

*Kristian Kühl\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Tübingenu

## PET POGLAVLJA IZ NENAPISANE KNJIGE O (KRIVIČNOM) PRAVU I MORALU\*\*

**Apstrakt:** U radu se razmatra složeno pitanje odnosa morala i krivičnog prava. U prvom delu rada ukazuje se na neka opšta pitanja tog odnosa. Drugi, obimniji deo rada, bavi se sa pet pitanja tog odnosa. Prvi odeljak sadrži izlaganje o teoremi kategorijalne razlike između legaliteta kao pravnog oblika i moralnosti kao moralne forme. Drugi odeljak se bavi moralnim i pravnim aspektima samoubistva, kao i shodnom problematikom podstrekavanja i pomoći samoubici u ostvarenju njegove namere. U trećem odeljku sledi izlaganje poznatog kriminal-nopolitičkog stava koji zahteva dekriminalizaciju svih delikata koji se ne mogu legitimisati drugačije osim moralnim aspektom. U četvrtom odeljku analiziraju se slučajevi u kojima zakonodavac izričito upućuje na moralna shvatanja, kao onda kada zahteva da delo predstavlja povredu „dobrih običaja“ da bi se zasnovala njegova protivpravnost. Završni, peti odeljak bavi se krivičnopravnim i moralnim aspektima krivičnih dela propuštanja (nečinjenja). Za razliku od tzv. nepravih delikata propuštanja, čija legitimnost se zasniva na činjenici da učinilac mora imati status naročitog garanta, krivična dela kakva je inkriminacija nepružanja pomoći iz § 323c nemačkog Krivičnog zakonika ne poznaju sličan uslov, pa je upitno da li i kako se mogu legitimisati. Autor osnov za legitimnost tu vidi u ljudskoj solidarnosti.

**Ključne reči:** krivično pravo, moral, legitimnost, samoubistvo, „dobri običaji“, krivična dela nečinjenja.

### I. UVOD I PRISTUP

Knjiga o pravu i moralu iz naslova, budući da tek treba da bude napisana, ne može se naći ni u knjižari ni na internetu. Ta knjiga, ako bismo je zamislili, morala bi imati puno strana i morala bi sadržati izlaganja o pravu i moralu kao dva zasebna regulativna sistema, a isto tako i pregled njihovog odnosa. Već na početku knjige mesto bi morala imati izlaganja o mnogobrojnim razlikama i podudaranjima. Da izvesne veze između prava i morala postoje, proističe već iz okolnosti da i pravo i moral nastoje da uredi ponašanje ljudi. Oba sistema pritom „teže“ da im se prizna određena

\* Dr. Dr. Dres. H.c., redovni profesor, kuehl@jura.uni-tuebingen-de

\*\* Osnov za pisanje ovog rada predstavljalo je predavanje koje je autor održao na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu studentima osnovnih studija dana 16. aprila 2013. godine.

opšta obaveznost.<sup>1</sup> U središnjem pogledu, naime onom koji se tiče spoljne ocene radnji i nastoji da do određenih radnji kao naredenih ili zabranjenih dođe odnosno ne dođe, navedena dva sistema, pravo i moral, nalaze se u konkurentskom odnosu. Do podudaranja u tom slučaju dolazi kada se pravo i moral sadržajno, prema naredbama odnosno zabranama koje sadrže, poklapaju. Do razlika između dva sistema dolazi u suprotnom slučaju, kada naredbe ili zabrane dva sistema nisu koherentne. Za pravo se, dalje, može reći da je sistem koji isključivo određuje vidljivo ponašanje ljudi, bez interesa za unutrašnje nastrojenje adresata, dok je moral sistem koji nastoji da odredi i oceni unutrašnje nastrojenje svojih adresata. Na taj način dolazi se do još jedne bitne razlike između prava i morala.

Skiciranje i razumevanje odnosa prava i morala zahteva dosta truda. Tim pre ako se primeti da taj odnos nije statičan, već da je podložan stalnim, delom i spoljnim, promenama.<sup>2</sup> U društvu u kome postoji tendencija pojačanog državno-pravnog normiranja, domen morala biva iz dana u dan prikraćen. Zamisliv je, mada teže, i obrnuti slučaj, da u određenom društvenom domenu moral sve više određuje ponašanje ljudi i tako deo kolača uzme krivičnom pravu. Prvi scenario ekstenzivnog pravnog normiranja danas je sve češća pojava. No iako trend<sup>3</sup> kritičnog umnožavanja krivičnopravne supstance bez sumnje postoji, to ne znači da se krivičnopravni propisi, tako umnoženi, ne mogu sagledavati i iz ugla morala. U takvoj situaciji krivično pravo određuje sadržaj inkriminacija, ali ujedno ima i teret da svoje norme odbrani od eventualne kritike. Kako će krivično pravo reagovati na kritičare do sada je uglavnom zavisilo od toga kako se ta kritika ispoljavala. Svojevremeno su u Nemačkoj oni koji su izabrali građansku neposlušnost kao oblik kritike bili suočeni sa (spornom) reakcijom u vidu krivičnog gonjenja.<sup>4</sup>

