ovaj stav posredno dolazi do izražaja i dobija na značaju kroz usvajanje teorije o pozitivnoj generalnoj prevenciji, koja polazi od optimističkog stava u pogledu toga da krivično pravo može da utiče na moralna shvatanja građana.

predviđanja *mala prohibita*. Drugo shvatanje zanemaruje međusobnu povezanost krivičnog prava i morala koja, i onda kada bi se tome težilo, ne dozvoljava potpuno odvajanje ova dva normativna sistema. Najzad, treće shvatanje krivičnom pravu postavlja cilj koji ono ne može da ostvari, a koji nije ni opravdan s obzirom na to da je osnovna funkcija krivičnog prava njegova zaštitna funkcija, tj. zaštita najvažnijih dobara koja se drugim sredstvima ne može postići, a ne davanje podrške moralu.

Kao što se vidi, oko pitanja kakav odnos morala i krivičnog prava treba da bude, odavno su se u teoriji formirala oprečna shvatanja. Međutim, u pogledu ocjene postojećeg odnosa morala i krivičnog prava postoji visok stepen saglasnosti. Uobičajeno je da se on figurativno prikazuje kao odnos dva kruga koji se sijeku.<sup>9</sup> To znači da je jedan dio ponašanja istovremeno i krivično djelo i moralni prestup. Takvo stanje u izvjesnoj mjeri proizilazi iz prirode krivičnog prava i morala kao normativnih sistema. Naime, krivično pravo i moral imaju izvjesne zajedničke karakteristike, ali i karakteristike po kojima se međusobno razlikuju.

Moglo bi se reći da i moral, pored drugih svojih funkcija, obavlja i zaštitnu funkciju. Većina moralnih normi ima svoj objekt zaštite. U nekim slučajevima to je isti objekt kojem se i krivičnim pravom nastoji pružiti zaštita. No, kod nekih moralnih normi objekt zaštite je neodređen, ponekad iracionalan, ili manje vrijednosti od onih dobara kojima se zaštita pruža krivičnim pravom. Moguće je i da je potreba za zaštitom nekog dobra putem moralnih normi prestala, a da one dugo poslije toga i dalje važe. Krivičnopravne i moralne norme se razlikuju i prema načinu nastanka, kao i prema subjektima koji ih stvaraju. Bitna razlika je i u tome što krivično pravo teži tome da bude racionalni normativni sistem, što nije cilj i kod morala. Moral predstavlja sistem čija se efikasnost pretežno zasniva na emotivnim, pa i iracionalnim razlozima. To ne znači da se i za mnoge moralne norme ne mogu pronaći racionalni razlozi njihovog postojanja. U tome i leži snaga i efikasnost morala. Njegove norme se ne moraju nužno obrazlagati racionalnim razlozima, oni koji ih usvajaju ne postavljaju pitanje njihove opravdanosti, prihvataju ih kao takve, kao nešto u što se ne sumnja.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Tako, u ranijoj jugoslovenskoj literaturi B. Zlatarić, op. cit., str. 25. U stranoj literaturi vid. npr. Manhajm koji ističe da ta dva kruga imaju široko polje koje se poklapa, ali isto tako i djelove koji ostaju van tog polja (H. Manheim, *Vergleichende Kriminologie, Band I*, Stuttgart, 1974, p. 78). Slično i Garson koji kaže: „To su dva kruga koji se seku, koji imaju jednu zajedničku površinu, ali svaki od njih ima i površinu koja mu je svojstvena” (E. Garson, *Krivično pravo*, prevod, Beograd, 1926, str. 122). I u savremenim udžbenicima krivičnog prava nailazi se na ovo figurativno prikazivanje odnosa moralnog prestupa i krivičnog djela. Tako, na primjer, K. Russell-Brown, A. Davis, *Criminal Law*, Sage, 2015, p. 3.

<sup>10</sup> Efikasnost moralnih normi dobrim dijelom se može pripisati činjenici da se one ne dovode u pitanje, a ako se to desi, onda moralna norma gubi svoj „sveti

Postoje i druge razlike između morala i krivičnog prava. Često se ističe „da pravo mnogo više naglašava spoljnu, a moral unutrašnju stranu čovjekovog ponašanja, ono mnogo više naglašava potrebu da se ne vrše neodobravana ponašanja nego da se preduzima nešto pozitivno, dok „moral zahtijeva od nas ne samo da se uzdržimo, nego takođe i da djelamo”.<sup>11</sup> Jedna od najznačajnijih razlika postoji u pogledu načina ostvarivanja i primjene moralnih i pravnih normi: poštovanje i primjena pravnih normi postiže se prinudom, dok u pogledu poštovanja moralnih normi postoji dobrovoljnost.<sup>12</sup> Ta prinuda je posebno izražena kod krivičnog prava jer se ona manifestuje u najdrastičnijim formama (oduzimaju se život, sloboda, imovina učinioca krivičnog djela). Međutim, dok efikasnost krivičnog prava zavisi od vjerovatnoće da će pravna norma biti primijenjena, kršenje moralne norme osim spoljnih sankcija, tj. sankcija društva ili određenih društvenih grupa, aktivira i unutrašnje sankcije (kajanje, griža savjesti i slično), koje pojedinac koji usvaja tu normu ne može izbjeći. U tom smislu, može se tvrditi da su moralne norme efikasnije od krivičnopravnih normi.

Može se zaključiti da moral i krivično pravo, i pored toga što imaju neke značajne zajedničke karakteristike, nesumnjivo predstavljaju dva odvojena pojma koji označavaju dva odvojena normativna sistema. Kao što je primijećeno, to bi trebalo tako i da ostane.<sup>13</sup>

## 2. Povreda moralne norme kao uslov za kriminalizaciju?

Imajući u vidu ove specifičnosti morala, nije opravdana težnja da se krivičnim pravom pruža zaštita moralnim shvatanjima. Moralnim shvatanjima koja su usvojena u nekom društvu nije ni potrebna krivičnopravna zaštita.<sup>14</sup> Osim toga, nije zadatak krivičnog prava da štiti određena shvatanja, pa ni moralna. U slučajevima gdje se krivično pravo i moral podudaraju, nije riječ o zaštiti moralnih shvatanja, pa ni o njihovom podržavanju, već se određenim dobrima nastoji pružiti zaštita putem oba normativna sistema. Prema tome, nije opravdano da moralna shvatanja, sama po sebi, budu objekt krivičnopravne

---

karakter”, a time i svoju snagu. J. Skolnick, Should Sexual Relations be Treated as Crime? In: *Contemporary Issues in Criminal Justice, Some Problems and Suggested Reforms*, Port — Washington — London, 1976, p. 8.

