

АЛЕКСАНДРА З. ИЛИЋ
Факултет безбедности
Београд

УДК 177:343
Монографска студија
Примљен: 17.01.2015
Одобен: 31.01.2015

УТИЦАЈ МОРАЛА НА КРИВИЧНО ПРАВО

Сажетак: У раду аутор разматра проблематику утицаја морала на кривично право. Иако је тај утицај у данашње време минималан и даље је присутан. Важећи српски Кривични законик садржи поједине инкриминације у којима се огледа утицај морала. Посебно су размотрена одређена кривична дела против полне слободе и у вези с тим феномен проституције који у основи није кажњив у кривичном праву али неки његови аспекти јесу. Анализиран је и утицај морала на кривична дела против брака и породице. Размотрено је и питање посредног кажњавања наркоманије, јер је то у основи *ratio legis* кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога. У вези с тим је анализиран феномен „деликата без жртве“ и то у контексту присутности моралних елемената у тој категорији кривичних дела.

Кључне речи: морал, кривично право, кривично дело, полна слобода, проституција, брак, породица, наркоманија, деликти без жртве

Увод

Утицај моралних норми у области кривичног законодавства је у данашње време минималан, иако међу моралистима има покушаја да се успостави веза између човекове радње која је супротна усвојеном моралном учењу и аката који су забрањени у световном праву (Игњатовић, 2011: 23). У ранијим периодима је ситуација била другачија. Тако су у Средњем веку моралне норме имале велики утицај на инкриминисање одређених понашања, што се може објаснити утицајем цркве која је у том периоду била доминантан фактор у функционисању друштва. Насупрот томе, у данашње време је утицај морала кудикамо мањи и то само у односу на поједине инкриминације. Већина савремених кривичноправних система садржи неке инкриминације, пре свега у области полне слободе, брака и породичних односа, које су остаци традиционалног, патријархалног или средњовековног резоновања (Игњатовић, 2011: 23).

Постоји неколико области које су предмет кривичноправног регулисања, а у којима је присутан утицај морала. Иако би детаљна анализа утицаја морала на конкретне инкриминације захтевала један шири приступ, за потребе овог

рада биће издвојена само одређена кривична дела у којима се он јасно огледа. У питању су следеће области: а) човекова полност која је у посебном делу Кривичног законика¹ обрађена у Глави XVIII под називом кривична дела против полне слободе и б) област брака и породичних односа која је садржана у Глави XIX под називом кривична дела против брака и породице. Такође ће бити размотрен и феномен „деликата без жртве“ у контексту присутности моралних елемената у овој категорији кривичних дела. У том смислу, посебна пажња биће посвећена фактичком инкриминисању наркоманије, јер је то у начелу разлог прописивања кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога из Главе XXIII Кривичног законика (кривична дела против здравља људи).

Морал и кривична дела против полне слободе

Област човекове полности је у прошлости била предмет многобројних забрана, тако да су норме сексуалног морала у значајној мери биле присутне и у области кривичног права. Једна од основних дилема са којима се сусрећу законодавци приликом кривичноправног регулисања ове области је где повући границу између дозвољеног и недозвољеног (Стојановић, 2006: 431, 432). Без обзира на начелну оправданост и неопходност ангажовања кривичноправних механизма ради заштите полних слобода, ипак је у питању и приватна, интимна сфера појединаца која таква треба и да остане. Човекова полност је свакако само један сегмент приватне сфере појединца који се кривичноправно ограничава ради заштите општих интереса у друштву.

Ту је и област брака и породичних односа, као и низ других области које се могу подвести под приватну сферу. О осталим аспектима приватне сфере биће више речи касније, али је битно нагласити да је свима њима, уосталом као и подручју човекове полности, заједничка неопходност утврђивања граница државне интервенције.

Међутим, скуп интереса који чине приватну сферу није лако дефинисати и од суштинског је значаја да се утврди само да тај скуп постоји, јер се понекад управо то оспорава. Ипак, када се једном утврди да таква сфера постоји онда још остаје највећи део посла: да се у скупу свих људских интереса и поступака дефинише демаркациона линија иза које право државе или друштва да се меша у регулисање приватне сфере престаје (Бабић, 2005: 130). У том смислу проналажење праве мере у кривичноправном задирању у приватност појединаца представља велики изазов за сваког законодавца. У случају да се превелики нагласак стави на могућност државне интервенције, доводи се у питање право на приватност појединаца. С друге стране, у случају недовољне кривичноправне заштите неке од основних вредности могу бити значајно угрожене.