Krivičnopravna reakcija na proteste građana je interesantna tema, ali za njeno produbljanje kao i za izlaganje mnogih drugih interesantnih aspekata ovom prilikom nema dovoljno mesta. Lista tema vezanih za pravo, moral i njihov odnos, budući i suviše duga i suviše raznovrsna, ne može se ovde ni izbliza cela iscrpeti. Neophodno je učiniti neki izbor, jer u suprotnom postoji opasnost da se svi aspekti odnosno teme samo prelete. Drugačiji, tematski svestran pristup, bio bi opravdan samo u gore pomenutoj, još neapísanoj knjizi, koja bi kao monografija mogla da pruži i prostorne pogodnosti koje autoru običnog članka ne stoje na raspolaganju.

U knjizi bi sigurno valjalo naći prostor i smislen sistem za izlaganje mnogobrojnih tema. Običnog čoveka, pa tako i svakog naučnika, lako bi uplašilo već i samo mnoštvo tema i neophodnost da se obrade, a šta bi se tek moglo reći za utisak koji bi ostavio mučan i nezahvalan posao da se sve teme i aspekti stave u odgovarajući sistem? Zadatak je znatno lakši ako je autoru moguće da se, kao ovde, ograniči

- 1 O opštoj obaveznosti up. *Wimmer*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 11, 2011, kol. 199–204, s.v. *Universalisierung*.
- 2 Podrobnije *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, 280; *id.*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 653ff.
- 3 O tendenciji pravnog normiranja vid. *Kühl*, in: *Festschrift für Achenbach*, 2011, str. 251ff.
- 4 Podrobnije *Kühl*, *Strafrecht AT*, 7. izd. 2012, § 8 br. 182 i § 9 br. 109–111a; *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. izd. 2006, § 16 br. 55 i § 22 br. 130–133.

na pet probranih poglavlja. Neko će reći da je upravo takvo ograničenje nedostatak poduhvata, ali valja reći da je to nužan nedostatak, sa kojim svako ko uopšte želi da o odnosu prava i morala napiše nešto kudikamo korisno mora da se pomiri. Pisac koji se upusti u izlaganja i analizu odnosa prava i morala mora da se podjednako izvešti na dva polja: na pravnom i na filozofskom polju. On mora poznavati ne samo pravo i konkretnu disciplinu (krivično pravo), već mora u određenoj meri biti upoznat i sa moralom ili, naučno formulisano, sa etikom: bar sa njenim principima i kriterijumima. I pored gore naglašene bliske veze između prava i morala, kao dva sistema koja nastoje da uredi ponašanje ljudi, između ta dva sistema postoje i mnogobrojne znatne razlike. Pisac, dakle, koji se interesuje za oba sistema i njihov odnos mora da bude u stanju da neguje izvestan intelektualni raspon, ne bi li mogao oba ta sistema i njihov odnos pravilno da obuhvati. Za filozofa je taj posao teži nego za pravnika. To se može reći i bez naročitog obrazloženja. Svakom krivičaru mnoge su pravne oblasti nepoznanica, pa biće da je onda ispravno reći da je filozofima celo pravo jedna velika nepoznanica. Na kraju valja reći i da se planirani poduhvat lakše može izvesti ako se zauzme određena „distanca“ od pojedinačnog. Inače za pisca postoji opasnost da brzo potone u moru pojedinosti koje čine pravo i moral i ocrtavaju njihov odnos.

Sve u svemu, dobro je kada se reši da se odnosu prava i morala priđe iz oba ugla – kada se iz vida ne izgube ni pravna nauka ni filozofija. To je jedan od glavnih razloga zbog kojih se pisac ovog članka pre mnogo godina nikako nije zadovoljio sadržajem koji je bio ponuđen na „pravnofilozofskom“ smeru u okviru njegovih studija prava. Pravnička je naime filozofija prava posebna vrsta literature za koju na nemačkom postoji i poseban naziv: Juristen-Rechtsphilosophie.<sup>5</sup> Obim „pravničke“ filozofije prava je u mnogim udžbenicima<sup>6</sup> neuporedivo veći nego u delima filozofa koji se bave filozofijom prava ili kod etičara.<sup>7</sup> Osim kvantitativnih razlika valja reći da je kod pravnika i filozofa već i sam početni pristup pravnoj i etičkoj<sup>8</sup> problematici drugačiji. Filozof nastoji da polazeći od principa prodre do konkretnih sadržaja, dok pravnik obrnuto nastoji da u konkretnim slučajevima pronade relevantne filozofske aspekte. Iz tog ugla i ovaj tekst koji je sad kao članak pred čitaocem sasvim sigurno nosi *prepoznatljiv pečat* pravne nauke.