<sup>11</sup> H. Manheim, *Comparative Criminology*, vol. one, London, 1965, p. 65.

<sup>12</sup> Vid. K. Čavoški, *Uvod u pravo I*, III izdanje, Beograd, 1996, str. 21.

<sup>13</sup> Tako, na primjer, E. Hilgendorf, Recht und Moral, *Aufklärung und Kritik* 1/2001, p. 89.

<sup>14</sup> Moral je, kako ističe Lukić, „osobito specifičan po tome što je veoma efikasan propis — najefikasniji od svih”. U slučaju kada je „moral dovoljno interioriziran, on je potpuno autonoman i stvara svoju specifičnu sankciju unutrašnjeg karaktera — grižu savesti, koja primenu morala obezbeđuje mnogo efikasnije no spoljne sankcije” (R. Lukić, *Osnovi sociologije*, Beograd, 1964, str. 277).

zaštite.<sup>15</sup> Nepravo koje u sebi otjelotvoruje krivično djelo ne zasniva se na povredi moralne norme, već na povredi dobra koje društvo putem krivičnog prava želi da zaštiti. To ipak, ne dovodi u pitanje opravdanost korišćenja oba normativna sistema u određenim slučajevima, odnosno pod određenim uslovima. Prilikom društvene kontrole ponašanja pojedinaca moguća su tri tipa, odnosno obrasca korišćenja moralnih i pravnih normi. Osim njihovog zajedničkog djelovanja, postoje i slučajevi kada je opravdano reagovati samo pravnom normom, kao i slučajevi u kojima je dovoljna reakcija putem moralne norme.<sup>16</sup> Kada je u pitanju krivično pravo, imajući u vidu specifičnosti krivičnog djela i krivičnog prava, iako nije sasvim isključena, mogućnost da se reaguje samo krivičnim pravom i onda kada nema reakcije morala, rijetko će kada biti opravdana. To otvara problem tzv. *mala prohibita*, tj. ponašanja koja prije nego što su proglašena krivičnim djelom nisu povlačila nikakvu moralnu osudu.

Ponašanje koje izaziva samo moralni prijekor i sankciju, a da pri tome ne predstavlja istovremeno i napad na određeno dobro kojem je krivičnopravna zaštita neophodna, ne bi trebalo da bude predmet interesovanja krivičnog zakonodavca. Na primjer, s aspekta morala neprihvatljivo je lagati i to povlači moralnu sankciju, ali za krivično pravo to ne bi trebalo, samo po sebi, ništa da znači. Međutim, ako bi neko lagao da bi pribavio protivpravnu imovinsku korist, to onda već postaje krivičnopravno relevantno ponašanje, jer pogađa imovinu kao dobro koje bi trebalo štititi i krivičnim pravom. To se inače često dešava: neka moralno neprihvatljiva ponašanja postaju krivično djelo samo pod određenim, dodatnim uslovima. Po pravilu, upravo u tim dodatnim uslovima leži opravdanje za krivičnopravnu intervenciju.

Moralni prestup, sam po sebi, ma kako težak bio nije dovoljan da zasnuje krivično nepravo. Kršenje moralnih normi nije dovoljan razlog da se neko ponašanje proglasi krivičnim djelom. Povreda morala ne smije biti isključivi i jedini razlog i osnov inkriminisanja nekog ponašanja.<sup>17</sup> Međutim, moglo bi se postaviti pitanje koliko moralna shvatanja utiču na vrednovanje objekta krivičnopravne zaštite i koliko ih treba uzimati u obzir prilikom određivanja granica krivičnog prava. Bilo bi poželjno da ponašanje koje predstavlja napad na određeno dobro bude istovremeno i predmet moralne osude da bi njegovo predviđanje kao krivičnog djela bilo opravdano. Dva su razloga

<sup>15</sup> To je danas, posle dužeg vremena u kome se vodila diskusija o tome, postalo nesporno. Ipak, u krivičnim zakonodavstvima se zadržala poneka inkriminacija kojoj je jedini zaštitni objekt moralno shvatanje.

<sup>16</sup> O ova tri domena djelovanja, kada je u pitanju odnos prava i morala, govori S. Shavell, *Law versus Morality as Regulators of Conduct*, *American Law and Economics Review* 2/2002, pp. 243–244.

<sup>17</sup> Prije pola vijeka imalo je smisla to posebno naglašavati i isticati, jer tadašnji krivični zakonodavac nije imao takav načelni stav prema povredama morala. Z. Stojanović, *Krivičnopravno regulisanje povreda normi seksualnog morala*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3–4/1974, str. 484. Svoj stav je autor iznio i obrazlagao i u nekim svojim kasnijim radovima.

za to. Prvo, moral je mnogo ekstenzivniji od krivičnog prava i obuhvata i skoro beznačajne moralne presteupe. Ako neko ponašanje i pri tako ekstenzivno postavljenim granicama morala ne predstavlja moralni prestup, onda njegovo negativno vrednovanje od strane krivičnog prava izaziva određeno podozrenje. Drugo, poznato je da je krivično pravo u odnosu na ponašanja koja istovremeno nisu predmet i moralne osude sasvim neefikasno. Štaviše, inkriminisanje takvih ponašanja generalno slabi društvenu osudu vezanu za kaznu i njenu primjenu, što negativno utiče na njene efekte i u odnosu na ponašanja čije je predviđanje kao krivičnih djela nesporno.<sup>18</sup> Pošto u savremenim društvima postoji moralni pluralizam, u slučaju da nema konsenzusa većine u društvu u pogledu moralne osude nekog ponašanja, nema opravdanja ni za krivičnopravnu intervenciju. Neophodno je poći od elementarnih moralnih vrijednosti koje prihvata ogromna većina ljudi, tj. od moralnih shvatanja koja osuđuju povrede osnovnih dobara čovjeka kao što su život, sloboda, imovina, dostojanstvo. U tim slučajevima krivičnopravna zaštita će imati moralnu podršku, tj. i same moralne zabrane djeluju da se takva krivična djela ne vrše.<sup>19</sup> Nemoralnost nekog ponašanja, iako daleko od toga da bude dovoljna, trebalo bi da bude jedan od uslova da bi se to ponašanje proglasilo krivičnim djelom.<sup>20</sup> Međutim, ako se prihvati da, makar izuzetno, neko ponašanje zaslužuje da bude krivično djelo iako ne povlači moralnu osudu, pitanje opravdanja takvih krivičnih djela postaje veoma složeno.<sup>21</sup> U nekim oblastima teško je

<sup>18</sup> Vid. R. Frase, *Criminalisation and Decriminalisation*. In: *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 2, New York, 1983, p. 445.