¹ Кривични законик („Службени гласник РС“, бр. 85/05, 88/05 - испр., 107/05 - испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14).

Некадашњи назив групе кривичних дела која се тичу човекове полности указивао је на значајан утицај моралних норми. У том смислу је у Кривичном закону Републике Србије² било речи о кривичним делима против достојанства личности и морала. Тај термин је из више разлога био неадекватан. Један од разлога је спомињање морала односно његово сврставање међу заштитни објекат где му никако није место. Заштитни објекат у овој области би се могао свести на једно основно добро које представља право на сексуално опредељење. У складу с тим, предмет инкриминисања би требало да буду само оне сексуалне радње где не постоји свесни и вољни пристанак лица према коме се предузимају (Стојановић, 2006: 432).

У нашем ранијем кривичном законодавству постојало је више кривичних дела чија је основна, а неретко и једина, сврха била да се пружи заштита одређеним моралним схватањима у тој области. Један од таквих примера јесте кривично дело завођење које је декриминализовано ступањем на снагу важећег Кривичног законика. Поред тога, инкриминација добровољних хомосексуалних односа између пунолетних лица мушког пола, који су у Србији декриминализовани тек 1994. године, представљала је пример доминантног утицаја морала. С тим у вези, у доктрини се постављало питање да ли приликом инкриминисања поменутог кривичног дела треба правити разлику у зависности од тога да ли се ради о хетеросексуалном или хомосексуалном односу (Стојановић, 2006: 433, 434). Основна дилема је била у погледу евентуалне инкриминације хомосексуалног односа пунолетне особе са малолетним лицем а не само са дететом, што је неспорно забрањено. Таква идеја није заживела тако да је, као и у случају када се ради о хетеросексуалном односу, добровољан хомосексуални однос између пунолетне особе и малолетног лица дозвољен. Супротно решење би представљало израз доминације моралних норми у области кривичног права.

Иако у нашем праву нема више инкриминација чији је искључиви основ заштита сексуалног морала, ипак је сексуални морал и његова заштита и даље значајан чинилац који утиче на одређивање домашаја кривичноправне заштите у овој области (Стојановић, 2006: 432). У том смислу је и терминологија којом се означавају неки важни појмови дуго остала негативно вредносно обојена, попут израза противприродни блуд или блудње радње који су сада измењени другим примеренијим називима. Постојали су аргументи који су истицани у прилог задржавању таквих термина као што је чињеница да је њихово значење током времена у теорији и судској пракси прецизирано чиме се олакшавао посао у препознавању конкретних појавних облика различитих сексуалних аката (Стојановић, 2006: 432).

Проституција је такође један од феномена људске сексуалности у односу на кога постоје различита мишљења. Може се поставити доста питања у вези с

² Кривични закон Републике Србије („Службени гласник СРС“, бр. 26/77, 28/77 – испр., 43/77 – испр., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 и 21/90 и „Службени гласник РС“, бр. 16/90, 26/91 – одлука УСЈ бр. 197/87, 75/91 – одлука УС РС бр. 58/91, 9/92, 49/92, 51/992, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02 – испр., 80/02 др. закон, 39/03 и 67/03).

тим. У нашем законодавству бављење проституцијом није кривично дело већ представља прекршај против јавног реда и мира. Проституција је појава која наилази на значајну моралну осуду људи и представља друштвено неприхватљиво понашање. Међутим, њене размере су веће него што на то указују одређени видљиви показатељи. Постоје различити облици манифестације проституције који се не могу тако лако препознати и који се зато не могу лако ни сузбијати. Да ли је оправдано уводити било какву инкриминацију у вези са проституцијом имајући у виду да је пре свега реч о морално неприхватљивој појави? Да ли кажњавамо особе које се баве проституцијом само због тога што се баве неморалном делатношћу и које пре свега наносе себи штету бављењем таквим послом? Оправдање се увек може пронаћи када је у питању потреба заштите малолетних лица као и у случају да се ради о одређеним радњама посредовања у вршењу проституције као што је предвиђено у члану 184 Кривичног законика (Стојановић, 2006: 456, 457).