Sa tih nekoliko reči o preduslovima i ograničenjima u pogledu obrade teme ispunjen je i glavni uslov za obradu pet gore najavljenih „poglavlja“. Pre samih poglavlja članak će sadržati pregled izabranih pet poglavlja, koji osim osnovnoj orijentaciji

5 Up. zbornik „Juristen-Rechtsphilosophie“, ur. Kühl, 2007.

6 Iz pera pravnika postoji veliki broj udžbenika i sistema filozofije prava. Tu je primerice čuvena Radbruhova „Filozofija prava“, koja je danas lako svakom dostupna (u redakciji R. Dreiera i St. Paulsona, 2. izd. 2003; na srpskom u prevodu D. Guteše, Nolit 1980 sa više kasnijih izdanja – p.p.). Ostali poznati autori iz kruga pravnika su, recimo: Helmut Koing (*Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. izd. 1993); Artur Kaufman (*Kaufmann*, Rechtsphilosophie: Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, 2. izd. 1997); Kurt Zelman (*Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. izd. 2010); Rajnhold Cipelijus (*Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. izd. 2011); i drugi.

7 Izvesni izuzetak bila bi knjiga Matijasa Kaufmana (*Matthias Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1996); up. i *Horster*, Rechtsphilosophie, 2002 (2014).

8 „Rechtsethik (Pravna etika)“ naslov je filozofije prava iz pera Fon der Pfortena (*von der Pforten*, 1. izd. 2001, 2. izd. 2011).

prevashodno služi lakšem prevazilaženju razlike između apstraktnog uvoda o proučavanju i odnosu prava i morala na početku teksta i konkretnih izlaganja u delu koji sledi odnosno pojedinačnim poglavljima. Pregled, osim toga, treba da ukratko utvrdi na koji način sva poglavlja, bez obzira na posebnu problematiku kojom se bave, spadaju u tematski domen odnosa (krivičnog) prava i morala.

Deo koji je označen rimskim II. obuhvata sledeća poglavlja: prvo poglavlje (pod 1) sadržaće apstraktno izlaganje o često precenjenoj – teoremi kategorijalne razlike između legaliteta kao pravnog oblika i moralnosti kao moralne forme. Drugo poglavlje (pod 2) biće zatim konkretno i baviće se moralnim i pravnim aspektima samoubistva, kao i shodnom problematikom podstrekavanja i pomoći samoubici u ostvarenju njegove namere. Pod 3. sledi izlaganje o poznatoj kriminalnopolitičkoj poziciji koja zahteva dekriminalizaciju svih delikata koji se ne mogu legitimisati drugačije osim moralnim aspektom. U četvrtom poglavlju (4) pogled će biti usmeren na one slučajeve u kojima zakonodavac izričito upućuje na moralna shvatanja, kao onda kada zahteva da delo predstavlja povredu „dobrih običaja“ da bi se zasnivala njegova protivpravnost. U završnom, petom poglavlju (5) biće reči o krivičnopravnim i moralnim aspektima propuštanja (nečinjenja). Za razliku od tzv. nepravih delikata propuštanja, za koje se nastoji reći da crpe legitimnost iz činjenice da učinilac mora imati status naročitog garanta, krivična dela kakva je inkriminacija nepružanja pomoći iz § 323c nemačkog Krivičnog zakonika ne poznaju sličan uslov, pa je upitno da li i kako se mogu legitimisati.

## II. PET POGLAVLJA O ODNOSU PRAVA I MORALA

### 1. Kantovo razlikovanje „legalnosti“ i „moralnosti“

Teorema o razlici „legalnosti“ i „moralnosti“<sup>9</sup> je vrlo popularna, ali to nažalost ne znači da i svako ko je za nju čuo razume njen značaj. Čak bi se moglo reći da je upravo velika popularnost te teoreme uzrok mnogih nesporazuma, budući da je ona mnogima poznata više kao nominalna odrednica, iza koje svako razume neku svoju stvar. Takvom stanju odgovara i činjenica da eventualna zamena „legalnosti“ i „moralnosti“ u raspravi sa razlikom „legalitet“ i „legitimitet“<sup>10</sup> ili razlikom pravnog pozitivizma i prirodnog prava<sup>11</sup> lako uvodi veliku zabunu.