<sup>19</sup> Kropotkin je još 1882. godine pisao da to što se sve rjeđe vrše krivična djela ubistva (osim ako ne postoji motiv koristoljublja) jeste „rezultat društvenih normi, a ne zakonske zabrane”. Polazeći od filozofskih postavki anarhizma on tvrdi da, ako bi se ukinuli zakoni koji se odnose na zaštitu ličnosti, „broj napada na pojedince, izvršenih iz osvete ili brutalnosti ne bi se povećao ni za jedan jedini slučaj” (P. Kropotkin, *Anarhizam i moral*, prevod, Beograd, 1984, str. 175). U istom radu ističe da „ukinete li smrtnu kaznu, neće biti ni jednog ubice više nego što ih je bilo pre toga” (str. 180). Iako polazi od idealizovanja čoveka i prenaglašava značaj morala i uopšte društvenih normi, te državu smatra nepotrebnom, što je inače svojstveno anarhizmu, ovakav pristup nije neprihvatljiv kada je reč o najtežim krivičnim djelima i većini ljudi u društvu. No, uvijek ostaje ona manjina kojoj moralne norme nisu nikakva prepreka za vršenje najtežih krivičnih djela.

<sup>20</sup> Za razliku od drugih grana prava u kojima propisivanje, pa i kršenje pravnih normi, može da bude potpuno moralno indiferentno (na primjer, propisivanje da se vozila u saobraćaju kreću desnom kolovoznom trakom nema nikakvu moralnu konotaciju), krivično djelo i njegovo vršenje, po pravilu, znače i povredu određene moralne norme.

<sup>21</sup> Postoje izuzeci kod kojih je opravdana krivičnopravna intervencija iako izostaje kršenje određene moralne norme i moralne osude. Na primjer, teško da će neko da moralno osudi onoga ko radi odbrane i lične bezbjednosti, uz sve mjere predostrožnosti ali bez dozvole, drži u svojoj kući pištolj ili revolver. To ponašanje, iako ne predstavlja moralni prestup, danas manje-više sva savremena krivična zakonodavstva proglašavaju krivičnim djelom. Postoje i drugi brojni primjeri. Izbjegavanje plaćanja poreza ili drugih dažbina državi, po pravilu, nije

utvrditi i da li moralna osuda uopšte postoji, koji je njen intenzitet i ko uopšte u društvu osuđuje neka ponašanja. To je naročito slučaj sa nekim oblastima koje su tek odnedavno predmet pravnog regulisanja. Na primjer, kada je riječ o različitim oblicima povrede intelektualne svojine, moralni stavovi se u društvu razlikuju. Vjerovatno je moralna osuda plagiranja (povreda moralnih prava autora) proširenija, nego osuda neovlašćenog umnožavanja tuđeg autorskog djela (povreda imovinskih prava autora). Jedva postojeća moralna osuda u ovoj oblasti doprinijela je i tome da se krivična djela protiv intelektualne svojine koja su u KZ CG propisana u zasebnoj glavi jedva i primjenjuju.<sup>22</sup> Međutim, nije problem samo u ponašanjima koja prije inkriminisanja nisu bila predmet moralne osude. Problem u nekim slučajevima predstavljaju i *mala in se*, tj. ponašanja koja izazivaju moralnu osudu. Naime, nije jednostavno obrazložiti zašto neke povrede moralnih normi koje predstavljaju *mala in se* nije opravdano proglasiti krivičnim djelom (kao primjer se može navesti preljuba), iako se radi i o ozbiljnoj moralnoj osudi.<sup>23</sup>

## 2. Neke specifičnosti moralnog prestupa

Iako se i iz dosadašnjeg izlaganja uočavaju određene specifičnosti koje posjeduje moralni prestup, u daljem izlaganju biće ukazano na neke druge, konkretnije specifičnosti i razlike koje postoje kod moralnog prestupa. One se tiču: radnje, odnosno materijalnog, fizičkog supstrata moralnog prestupa, njegove predviđenosti moralnom normom kao i subjektivnog elementa, tj. krivice.

I moralni prestup, kao i krivično djelo, zahtijeva preduzimanje (ili propuštanje) određene radnje. Iako predmet moralne osude, za razliku od krivičnog djela, može biti i unutrašnje držanje učinioca, njegov način života, pa i njegove misli, to ipak još ne čini moralni prestup.

---

predmet moralne osude, iako to krivično djelo poznaju sva savremena krivična zakonodavstva.

<sup>22</sup> Kao jedan od rijetkih primjera iz sudske prakse u Srbiji može se navesti odluka Osnovnog suda u Novom Sadu (potvrđena odlukom Višeg suda) kojom je osuđen vlasnik fotokopirnice zbog kopiranja udžbenika koji se koriste na Pravnom fakultetu u Novom Sadu. Vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, dvanaesto izdanje, Beograd, 2022, str. 677.

<sup>23</sup> Kada je preljuba u pitanju, vladajuće shvatanje je da, iako je riječ o ponašanju koje ima šire štetne posljedice i predmet je moralne osude društva, tj. nije riječ samo o nečemu što se tiče involviranih pojedinaca, korišćenje krivičnog prava nije opravdano. Iako i danas (ranije je to bilo dominantno u krivičnim zakonodavstvima) neke zemlje preljubu proglašavaju krivičnim djelom (a u nekima od njih, pod uticajem religije, predviđena je čak i smrtna kazna), u većini zemalja se od toga odustalo, a u savremenoj teoriji jedva da ima onih koji zagovaraju inkriminisanje preljube. Primjer preljube pokazuje koliko je stara podjela koja postoji vjekovima na *mala in se* i *mala prohibita* nedovoljan i nesiguran kriterijum za krivičnog zakonodavca. Vid. S. Dimock, A Trilogy of Papers on the *Malum prohibitum* — *Malum in se* Distinction in Criminal Law, Introduction, *Dialogue*, 1/2016, pp. 5–6.



Takođe, ni nevoljne i nesvjesne radnje ne podliježu moralnoj osudi. I pored toga što je domet moralnih zabrana širi nego kada je u pitanju krivično pravo, u pogledu radnje, tj. čina kojim se krši neka moralna norma nema suštinskih razlika, to mora biti voljni i svjesni čin. Pošto moralna norma često zahtijeva određeno činjenje, odnosno ispunjavanje određene moralne dužnosti, propuštanje se, mnogo češće nego kod krivičnog djela, javlja kao radnja moralnog prestupa. Dužnost na činjenje se u oblasti morala javlja često, tako da neispunjavanje te dužnosti vodi moralnom prestupu za razliku od krivičnog prava gdje učinilac krivičnog djela nečinjenjem može biti samo lice koje ima položaj garanta.