Морал и инкриминисање наркоманије (деликт без жртве)

Проституција је пример деликта (с обзиром да је кажњива у прекршајном праву) код којег не постоји жртва. Међутим, постоје и инкриминације код којих не постоји жртва у класичном смислу и чије постојање се заснива претежно на моралној неприхватљивости понашања која су обухваћена таквом забраном. То су тзв. *деликти без жртве* (*victimless crimes*), а њихова посебност је у томе што се односе на понашања која спадају у категорију *mala prohibita*, јер нису злочини сами по себи (*per se*), већ то постају вољом законодавца (Игњатовић, 2011: 135).

Углавном се ради о делима против јавног реда, која обично угрожавају друштвени морал и имају у себи елементе „греха“ и „порока“ (Игњатовић, 2011: 136). Типичан пример деликта без жртве је кривично дело неовлашћено држање опојних дрога (члан 246а Кривичног законика). Од 2003 године³, када је ова инкриминација по први пут уведена у наше кривично законодавство, до 2009. године⁴ неовлашћено држање опојних дрога било је предвиђено као посебан облик кривичног дела неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога. Овде је у суштини реч о инкриминисању наркоманије као друштвено неприхватљивог понашања или једног облика девијантности. Кажњавају се зависници зато што конзумирањем опојних дрога наносе штету сами себи, па се и ово може разумети као један вид моралисања државе која, под изговором заштите конзументата опојних дрога и борбе против организо-

³ Ова инкриминација је уведена Законом о изменама и допунама тадашњег Кривичног закона Савезне Републике Југославије („Службени гласник РС“, број 39/03) као посебан облик кривичног дела „неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога“ (члан 245 став 3). Истим изменама је промењен назив Кривичног закона Савезне Републике Југославије у Основни кривични закон, који је престао да важи ступањем на снагу Кривичног законика из 2006. године.

⁴ Закон о изменама и допунама Кривичног законика („Службени гласник РС“, број 72/09).

ване трговине дрогом, остварује неке друге „више“ циљеве. Реч је о нелегитимној инкриминацији која је неспојива са схватањем права одраслог грађанина у демократском друштву на избор сопственог начина живота (Стојановић, 2005: 12).⁵

Ипак не треба *a priori* имати негативан став према свим деликтима без жртве. Кривично право путем инкриминација штити различита општа добра или интересе који могу бити повређени или угрожени чак иако не постоји жртва у класичном смислу.

Морал и кривична дела против брака и породице

Област брака и породичних односа је такође традиционално била под значајним утицајем моралних норми. Важност очувања брачне и породичне заједнице је сигурно један од разлога таквог приступа у регулисању ове проблематике. С друге стране, ипак је у питању лична сфера појединца па је изузетно важно пронаћи одговарајућу меру приликом задирања у њу. Домашја тог мешања зависи од много чинилаца. Нека друштва су традиционалнија од других што подразумева и веће ангажовање њихових влада у овој области. У данашње време када је све чешће нарушавање неких основних вредности на којима би требало да почива друштво, очување брака и породице представља истовремено и тежак и важан задатак. Постоје различити друштвени механизми за заштиту породице. Нормативна регулатива брачних и породичних односа примарно подразумева примену одговарајућих уставноправних, породичноправних, грађанскоправних и административних прописа, док је кривичноправна заштита супсидијарног карактера (Делић, 2014: 46). Кривично право, нарочито у овој области, треба да буде *ultima ratio* јер неадекватно уплитање државе у решавање проблема који постоје у овој сфери само може погоршати постојећу ситуацију. Кривичноправни механизми су понекад неопходан вид заштите брака и породице али је проналажење легитимне границе кривичноправне заштите у овој области од велике важности.

На сличан начин као што су се дешавале (и још увек трају) промене у области кривичноправног регулисања човекове полности, мења се и област брака и породичних односа. Присутан је тренд декриминализације или сужавања криминалне зоне, али и депенализација (Стојановић, 2006:460). С једне стране, кривичноправну заштиту брака карактерише наглашено сужавање криминалне зоне, док се, с друге стране, инкриминисањем насиља у породици проширује круг породичних односа за које се сматра да је приликом њиховог регулисања оправдана примена кривичноправне принуде (Делић, 2014: 46).