Za pravilno sagledavanje stvari neophodno je utvrditi istorijski ispravno polazište, a to je u ovom slučaju Kantova filozofija. Navedena teorema je Kantova i to je sigurno jedan od razloga zbog kojih je tako popularna. U „Metafizici morala (čudoređa)“ iz 1797. godine Kant kaže da su radnje koje su u skladu sa zakonom (pravilom) uvek, bez obzira na motive subjekta, zakonite (legalnost, legalitet, zakonitost) – moralne su,

9 O tome *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 188, 247 i 275; *id.*, in: *Festschrift für Schapp*, 2010, str. 329ff.; *id.*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 654ff.

10 Up. *Thomas Würtenberger*, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, 1982, str. 677 ff., s.v. „Legitimität, Legalität“. O razlikovanju legalnosti i moralnosti vid. tamo str. 711 i dalje.

11 O tome *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 265.

međutim, samo one radnje čiji je motiv u obavezi [dužnosti] iz pravila/zakona kao takvoj (moralnost).<sup>12</sup> U zavisnosti koja reč se izabere može se dakle govoriti o „legalitetu“ i „moralnosti“, o „zakonitosti“ i „moralnosti“; na nemačkom *Legalität und Moralität*, ili *Gesetzmäßigkeit und Sittlichkeit*, sve uvek u istom značenju.

Odlučujuća je dakle posebnost moralnosti da naspram zakonitosti zahteva i postojanje izvesnog živog podsticaja ili motiva (kod Kanta: *Triebfeder*). U pogledu radnje kao čina, sadržajni uslov legaliteta i moralnosti je potpuno jednak. I zakonska i moralna zabrana krađe kao imovinskog delikta štite tuđe pokretne stvari od sasvim istovetnih radnji. Zabrana krađe se, doduše, uglavnom vezuje za krivično pravo, ali izvesno je da je sadrže i mnogi moralni sistemi. Tako u hrišćanskom moralu imamo slučaj da je krađa sasvim izričito zabranjena u Božjim zapovestima („ne ukradi!“). Takva podudaranja između prava i morala uglavnom se ređe ističu, jer znatno više je upadljiva jedna druga jasna razlika: moral nije uperen na izostanak ili izvršenje neke radnje kao čina po sebi već zahteva unutrašnje nastrojenje – kod Kanta: *Triebfeder*, motivi, pokretači, podsticaji, pobude, povodi, vodilje, *elater animi* – i prema datom nastrojenju se ima ocenjivati čin kao moralan ili nemoralan.

Pogrešno bi bilo iz navedenog zaključiti da je sud o moralnosti radnje ograničen samo na unutrašnje pojave, kao što su nastrojenje ili, na starinski Kantov način rečeno, *Triebfeder*, podsticaji. Cilj morala nije samo da postigne ispravno unutarnje nastrojenje. Ispravno nastrojenje otoletvoreno kao puka dobra volja ne čini već za sebe postupak moralnim. Puka dobra volja kao ispravno unutarnje nastrojenje nije dovoljan uslov moralnosti, i ne može biti reči o moralnosti ako se, makar i sa puno dobre volje, učine stvari koje moral zabranjuje. Moralnost zahteva prema tome od subjekta, podjednako kao što to i kriterijum zakonitosti zahteva, da njegovi postupci budu u skladu sa pravilima, dakle upravo *zakoniti*. To je nužan ali ne i dovoljan uslov moralnosti. Osim zakonitosti subjekt mora imati i adekvatno unutrašnje nastrojenje da bi njegov postupak bio moralan.

Sam stav subjekta, njegovo unutrašnje nastrojenje, njegova dobra volja nisu dovoljan kriterijum moralnosti postupka. Neispravan odnosno nemoralan postupak ne postaje moralan dokazom da je postojala dobra volja, da je kod subjekta postojalo odgovarajuće unutrašnje moralno nastrojenje. Moralnost je dakle, isto kao i zakonitost, kriterijum ocene postupka, ali za razliku od ocene zakonitosti ocena moralnosti zavisi od unutrašnjeg odnosa subjekta prema radnji. Ispravna iz ugla moralnosti ne treba da bude samo radnja kao takva, već ispravno mora biti i samo nastrojenje kao izvoriste radnje. Ispravan mora biti podsticaj. Kod Kanta je to često izraženo frazom da subjekt mora delati zbog obaveze [iz dužnosti] („handeln aus Pflicht“). Samo u tom slučaju zakonit postupak je ujedno i moralan. U „Kritici praktičnog uma“ iz 1788. godine Kant je tu razliku odredio tako da treba razlikovati kada neko nešto čini prosto u skladu sa pravilom i kada neko nešto čini neposredno zbog obaveze

12 Nevedno Kantovo delo štampano je kao knj. 6 osnovnog „Akademijnog izdanja“ (*Kant, Die Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe = AA, vol. VI), tamo na str. 219. Prim. prev.: kod srpsko-hrvatskih izdavača postoji prevod D. Guteše (*Kant, Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Z. Stojanovića 1993), kao i stariji prevod V. Sonnenfelda (*Kant, Metafizika čudoređa*, Veselin Masleša 1967). Postoji i prevod D. Karamana (*Kant, Metafizika čudoređa*, Matica hrvatska 1999).