Za razliku od radnje, značajnije razlike tiču se povrede norme. Dok je kod krivičnog prava mnogo lakše utvrditi postojanje te povrede, kod moralne norme to nije uvijek slučaj. Štaviše, česte su situacije koje otvaraju tzv. moralne dileme. Brojne su moralne norme čije značenje i domašaj nisu jasni. Za razliku od pravne norme, moralnoj normi nedostaje preciznost i nijansiranje. To je razumljivo ako se ima u vidu da moralna norma nastaje spontano u toku dužeg vremenskog perioda i da je, po pravilu, nepisana i ne ulazi u detalje, tj. još je opštijeg karaktera od pravne norme. Moralne norme moraju biti jednostavne, između ostalog i zbog toga što su upravljene na sve, bez obzira na njihove intelektualne sposobnosti. Imajući u vidu proces usvajanja moralnih normi, one su, po pravilu, takve da su razumljive i djeci.<sup>24</sup> Dakle, stepen preciznosti norme čijim kršenjem se ostvaruje moralni prestup, znatno je niži nego u slučaju krivičnopravne norme. Iako, naravno, i moralna norma pretenduje da bude poštovana, ona ne teži tome da bude *lex certa*. Nema ni pravila koja isključuju postojanje moralnog prestupa analogno osnovima koje isključuju protivpravnost krivičnog djela. Ni činjenica da su ispunjeni uslovi da se neko ponašanje ne smatra protivpravnim, ne mora da ima bilo kakav značaj u pogledu njegove moralne dopuštenosti.<sup>25</sup>

I kada je u pitanju krivica, iako se njeno jezgro ne razlikuje mnogo od krivice kako je ona shvaćena u krivičnom pravu, kod moralnog prestupa nisu sasvim jasne njene granice. Tako, ne postoji u moralu kao u krivičnom pravu, određena starosna granica koja je preduslov podobnosti za krivicu, za pripisivanje određenog akta nekome u krivicu. I djeca mogu učiniti moralni prestup. Pri tome nije utvrđena

<sup>24</sup> Tako, navodi se kao primjer da bi moralna pravila koja zabranjuju laganje ako bi sadržala brojne i složene izuzetke bila teška djeci za razumijevanje, a predstavljala bi izazov i za mnoge druge u smislu njihovog razumijevanja. Up. S. Shavell, *op. cit.*, p. 234. To ipak ne znači da su sve moralne norme sasvim jednostavne, da su uvijek crno-bijelog karaktera, već samo da one ne smiju biti pretjerano složene. *Ibid.*, p. 235, nap. 12.

<sup>25</sup> Na primjer, ako neko smatra da je prinudno iseljenje porodice sa malom djecom iz stana zbog dospjelih dugova moralno neprihvatljivo, onda činjenica da ono nije protivpravno nego da je obavljeno u skladu sa zakonskim uslovima i na osnovu pojedinačnog akta te da stoga ne predstavlja krivično djelo, ništa ne mijenja u pogledu moralne osude.

starosna granica, već moral polazi od toga da moralna zabrana mora biti jasna i razumljiva onome ko ju je prekršio. Slično je i kod lica koja bi u krivičnom pravu bila smatrana neuračunljivim. Može se reći da postoji jedan uprošćeni kriterijum koji polazi od toga da li je u konkretnom slučaju neko mogao da shvati moralnu zabranu i da uskladi svoje ponašanje sa njom. U svjetlu tog osnovnog i uprošćenog pravila, određeni značaj ima i stanje zablude koje može isključiti krivicu i za moralni prestup. Međutim, za razliku od krivičnog prava, ne postoje precizna i složena pravila putem kojih se rješavaju sporne situacije.

I moralna krivica se po težini može stepenovati. Što se tiče njenih oblika, i moralni prestup može biti učinjen sa umišljajem ili iz nehata. Moralna krivica još više naglašava razliku umišljaja i nehata. Zbog toga postoje znatni problemi kako nekome pripisati moralnu krivicu ukoliko nehatno postupa. Moralni prestup podrazumijeva svjesni i voljni izbor da se postupi pogrešno, da se prekrši moralna norma. Iako nehat u osnovi ima suštinski drugačije psihičko stanje, ipak i tu postoji mogućnost izbora, ali ne u pogledu same odluke, već u pogledu toga da se izabere pažljiviji odnos prema situaciji u kojoj je prekršena moralna norma. Prihvatljivo je gledanje koje umišljajnu moralnu krivicu zasniva na mogućnosti izbora u svijetu koji se ispravno percipira, dok se nehatna krivica zasniva na stvaranju rizika koji proizilazi iz pogrešnog gledanja na svijet, odnosno na situaciju u kojoj je prekršena moralna norma. Umišljajna krivica se zasniva na pogrešnom djelovanju u ispravno shvaćenom svijetu, dok nehatna krivica predstavlja ispravno djelovanje u pogrešno shvaćenom svijetu, odnosno u situaciji kako je vidi onaj koji djela a ne kakva ona zaista jeste. Dominantna forma krivice je, kao i u krivičnom pravu, ona koja je umišljajna, koja se zasniva na izboru.<sup>26</sup>

Postoji jedna značajna specifičnost krivice kod moralnog prestupa. Krivica uključuje i osjećanje krivice kod onoga ko je učinio moralni prestup, dok za krivicu u krivičnom pravu to nije nužno. Štaviše, česta je pojava da učinioci krivičnog djela ne osjećaju nikakvu krivicu za učinjeno djelo. Krivica je tu objektivan sud o subjektivnom odnosu učinioca prema učinjenom djelu na kome se zasniva socijalno-etički prijekor. Kod moralne krivice taj prijekor upućuje prije svega samom sebi onaj ko je učinio moralni prestup,<sup>27</sup> kod krivice u krivičnom pravu to čini društvo, odnosno država preko suda koji izriče kaznu ili drugu krivičnu sankciju. Iako je osjećanje krivice, po pravilu, prisutno kod moralnog prestupa, intenzitet tog osjećanja se može kod pojedinaca razlikovati. Neki su vrlo skloni tome da zbog učinjenog moralnog prestupa intenzivno osjećaju krivicu, dok je kod drugih za taj isti moralni prestup to osjećanje jedva prisutno.

<sup>26</sup> Tako M. Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press New York, 2010, p. 414.

<sup>27</sup> Odsustvo osjećanja krivice i (samo)prijekora je moguće kod pojedinaca na koje moralne norme malo, ili nimalo utiču.