Међутим, још увек су актуелна нека кривична дела која немају своје криминално-политичко оправдање. Једно од таквих дела је двобрачност или бигамија. То је једно од најстаријих кривичних дела које је данас изгубило на

⁵ Наведено према: Делић Н., *Нова решења у посебном делу КЗ Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 108.

значају и тежини (Стојановић, 2006: 461). Ово кривично дело је прописано у члану 187 Кривичног законика, а њиме је инкриминисано закључење новог брака у случају када се нека особа већ налази у браку. У одредби става 2 истог члана предвиђена је одговорност лица које закључује брак са особом која се већ налази у браку, уколико је том лицу позната та околност. Иако је са становишта општег друштвеног морала то апсолутно неприхватљива појава, чини се да је претерано овај проблем решавати на терену кривичног права. У сваком случају и даље је присутна ова инкриминација. Такође, попут нашег Кривичног законика ово кривично дело садрже и многа друга савремена кривична законодавства.

Кривичноправно регулисање инцеста је такође начелно спорно. Са моралне тачке гледишта неприхватљиви су сексуални односи између блиских чланова породице. Кривично право ипак не би требало да се претежно ослања на морал. Истина, постоје ситуације када се може оправдати мешање државе, али се оно ограничава само на случајеве када је један од актера малолетна особа. У свим другим варијантама инцестуозног односа тешко је пронаћи оправдање за ту инкриминацију. Подразумева се да одсуство добровољности треба решавати на други начин, применом неке друге инкриминације. Инцест је у нашем праву инкриминисан одредбом члана 197 Кривичног законика под називом родоскрвњење. У поређењу са претходним законским решењем је извршено сужавања криминалне зоне, јер се ово кривично дело ограничава на заштиту малолетних чланова породице. С друге стране, дело је истовремено проширено у погледу радње извршења, јер се више не своди само на обљубу у ужем смислу већ и са њом изједначен полни чин. Кривична законодавства већине европских земаља и даље садрже ову инкриминацију, али се примећује тенденција сужавања криминалне зоне приликом њеног прописивања (Стојановић, 2006: 480, 481).

На крају овог кратког прегледа типичних примера утицаја морала на кривичноправну регулативу у области брака и породичних односа, биће споменуто и кривично дело ванбрачна заједница са малолетником из члана 190 Кривичног законика, које је такође криминално – политички спорно. Овим кривичним делом се не штити брак јер је ванбрачна заједница, иако не сасвим изједначена са брачном заједницом, законом призната и регулисана (Стојановић, 2006: 465). У суштини овде се ради о инкриминисању заснивања ванбрачне заједнице од стране пунолетне са малолетном особом. Овим кривичним делом се пружа заштита малолетницима јер се полази од тога да је за њих живот у ванбрачној заједници штетан и да представља препреку за њихов правилан развој и образовање (Стојановић, 2006: 465). Парадокс је у томе што добровољни сексуални односи између оваквих особа нису кривично дело, али заснивање заједнице живота јесте. То би значило да ступање малолетника у сексуалне односе није штетно али заснивање ванбрачне заједнице јесте, иако би ово друго могло да указује на извесну озбиљност, па самим тим и сигурност која постоји у односу између малолетне и пунолетне особе.

Такође, веома често ће постојати мала разлика у старосној доби између малолетне и пунолетне особе (нпр. 17 и 18 година), али закон не узима у обзир

ту могућу околност (Стојановић, 2006: 465). Најбоље могуће решење у таквој ситуацији би представљала парцијална декриминализација нарочито ако се узме у обзир да Породични закон⁶ предвиђа да, под одређеним условима, малолетна особа која је навршила шеснаест година може да закључи брак. То ће бити могуће уколико постоји одлука суда којом се, из оправданих разлога, дозвољава склапање брака малолетном лицу које је навршило шеснаест година живота, а достигло је телесну и душевну зрелост потребну за вршење права и дужности у браку (члан 23 став 2 Породичног закона).