[iz dužnosti] („aus Pflicht“), odnosno iz poštovanja prema pravilu/zakonu („aus Pflicht, d.i. aus Achtung fürs Gesetz“).<sup>13</sup> Postupci u skladu sa pravilom su moralni samo onda kada su izvršeni zbog samog mu pravila i obaveze[dužnosti]. Moralni je onaj kome ne treba drugi razlog osim samog morala koji je sadržan u pravilu.

U gore navedenom primeru zabrane krađe, „legalno“ je ponašanje svakog onog ko se – u skladu sa krivičnopravnim propisima – ne odvaži da, kako je prvobitno bio naumio, uzme i prisvoji tuđu pokretnu stvar. Sama činjenica da subjekt, uzmimo, stvar nije ukrao ne zbog obaveze da ne krađe, već iz straha od kazne i krivične reakcije ne umanjuje „legalnost“ njegovog ponašanja. O moralnosti lica iz primera ne može međutim biti ni govora, jer moralnost osim od spoljnog ishoda i poslušnosti ključno zavisi od unutrašnjeg nastrojenja. Pobuda subjekta u slučaju moralnosti moraju biti samo mu pravilo i obaveza kao takva. Taj uslov bio bi ispunjen da je potencijalni učinilac odustao od krađe iz uviđavnosti i zbog poštovanja prema vlasniku i njegovoj imovini.

Teoremi o razlikovanju „legalnosti“ i „moralnosti“ osim navedenog, ne treba pridavati drugi značaj. Tako se, recimo, nikakvi zaključci iz navedene teoreme ne mogu izvesti za trenutno aktuelnu diskusiju u nemačkom krivičnom pravu o motivima učinio ca kao kriterijumima za određivanje visine kazne. Svako ko poznaje odredbe nemačkog Krivičnog zakonika lako će uvideti da u nemačkom krivičnom pravu postoje motivi koji negativno utiču na visinu kazne. U tom smislu se u odnosu na druge nemačke krivičnopravne odredbe ističe inkriminacija teškog ubistva u § 211 nemačkog Krivičnog zakonika („Mord“). Biće krivičnog dela teškog ubistva iz § 211 strukturalno se sastoji od svih odlika (običnog) ubistva i od najmanje jednog dodatnog obeležja („Mordmerkmal“). U katalogu dodatnih obeležja, koja su alternativno određena, ima takvih koja opisuju neku spoljnu odliku radnje („svirep“ ili „podmukao način“), ali i onih koji opisuju unutrašnje nastrojenje, pa čak i motive koji bi se lako mogli uporediti sa Kantovim „podsticajima“. Utvrdi li, recimo, sud uz sva obeležja ubistva da je okrivljeni učinio ubistvo iz neke „niske pobude“, uzmimo osвете ili rasizma, onda tehnički gledano nikad nije po sredi obično ubistvo već se uvek radi o teškom ubistvu odnosno „Mord“-u iz § 211 nemačkog Krivičnog zakonika. Razlika je vrlo bitna jer kazna za teško ubistvo iz § 211 jeste uvek doživotno lišenje slobode, dok je za obično ubistvo predviđena kazna lišenja slobode u trajanju do 15 godina. Zakonodavac je dakle na činjenicu da je delo učinjeno *iz niske pobude* nadovezao strožu kaznu. Ali otkud uopšte takvo rešenje, pitaće se čitalac, kada su pobude odnosno razni podsticaji ekskluzivni domen morala i moralnosti?

Bez ispravnog unutrašnjeg nastrojenja nema moralnosti postupka. U našem pređašnjem primeru videli smo međutim da je karakteristično rđavo unutrašnje nastrojenje zakonsko obeležje i time uzeto kao element „legalnosti“.<sup>14</sup> Ispravno je međutim

13 Za Kantovu frazeologiju vid. već njegovo delo „Kritik der praktischen Vernunft“, u osnovnom Akademijinom izdanju: AA, vol. V, str. 81, 115 (p.p.: kod nas u prevodu N. Baste: *Kant*, Kritika praktičkog uma, BIGZ 1979; u prevodu V. Sonnenfelda: *Kant*, Kritika praktičnoga uma, Kultura 1956 i kasnije u redakciji M. Kangrge sa naslovom „Kritika praktičkog uma“); za Kantovu formulaciju vid. i *Höffe* in: *Lexikon der Ethik*, 6. izd. 2002, str. 235; *Kühl*, in: *Ferstschrift für Schapp*, 2010, str. 338.