Spremnost da se prihvati krivica za učinjeni moralni prestup ima i veliki značaj kao preventivni faktor u smislu da smanjuje učestalost vršenja moralnih prestupa kod onih kod kojih ona postoji.<sup>28</sup> U vezi sa ovim pitanjem jeste i problem, često istican u krivičnopravnoj i srodnoj literaturi, a to je problem učinilaca iz ubjeđenja. Dok u krivičnom pravu, s razlogom, postoji saglasnost da to što neko vršeci određena krivična djela smatra da ispravno postupa nema značaja za postojanje krivice,<sup>29</sup> kod moralne krivice stvari stoje drugačije. Preduzimanje radnje određenog krivičnog djela (ili propuštanje da se ona preduzme tamo gdje postoji takva dužnost) iz razloga savjesti, ili ličnih ubjeđenja, po pravilu ne vodi moralnoj krivici. Ne samo da, po prirodi stvari, izostaje unutrašnja moralna sankcija, nego često (u zavistnosti i od toga o kojem je ponašanju riječ) nema ni (dovoljne) moralne osude društva. Ovaj problem je naročito prisutan kod nekih krivičnih djela i ne tiče se samo krivice, već i objektivnih elemenata krivičnog djela, odnosno moralnog prestupa. Tako, kod mnogih političkih krivičnih djela, izostaje moralna sankcija ne samo kod onoga ko ih vrši, nego često i od strane širih društvenih grupa.<sup>30</sup>

#### 4. Kolizija moralne i krivičnopravne norme

Postoje slučajevi u kojima su moralna i krivičnopravna norma u sukobu, slučajevi u kojima one zahtijevaju da se potpuno različito postupi. Da li prijaviti najboljeg prijatelja za učinjeno krivično djelo? Da li lagati potencijalnog ubicu o tome gdje se nalazi žrtva? U prvom slučaju poštovanje moralne norme vodi izvršenju krivičnog djela. U drugom slučaju, postupanje u skladu sa moralnom zabranom laganja vodi saučesništvu (pomaganju) u krivičnom djelu ubistva.<sup>31</sup> Ovo su samo dva primjera moralne dileme u kojoj može neko da se nađe. Riječ je o tipu moralne dileme u kojoj onaj koji mora da ih riješi bira između ponašanja u skladu sa moralnom normom, čime ulazi u kriminalnu zonu, ili ponašanja kojom izbjegava ulazak u tu zonu,

<sup>28</sup> Vid. M. V. Day, Guilt. In: T. R. Levine (Ed.), *Encyclopedia of deception*, Thousand Oaks, 2014, pp. 427–428.

<sup>29</sup> H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. Auflage, Berlin, pp. 414–415.

<sup>30</sup> Čak i kod političkih krivičnih djela za koja se, na prvi pogled, čini da povlače izvjesnu moralnu osudu kao što je špijunaža, moralna osuda zavisi od toga ko to djelo vrši i na čiju štetu. Tako, na primjer, Antolisei navodi primjer stranca koji u inostranstvu učini krivično djelo špijunaže u interesu svoje domovine, u kom slučaju izostaje moralna osuda. Takođe, ukazuje na to da politički krivci u slučaju promjene političkog režima često postaju heroji. Up. F. Antolisei, *op. cit.*, p. 11.

<sup>31</sup> Postoji spor oko toga da li je moralna zabrana laganja apsolutnog karaktera. Dok je Kant tvrdio da jeste, postoje i mišljenja da Kant nije uspio u tome da dokaže da je laganje uvijek moralno nedopustivo. Vid. J. Rachels (seventh ed. S. Rachels), *The Elements of Moral Philosophy*, New York, 2012, pp. 130-132.

ali po cijenu kršenja moralne norme.<sup>32</sup> Rješenja ovog problema nema, tj, nema pravila koje bi se moglo koristiti za vršenje izbora odnosno davanje prednosti moralnoj ili krivičnopravnoj normi. Između tih normi ne postoji hijerarhija. Izbor je na onome ko se našao u toj situaciji. On se može rukovoditi bilo kojim kriterijumima prilikom tog izbora, pa i onima pragmatske prirode, birajući ono što će ga manje pogoditi, odnosno sankciju koja je za njega lakša.

Istinska kolizija između krivičnopravne i moralne norme postoji, dakle, onda kada poštovanje jedne norme vodi kršenju druge. Ovu koliziju može izbjeći samo (krivični) zakonodavac tako što će iz domena kriminalnog isključiti ono što je u skladu sa moralnom normom, odnosno ono što ta norma upravo zahtijeva. U navedenom primjeru neprijavlivanja učinioca krivičnog djela, zakonodavac je isključio mogućnost da neka lica mogu da učine to krivično djelo upravo vodeći računa o moralnim normama (npr. krivično djelo ne čine majka ili otac koji ne prijave svog sina da je učinio krivično djelo). Ukoliko to nije slučaj (kao što nije ako je riječ o najboljem prijatelju kod koga se učinilac sklonio poslije učinjenog krivičnog djela), krivično djelo postoji iako ispunjavanje dužnosti prijavljivanja predstavlja moralni prestup.

Pitanje kolizije pravne i moralne norme postaje još složenije onda kada je riječ o ponašanju koje povlači moralnu osudu samo jednog dijela društva, tj. kada u pogledu njega postoje oprečna moralna shvatanja u društvu. Na primjer, dok je za neke svaki abortus moralno neprihvatljiv, za druge je to osnovno pravo žene. Prednost je krivičnog prava, što se može vidjeti i na navedenom primjeru, to što ono može (za razliku od morala) kod jednog istog ponašanja da izvrši diferencijaciju u zavisnosti od ispunjenosti određenih uslova. U ovom slučaju krivično pravo razlikuje dozvoljeni od nedozvoljenog prekida trudnoće. Time se problem moralne osude ne rješava, za moral su često irelevantni uslovi koje krivično pravo postavlja da bi neko ponašanje bilo krivično djelo. U ovom slučaju, za moral je irelevantno da li se prekid trudnoće vrši pod uslovima i u postupku koji je propisan zakonom.<sup>33</sup>

I kolizija moralne i krivičnopravne norme pokazuje, dakle, da moral i pravo ne samo da ne moraju da se podudaraju u vrednovanju i ocjeni nekog ponašanja, već i da mogu da budu u konfliktu.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Problem moralnih dilema je mnogo širi i složeniji od onoga na koji se ukazuje u ova dva primjera. Nije tu samo riječ o tome kako riješiti koliziju moralne i pravne dužnosti, moralna dilema može da se javi i u nizu drugih situacija. Sasvim je moguće i da nešto što je moralno neprihvatljivo, bude u skladu sa krivičnopravnom normom. Na primjer, ukoliko neko u predstojećem saobraćajnom udesu skrene vozilo na nevinog pješaka spasavajući tako pet života, krivičnopravne odredbe o krajnjoj nuždi isključiće postojanje krivičnog djela. Primjera ima dosta: kanibalizam poslije brodoloma na moru, izbacivanje ljudi iz preopterećenih čamaca za spasavanje itd. Vid. B. Huang, *Law and Moral Dilemmas*, *Harvard Law Review*, Vol. 130, p. 659-700, 2016 (2017).