Није спорна потреба заштите малолетних лица од прераног упуштања у тако један озбиљан животни подухват, какво је заснивање ванбрачне заједнице са пунолетном особом, али је споран начин на који се то остварује, прописивањем кривичног дела. Ово је још један пример претераног мешања морала у регулисање приватне сфере појединаца.

Закључак

Многи аутори су истицали неопходност раздвајања законских и моралних норми пре свега путем ослобађања норми модерног кривичног права од моралних категорија. Brathwaite и Pettit су указали на постојање два најзначајнија напада на либерално кривично право: *легалистички морализам* и *легалистички патернализам* (Игњатовић, 2011: 23). Легалистички морализам представља криминализацију неког човековог понашања зато што је неморално или зато што га шири заједница сматра таквим (нпр. инкриминисање споменуте ванбрачне заједнице са малолетником). Легалистички патернализам представља кривичноправно кажњавање нечије радње зато што може нанети штету самом субјекту који је предузима (типичан пример је инкриминација наркоманије).

Све наведене области у којима је утицај морала најзначајнији су истовремено и део већ споменуте приватне сфере појединаца. Очигледно је да су то подручја чија је веза са моралом посредна и лабава што утиче да веза са слободом одлучивања, као слободом избора, буде директнија. Та слобода је оно на чему се гради појам приватног и признање њеног постојања претпоставка је могућности одбацивања патернализма како у политичкој, тако и у приватној сфери. Постојање сфере приватности је претпоставка не само за квалитетан живот, него и за могућност квалитетне политике (Бабић, 2005: 131).

Право сваке модерне државе на много начина указује на утицај како прихваћеног друштвеног морала, тако и ширих моралних идеала. Ти утицаји започињу или нагло и јавно кроз законодавство, или тихо и поступно кроз судски поступак. Право може одсликавати морал кроз законе који могу да буду само правна љуштура и да изричито захтевају да буду испуњени уз помоћ моралних начела. У том смислу и кривична одговорност може да буде прилагођена владајућим схватањима моралне одговорности (Харт, 2013: 260, 261).

⁶ Породични закон („Службени гласник РС“, бр. 18/05 и 72/11 – др. закон)

Литература:

1. Babić, Jovan (2005): *Moral i naše vreme*, Službeni glasnik, Beograd
2. Delić, Nataša (2014): *Nova rešenja u posebnom delu KZ Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
3. Ignjatović, Đorđe (2011): *Kriminologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
4. Stojanović, Zoran (2005): *Pravno-filozofske koncepcije u Predlogu krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku Crne Gore*, u: Kazнено zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja, Budva
5. Stojanović, Zoran (2006): *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd
6. Hart, Herbert (2013): *Pojam prava*, Pravni fakultet u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd

Законски прописи:

1. Krivični zakon Republike Srbije („Službeni glasnik SRS“, br. 26/77, 28/77 – ispr., 43/77 – ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i „Službeni glasnik RS“, br. 16/90, 26/91 – odluka USJ br. 197/87, 75/91 – odluka US RS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/992, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02 – ispr., 80/02 dr. zakon, 39/03 i 67/03)
2. Porođični zakon („Službeni glasnik RS“, br. 18/05 i 72/11 – dr. zakon)
3. Krivični zakonik („Službeni glasnik RS“, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14)
4. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije („Službeni glasnik RS“, broj 39/03).
5. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika („Službeni glasnik RS“, broj 72/09).

THE INFLUENCE OF MORALITY ON CRIMINAL LAW

Summary: The author considers in work the problem of the influence of morality on criminal law. Although the impact of morality is minimal nowadays, it is still present. A current Criminal Code contains certain incrimination that reflect the influence of morality. In particular, the author discussed certain crimes against sexual freedom, and in this regard the phenomenon of prostitution, which basically is not punishable in criminal law but some aspects of that phenomenon are punishable. It is also analyzed the influence of morality on criminal offenses against marriage and family. Also, the issue of indirect punishment of drug addiction is considered because it is in the main „ratio legis“ of the offense of unauthorized possession of drugs. In this regard it will be discussed and the phenomenon of "victimless crimes" in the context of the presence of a moral element in this category of crimes.

Key words: morality, criminal law, law, crimes, sexual freedom, prostitution, marriage, family, drug addiction, victimless crimes