14 Up. *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, str. 91; s tim u vezi *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 191.

u takvim i sličnim primerima naglasiti da problem koji se u njima uočava nema nikakve veze sa konceptom razlikovanja „legalnosti“ i „moralnosti“. Krivično pravo u navedenom i sličnim primerima nije na nedozvoljen način prekoračilo svoje granice i prešlo u sferu morala. Krivično pravo u slučaju inkriminacije teškog ubistva *ne zahteva* valjano unutrašnje nastojanje, već sankcioniše rđavo nastojanje koje je u osnovi iovako – naime drugim propisom – svakako zabranjene radnje ubistva. Da li je i u kojoj meri je odluka zakonodavca da na unutrašnje nastojanje odnosno konkretne niske pobude učinioca nadoveže strožu kaznu legitimna, sasvim je zasebno pitanje koje bi se posebno moralo razmotriti, ali bi se opet lako moglo doći do Kanta. U tom slučaju protiv prihvatanja niskih pobuda kao kriterijuma za pooštavanje kazne moglo bi se istaći da rđavo unutrašnje nastojanje ni na koji način ne kolidira sa slobodom žrtve, kao zaštićenom slobodom svakog subjekta i suštinom prava kod Kanta.<sup>15</sup> Nepravo ubistva iscrpljuje se u celosti u opasnom napadu učinioca na život žrtve.<sup>16</sup> Rđavo nastojanje moglo bi onda samo da povisi stepen – normativno shvaćene – krivice.<sup>17</sup>

## 2. Pravni i moralni aspekti samoubistva

Pravo i moral moguće je razlikovati prema uslovu unutrašnjeg nastojanja, kakav je slučaj kod teoreme o razlici „legalnosti“ i „moralnosti“. Izvesno je, međutim, da između prava i morala postoje i razlike u pogledu spoljnog elementa, u pogledu toga koje se radnje smatraju – bez obzira na unutrašnje nastojanje – ispravnim, a koje ne. Iz mnoštva primera ovde će biti izdvojena problematika samoubistva. Mnoga moralna učenja osuđuju suicid i sadrže njegovu zabranu. U hrišćanskoj etici suicid je zabranjen jer je, tako glasi obrazloženje teologa, Bog stvorio čoveka, te tako čovek primivši život od Boga nema pravo da njime slobodno raspolaže. I Kantova laicistička etika koju je taj pisac razradio u učenju o vrlinama u gore pomenutoj knjizi „Metafizička morala (čudoređa)“, osuđuje suicid i čak kaže da je po sredi „zločin (Verbrechen)“. Kant pod time, dabome, ne misli na ubistvo ili uopšte na neko od krivičnih dela. Iz njegovih izlaganja u učenju o vrlinama, proizlazi da Kant na umu ima moralni zločin. Samoubica svojim činom ne uzima da povredi obavezu koju ima naspram nekog drugog čoveka, već, kako Kant kaže, uzima da povredi prvu obavezu [dužnost] koju ima prema sebi samom kao živom biću („animalisches Wesen“).<sup>18</sup>

Krivično pravo u toj materiji stoji na sasvim drugačijem stanovištu. Postoji opšta saglasnost oko toga da je samoubistvo nekažnjivo. Lice koje sebe lišava života time ne čini nijedno krivično delo, suicid kao takav ne može biti predmet krivičnog gonjenja. Taj postulat je međutim istovremeno i predmet zabune. Ako se uzme da samoubica sebi prekraćuje život i da pri tom to ne povređuje slobodu nijednog drugog lica, konsekventno bi bilo uzeti da je u pogledu suicida isključena protivpravnost. Barem što

15 Up. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, vol. VI, str. 230.

16 O sadržaju neprava (Unrecht) detaljnije *Kühl*, in: Festschrift für Kühne, 2013, str. 15, 22.

17 Za tu opciju zalaže se *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, str. 614.

18 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, vol. VI, str. 422; up. o tome *Kühl*, Freiheitliches Rechtsphilosophie, 2008, str. 236, 292; *Höffe*, Recht und Moral, in: Neue Hefte für Philosophie 17 (1979), 31.

se tiče krivičnog prava. Tradicionalno je, međutim, suprotan stav nemačkih sudova, gde imamo slučaj da posebno nemački Savezni sud zagovara sasvim drugačije rešenje.