<sup>33</sup> Neki od tih uslova, ipak, mogu da vode i moralnom opravdanju. Na primjer, ako se abortus vrši zato da bi se spasao život trudne žene.

<sup>34</sup> To je danas u krivičnopravnoj (ne nužno i u pravnofilozofskoj) literaturi postalo vladajuće shvatanje. Tako, na primjer, Pulitano ističe da recipročna autonomija

## 5. Jačina moralnog prijekora i težina krivičnog djela

Težina krivičnog djela, kako na planu propisivanja kazne, tako i u primjeni prilikom odmjeravanja kazne, utiče da kazna bude viša ili manja, stroža ili blaža. Da li uopšte ima mjesta moralnoj osudi među okolnostima koje su od značaja za propisivanje i odmjeravanje kazne? Stav da bi zakonodavac prilikom propisivanja krivičnih djela (uključujući i kaznu) trebalo da uzme u obzir i moralna shvatanja, ne znači da od jačine moralnog prijekora zavisi visina propisane kazne. To još u većoj mjeri važi za odmjeravanje kazne. No, da li je to zaista tako? Da li se zakonodavac uzdržava od toga da težinu krivičnog djela mjeri i tako što će „ukalkulisati” i intenzitet moralnog prijekora koje neko ponašanje povlači, odnosno da li sud prilikom odmjeravanja kazne zaista ne uzima u obzir i jačinu moralne osude koju je izvršenje određenog krivičnog djela izazvalo? Relativno je lako odgovoriti na ova pitanja. Naročito danas, i zakonodavac i sud, naročito kod nekih krivičnih djela, i te kako su pod uticajem stvarne ili pretpostavljene moralne osude nekog ponašanja. Postalo je uobičajeno da se (u literaturi sa razlogom pretežno kritički) govori o tzv. moralnoj panici. U kojoj mjeri ona zaista postoji i da li je sam taj termin adekvatan, drugo je pitanje. Niti se sve reakcije koje se obično označavaju tim pojmom zasnivaju na moralnim shvatanjima, niti bi se one uvijek mogle obuhvatiti pojmom panike u uobičajenom smislu kao reakcije do koje dolazi iznenada i koja poslije izvjesnog vremena sama od sebe prolazi. Iako je koncept moralne panike danas donekle prevaziđen pa, stoga, ne bi mogao i dalje biti osnovni, noseći kritički analitički okvir u kome savremena kriminologija,<sup>35</sup> pa i sociologija, posmatraju društvene procese, on je koristan i upotrebljiv za označavanje određenih reakcija društva u odnosu na neke forme kriminaliteta. Taj pojam sugerise označavanje reakcije koja je neadekvatna, koja je zasnovana na pogrešnoj procjeni i kojoj nedostaje srazmjernost.<sup>36</sup> Uz to, ta reakcija sadrži emotivni naboj, što je i inače svojstveno moralnoj osudi. Moralna panika ne stvara moralnu osudu, ona traži područja i ponašanja koja su već predmet moralne osude da bi tu osudu intenzivirala i koristila i za neke druge ciljeve.

Nije sporno da u stvarnosti na stav i procjenu zakonodavca kao i na odmjeravanje kazne utiče pretjerana moralna osuda jednog dijela javnosti i političara koji povlađuju toj javnosti radi ostvarivanja političke dobiti. Realna je pretpostavka da u nekim slučajevima i politički akteri sami podliježu moralnoj panici, ili bar žele da pokažu

---

morala i prava dozvoljava da se neko ponašanje, iako moralno diskutabilno, pravno smatra dozvoljenim. Up. D. Pulitanò, (a cura di), *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, Torino, 2011, p. 103.

<sup>35</sup> U tom smislu M. Horsley, Forget „Moral Panics”, *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, Vol 9(2): 2017, p. 95-96.

<sup>36</sup> Tako D. Garland, On the concept of moral panic, *Crime Media Culture*, Vol. 4 (1) 2008, p. 20.

razumijevanje i solidarnost sa takvom reakcijom javnosti. Ipak, u mehanizmu moralne panike treba vidjeti sredstvo da se „pojača nadzor i kontrola nad građanima nezavisno od toga da li pripadaju kategoriji neprijatelja ili ne”.<sup>37</sup> U krajnjoj liniji, ona olakšava političkoj eliti da, uz pomoć medija i pojedinih eksperata, lakše postiže političke ciljeve upravljanja i vladanja u društvu. Naravno, takav uticaj na krivično pravo u cjelini je štetan. Nije riječ samo o određenim ponašanjima koja se zaprećuju drakonskim i nesrazmjernim kaznama, već o tome da se čitav krivičnopravni sistem kao sistem koji teži tome da bude racionalan odgovor na kriminalitet dovodi u pitanje i kompromituje. Osim toga, povišeni stepen represivnosti se „preliva” i u druge sfere života društva i pojedinca.

Kazneni populizam kao posljedica moralne panike dolazi od izražaja naročito kod nekih krivičnih djela. U Crnoj Gori je nedavno to jasno ispoljeno prilikom usvajanja jednog od dva zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika.<sup>38</sup> U jednom od tih zakona („Službeni list Crne Gore” broj 144/21) propisane su veoma stroge kazne za krivična djela protiv polne slobode kada su učinjena na štetu djeteta. Iako za stroge kazne za ta krivična djela mogu da se nađu i drugi argumenti, na to je isključivo uticao kazneni populizam pokrenut od jednog dijela javnosti i nekih nevladinih organizacija, a podržan od tadašnje vlade. Ovaj predlog je naišao na jednoglasnu podršku svih poslanika, bez obzira na njihovu pripadnost određenim strankama, što je takođe svojstveno kaznenom populizmu zasnovanom na moralnoj panici. Primjera radi, ovdje se posebno može navesti tzv. grooming (član 211b KZ) za koji je (umjesto ranije zapriječene kazne od šest mjeseci do pet godina) sada zapriječen zatvor od najmanje deset godina, dakle stroža kazna nego za ubistvo ili za samo krivično djelo u odnosu na koje ovo ponašanje predstavlja pripreme radnje (ugovaranje sastanka sa djetetom s ciljem njegove zloupotrebe u seksualne svrhe).<sup>39</sup> Bez obzira da li je teorijski opravdano prihvatiti koncept moralne panike kao širi koncept kojim se mogu objašnjavati i drugi vidovi društvene reakcije, nema sumnje da određena moralna

<sup>37</sup> M. Ljubičić, Analiza (ne)zvaničnih diskursa o upotrebi droga u Srbiji, *Crimen* 1/2021, str. 8.

<sup>38</sup> To takođe predstavlja kuriozitet u negativnom smislu, jer su oba zakona usvojena istog dana na istom zasijedanju Skupštine i međusobno nisu ni usklađena.

<sup>39</sup> U članu 306 KZ Norveške ugovaranje sastanka sa djetetom u cilju vršenja nekog od seksualnih krivičnih djela predviđenih u tom KZ, pod uslovom da se izvršilac pojavi na dogovorenom mjestu (što prema rješenju u KZ CG nije uslov) zapriječeno je kaznom zatvora do jedne godine. Ako ostavimo Norvešku po strani, kao možda suviše liberalnu za upoređivanje sa Crnom Gorom, može se navesti primjer KZ Slovenije. U članu 173a tog zakonika propisana je kazna za ovo krivično djelo do jedne godine zatvora. KZ Srbije koji prema propisanim kaznama spada u najstroža u Evropi, propisuje za ovo krivično djelo kaznu zatvora od jedne do osam godina ako je djelo učinjeno prema djetetu, a novčanu kaznu i zatvor od šest mjeseci do pet godina ako je djelo učinjeno prema maloljetniku. I taj KZ, slično Norveškom, zahtijeva da se učinilac pojavio na dogovorenom mjestu radi sastanka (član 185b KZ Srbije).

shvatanja, podsticana i intenzivirana kroz proces moralne panike, zajedno sa nekim drugim faktorima, vode pretjeranoj i nesrazmjernoj krivičnopravnoj reakciji u odnosu na određenu vrstu krivičnih djela. Osim toga, što je i inače svojstveno moralnoj reakciji i osudi, ona je puna emotivnog naboja koji jednoj racionalnoj politici suzbijanja kriminaliteta može samo da šteti.

Teško je objasniti ove, kako kaže jedan autor, panične napade zakonodavca. Kao moguće objašnjenje on navodi to da se ima utisak da krivično pravo, naročito u nekim oblastima, služi samo tome da se stavi na raspolaganje formalni postupak za rješavanje društvenih konflikata i problema koje erodirane moralne, običajne i religijske norme više nisu u stanju da savladaju.<sup>40</sup> To objašnjenje je prihvatljivo, a naročito konstatacija da u savremenom društvu koje se konstantno nalazi u stanju političke i ekonomske krize, pa i krize sistema vrijednosti, moralne, običajne i religijske norme sve manje mogu da ostvaruju svoje ciljeve, što vodi (bezuspješnom) traženju rješenja u krivičnom pravu. Ipak, time se ne daje suštinski odgovor na pitanje šta je uzrok „paničnim napadima” zakonodavca. Istinsku ulogu moralne panike, od kojih je reakcija zakonodavca samo jedan od segmenata, treba vidjeti u njenoj političkoj funkciji u savremenom društvu koja doprinosi tome da politička elita time dobija još jedan mehanizam koji joj može korisno poslužiti za održavanje na vlasti i koji joj olakšava upravljanje društvom i (zastrašenim) građanima, kao i da legitimizuje upotrebu represije koja je takođe u funkciji vršenja vlasti.

Rečeno, ipak, ne opravdava stav da u primjeni krivičnog prava moralnim shvatanjima i moralnoj osudi nema mjesta. Kod onoga što se u posljednje vrijeme obično označava kao moralna panika, riječ je o pretjeranoj reakciji koja se zasniva na nekim moralnim shvatanjima koja, između ostalog, može biti i predmet manipulacija jer cio taj proces u suštini ima druge ciljeve. Nije opravdano, međutim, otići u drugu krajnost i težiti tome da se primjena prava sasvim oslobodi uticaja morala. Ali, tu je riječ više o nekim načelnim stavovima, a ne o direktnom uticaju jednog dijela javnosti čiju moralnu reakciju podstiču pojedini političari, neke nevladine organizacije, a naročito mediji (prije svega tzv. žuta štampa). U pitanju su određene koncepcije koje prožimaju savremeno krivično pravo. Krivica podrazumijeva i socijalno-etički prijekor koje društvo (preko suda) upućuje učiniocu krivičnog djela. Iako se taj prijekor učiniocu upućuje zbog učinjenog krivičnog djela, a ne moralnog prestupa, on ima i svoju etičku dimenziju. Takođe, ni kazna nije oslobođena izvjesnog moralnog vrednovanja. Ona mora biti pravedna, srazmjerna i zaslužena.<sup>41</sup> Naime, i neki osnovni krivičnopравни pojmovi imaju u sebi i dimenziju moralnog vrednovanja i ocjene.

<sup>40</sup> U. Kindhäuser, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Band I, Baden-Baden, 2021, p. 47.

<sup>41</sup> To je inače i argument protiv inkriminisanja ponašanja koje je samo *malum prohibitum*, jer osuda za njega teško da može da ima takve efekte, tj. kazna za ponašanje koje moral ne osuđuje, po pravilu, nije pravedna i srazmjerna.

## *Zaključak*

Iako je opravdano uvažavanje moralnih normi prilikom oblikovanja legitimnog krivičnog prava koje bi istovremeno efikasno obavljalo svoje funkcije, treba imati u vidu da su to ipak dva samostalna normativna sistema i da nije opravdano težiti moralizaciji krivičnog prava ili, s druge strane, juridizaciji morala. Kako nastojanje da se krivično pravo suviše prožme moralom, tako i nastojanje da se moral uokviri pravnim normama i podrži pravom, čak i kada bi to i bilo moguće, ne bi doprinelo stabilizaciji i boljem funkcionisanju ova dva normativna sistema. Moral i krivično pravo, a stoga i moralni prestup i krivično djelo, u toku razvoja krivičnog prava su se udaljavali jedno od drugog. U savremenim društvima moralna i krivičnopravna norma pokazuju značajne specifičnosti i razlike i čine različite i odvojene normativne sisteme. I pored toga, zbog prirode ponašanja koja regulišu, kao i zbog ciljeva koje nastoje da postignu, poželjno je da se moralne i krivičnopravne norme u izvjesnoj mjeri međusobno usklađuju. Imajući u vidu njihov način nastanka i dužinu trajanja, postoji viši stepen zavisnosti krivičnopravne od moralne norme, nego obrnuto. Ipak, nije isključen ni povratni uticaj krivičnog prava na moral. Stav da bi zakonodavac prilikom propisivanja krivičnopravnih normi trebalo da u izvjesnoj mjeri uzme u obzir i važeće moralne norme, ne vodi odustajanju od osnovnog kriterijuma za propisivanje krivičnih djela, a to je prije svega objekt buduće krivičnopravne zaštite i stepen njegove ugroženosti. Važeće moralne norme mogu da doprinesu davanju jedne kompleksne ocjene o značaju tog objekta i njegovoj ugroženosti, ali same po sebi ne daju odgovor na pitanje o potrebi kriminalizacije nekog ponašanja.