U jednoj odluci tog najvišeg nemačkog suda iz 1954. godine čitamo sasvim izričito da „pravila morala (Sittengesetz)“ najstrože zabranjuju (osuđuju) samoubistvo i to sa razloga što „niko samovlasno ne sme da raspolaže svojim životom, niti da donese odluku da se preda smrti“.<sup>19</sup> Razlog zbog koga se Savezni sud na ovakav način upustio u povezivanja prava i morala leži u nastojanju suda da nađe uporište za kažnjavanje lica koja propuste da osujete poznat im pokušaj samoubistva. Prema stavu suda takva lica se imaju kazniti zbog „nepružanja pomoći (licu u nevolji)“: između obaveze trećih lica da pomognu ljudima u nevolji i volje lica-samoubice da se sebi prekrati život postoji sticaj; želja samoubice da umre je kao oblik volje izraz njegove autonomije, ali je svejedno „moralno rđava“ i kao takva ne može biti razlog koji bi isključio obavezu drugih da priskoče i spreče pokušaj samoubistva. Štaviše, takav stav Saveznog suda vodi postojanju krivičnog dela ubistva propuštanjem (za koje je propisana znatno stroža kazna nego za nepružanje pomoći) ukoliko je reč o licu koje u odnosu na samoubicu ima položaj garanta. Savezni sud ni u jednoj od svojih presuda nije naveo kako je i sa kojim razlozima uzeo da moralni prekor i navodna nemoralnost mogu biti osnov kažnjavanja odnosno kažnjivosti.

Dugo godina stručni krugovi su očekivali da će Savezni sud promeniti kurs i odustati od navedene judikature. Izvesnih naznaka da bi se to moglo desiti bilo je 1984. godine kada je Savezni sud izrazio sumnju u prihvatljivost obrazloženja iz navedene presude iz 1954. godine,<sup>20</sup> a pomak je učinjen i 1987. godine, kada je sud u jednoj odluci pokušao da prida veći značaj autonomiji lica-suicidenta i njegove volje.<sup>21</sup> Nakon tih pozitivnih pomaka, nedavno je međutim u praksi Saveznog suda zabeležen izvestan „povrat“. U jednoj važnoj odluci iz 2011. godine stoji: „pravni poredak samoubistvo vrednuje kao protivpravno“.<sup>22</sup> Samoubistvo je, sudeći prema tome, podjednako protivno i pravu i moralu.<sup>23</sup>

Za lica koja planiraju da sebi prekrate život naveden stav Saveznog suda nema nikakav neposredan značaj: pokušaj samoubice da sebe liši života nije ni po jednoj koncepciji kažnjiv. Isto važi za pomagače – njihov doprinos je uvek nekažnjiv. No režim za pomagače uskoro bi se mogao promeniti, jer postoje predlozi da se uvede zasebna inkriminacija, koja bi predviđala kažnjivost svakog ko *radi sticanja dobiti* pomaže drugima u samoubistvu.<sup>24</sup>

19 U zbirci BGHSt vol. 6, str. 147, 153.

20 U zbirci BGHSt vol. 37, str. 367, 375f.

21 Odluka je štampana u časopisu NStZ 1988, 127ff.

22 U zbirci BGHSt vol. 46, str. 279, 258.

23 I o tome vid. *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 294.

24 Kao primer može se navesti švajcerska organizacija „Dignitas“, koja lica koja žele da sebi prikrate život snabdeva kalijum-cijanidom. O zvaničnom nacrtu i planovima pravne regulacije („Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes gegen gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung“) vid. *Fischer*, *StGB*, 61. izd. 2014, Vor §§ 211–216 br. 18a, gde je naveden i tekst nacrtu § 217 (kod Fischer-a, § 216 br. 1). – O nacrtu iz kruga „Alternativnih nacrtu“ („Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung“), vid. *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, S. 297; za ostale nacrtu up. *Lackner/Kühl*, *StGB*, 28. izd. 2014, Vor § 211 br. 10.