U primjeni prava sudovi ne bi trebalo da procjenjuju da li je neko krivično djelo istovremeno i moralni prestup. Osim kod malobrojnih krivičnih djela kod kojih njihov zakonski opis na izvjestan način zahtijeva određena moralna vrednovanja prilikom utvrđivanja da li je ostvareno neko bitno obilježje, to pitanje bi za sud trebalo da bude irelevantno. Sudovi ne bi smjeli u konkretnom slučaju, naročito prilikom odmjeravanja kazne (što je nekada teško izbjeći), da uzimaju u obzir da li je i u kojoj mjeri konkretno učinjeno krivično djelo izazvalo moralnu osudu, jer to nije okolnost koja bi trebalo da utiče na visinu kazne. Takođe, i odsustvo moralne osude ukoliko su se stekli svi uslovi za postojanje krivičnog djela, ne bi smjelo da utiče na sud u primjeni prava.



## Literatura

1. Antolisei, F.: *Manuale di diritto penale, Parte generale*, quattordicesima edizione, Milano, 1997.
2. Čavoški, K.: *Uvod u pravo I*, III izdanje, Beograd, 1996.
3. Day, M. V.: Guilt. In: T. R. Levine (Ed.), *Encyclopedia of deception*, Thousand Oaks, 2014.
4. Dimock, S.: A Trilogy of Papers on the *Malum prohibitum* — *Malum in se* Distinction in Criminal Law, Introduction, *Dialogue*, 1/2016 S. Dimock, A Trilogy of Papers on the *Malum prohibitum* — *Malum in se* Distinction in Criminal Law, Introduction, *Dialogue*, 1/2016.
5. Frase, R.: Criminalisation and Decriminalisation. In: *Encyclopedia of Crime and Justice*, (Vol. 2), New York, 1983.
6. Frevert, U.: Honour and /or/ as Passion: Historical Trajectories of Legal Defenses, *Rechtsgeschichte* 22/2014.
7. Garland, R.: On the concept of moral panic, *Crime Media Culture*, (Vol. 4) 1/2008.
8. Garson, E.: *Krivično pravo*, prevod, Beograd, 1926.
9. Hart, H. L. A.: Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, (Vol. 71) 4/1958.
10. Hilgendorf, E.: Recht und Moral, *Aufklärung und Kritik* 1/2001.
11. Horsley, M.: Forget „Moral Panics”, *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, Vol. 9 (2): 2017.
12. Hobz, T.: *Levijatan*, prevod, Beograd, 1961.
13. Huang, B.: Law and Moral Dilemmas, *Harvard Law Review*, (Vol. 130), p. 659–700, 2016 (2017).
14. Jellinek, G.: *Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlin, 2. Aufl., 1908.
15. Kindhäuser, U.: *Analytische Strafrechtswissenschaft, Band I*, Baden-Baden, 2021.
16. Kühl, K.: *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 2008.
17. Kühl, K.: Strafrecht und Moral — Trennendes und Verbindendes, *Crimen*, 2–3/2017.
18. Kropotkin, P.: *Anarhizam i moral*, prevod, Beograd, 1984.
19. Lukić, R.: *Osnovi sociologije*, Beograd, 1964.
20. Ljubičić, M.: Analiza (ne)zvaničnih diskursa o upotrebi droga u Srbiji, *Crimen* 1/2021.
21. Manheim, H.: *Comparative Criminology*, vol. one, London, 1965.
22. Manzini, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, Volume primo, quarta edizione, Torino, 1961.
23. Moore, M.: *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press New York, 2010.
24. Нерсесянц, В. С.: *Философия права*, Москва, 1999.
25. Pulitanò, D.: (a cura di), *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, Torino, 2011.
26. Rachels J. (seventh ed. S. Rachels): *The Elements of Moral Philosophy*, New York, 2012.
27. Russell-Brown, Davis, A.: *Criminal Law*, Sage, 2015.
28. Skolnick, J.: Should Sexual Relations be Treated as Crime? In: *Contemporary Issues in Criminal Justice, Some Problems and Suggested Reforms*, Port — Washington — London, 1976.
29. Shavell, S.: Law versus Morality as Regulators of Conduct, *American Law and Economics Review* 2/2002.
30. Stojanović, P.: Preljuba kao povreda bračne vjernosti u propisima i običajnom pravu Crne Gore, *Studia iuridica montenegrina*, 2/2021.

31. Stojanović, Z.: Krivičnopravno regulisanje povreda normi seksualnog morala, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3–4/1974.
32. Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Posebni deo*, dvadeset drugo izdanje, Novi Sad, 2022.
33. Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, dvanaesto izdanje, Beograd, 2022.
34. Zlatarić, B.: *Krivično pravo, I svezak*, Zagreb, 1970.

Zoran Stojanović, PhD

#### MORAL WRONG AND CRIME

The relationship between criminal law and morality is multi-layered and complex. This relationship is marked by the relationship between criminal and moral wrong, which this paper deals with. Its goal is to perceive and analyze the similarities and differences between a crime and a moral offense. This could contribute to answering the question of whether, and to what extent, it is justified to take into account moral norms when creating and applying criminal law. The conclusion that the legislator should take into account the moral norms when prescribing criminal law norms, does not imply abandoning the basic criterion for creation of criminal offences, which are the object of criminal law protection and the degree of its endangerment. Moral norms can contribute to giving a complex assessment of the significance of that object and its endangerment, but they do not by themselves provide an answer to the question of the need to criminalize certain behavior.

When applying the law, courts should not assess whether a crime is at the same time a moral offense. Except for a small number of criminal offenses where their legal description in some way requires certain moral evaluations in determining whether an essential element of crime exists, this issue should be irrelevant to the court. Courts should not, especially in the case of sentencing (which is sometimes difficult to avoid), take into account whether and to what extent the committed crime provoked moral condemnation, as this is not a circumstance that should affect the sentence. Also, the absence of moral condemnation, if all the conditions for the existence of a criminal offense in a particular case have been met, has no significance for the court in the application of law.

*Key words:* crime, moral wrongdoing, conflict of norms, moral guilt, moral panic