### 3. Učenje o zaštiti pravnih dobara i njegov značaj za dekriminalizaciju moralnih prestupa

U nauci krivičnog prava razvijena je misao da se legitimnost pojedinačnih inkriminacija može utvrđivati uz pomoć kriterijuma pravnih dobara odnosno zaštite pravnih dobara. Prema tom konceptu legitimni su samo oni propisi koji štite neko pravno dobro.<sup>25</sup> Priznata pravna dobra su u prvom redu individualna dobra koja su izričito zagarantovana u nemačkom ustavu – Osnovnom zakonu (život, telesni integritet, svojina u najširem smislu). Otuda su inkriminacije ubistva, telesne povrede i krivična dela protiv imovine načelno legitimni elementi krivičnopravne reakcije. U pogledu ostalih krivičnih dela legitimacija zahteva naročit oprez. Teže je, recimo, u okviru koncepta zaštite pravnih dobara, naći legitimaciju za propise koji štite opšta pravna dobra. U § 316 nemačkog Krivičnog zakonika inkriminisana je vožnja u pijanom stanju. Izvesno je da su i takve i slične inkriminacije legitimne kada u krajnjem ishodu služe zaštiti života i tela ljudi. U navedenom primeru vožnje pod dejstvom opojnih sredstava to svakako jeste slučaj. Isto važi i za krivičnopravne propise kojima se štiti životna sredina, jer cilj tih propisa je da sadašnjim, ali i budućim generacijama, obezbede humane uslove života. Veće teškoće postoje pri pronalaženju legitimacije za krivičnopravnu zaštitu životinja (recimo: inkriminacija mučenja životinja) ili prirodu (recimo: zaštita ugroženih biljnih vrsta), jer kod takvih propisa ne može se kao u gore navedenim slučajevima reći da je u krajnjoj liniji po sredi zaštita čoveka i njegovih interesa.

Pre nekih pedesetak godina učenje o pravnim dobrima imalo je u domenu seksualnih delikata veliki praktični uspeh, koji zaslužuje da se o njemu nešto više kaže. U okviru tadašnje velike nemačke reforme krivičnog prava iz Krivičnog zakonika su eliminisani čisti moralni prestupi, kao što je čuveni § 175 koji je propisivao kažnjivost homoseksualnosti. Kažnjiv je prema § 175 bio protivprirodni blud („Unzucht“) među odraslim muškarcima. Kako takve radnje, ako uzmemo da je odnos dobrovoljan, ne predstavljaju povredu pravnog dobra nijednog od učesnika odnosa, inkriminacija iz § 175 ocenjena je kao puki moralni prestup i navedeno delo je dekriminalizovano. Osim te izmene značajna je i promena naslova odgovarajućeg odeljka u nemačkom Krivičnom zakoniku: prvobitan naziv „Straftaten wider die Sittlichkeit“ promenjen je u „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“, na mesto „Krivičnih dela protiv morala“ stavljena su, dakle, „Krivična dela protiv polne slobode“. Apstraktno bi se moglo reći da je katalog „moralnih prestupa“ zamenjen sa katalogom „povreda pravnih dobara“.

Nekoliko decenija posle navedene velike reforme, 2007. godine krivična dela protiv polne slobode opet su se našla u žiži interesovanja stručne javnosti. Te je godine postao poznat slučaj rođenog brata i sestre, koji su se upoznali tek kasnije u životu i, znajući da su brat i sestra, izrodili više dece. Protiv njih je pokrenut krivični postupak i pravosnažno su osuđeni zbog rodoskrvnjenja, koje je kažnjivo po § 173 nemačkog Krivičnog zakonika. Nakon presude brat i sestra su podneli ustavnu žalbu nemačkom Saveznom ustavnom sudu tvrdeći da § 173 nemačkog Krivičnog zakonika nema drugo osim moralnog uporišta i da je kao takav protivustavan. Na stanovištu podnosilaca ustavne žalbe bio je od svih osam sudija samo jedan poznati profesor krivičnog prava koji je svojedobno značajno doprineo razvoju učenja o zaštiti pravnih

25 Up. Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, str. 34ff.

dobara. Ostale sudije bile su drugačijeg mišljenja, pa je tako Savezni ustavni sud i doneo odluku da je § 173 u saglasnosti sa nemačkim ustavom – Osnovnim zakonom, te da ne postoji relevantna povreda osnovnih prava podnositelaca ustavne žalbe.<sup>26</sup> Iz obrazloženja se vidi da su odlučujući značaj imale pribavljene ekspertize, iz kojih se prema mišljenju sudijske većine, videlo da je „plauzibilno“ da rodoskrvnjenje može imati štetne posledice po porodicu i njene odnose. Takvo stanovište u pogledu donete odluke nije ubedljivo, jer je zakonodavcu, kako proističe iz odluke, i pored navedene „plauzibilnosti“ dopušteno da po volji iz kataloga krivičnih dela izbriše rodoskrvnjenje. Iskreniji bi zato bio zaključak da § 173 jednostavno ponavlja moralno viđenje.

U pogledu učenja o zaštiti pravnih dobara posebno je šteta što je Savezni ustavni sud prilikom ocene ustavnosti § 173 bez preke potrebe koja bi proisticala iz karaktera slučaja, u navedenoj odluci otvorio front protiv kritičke funkcije celog tog učenja i time naneo nepotrebnu štetu vrlo zaslužnom kriminalnopolitičkom konceptu.<sup>27</sup> Umesto učenja o pravnim dobrima, sud smatra da shodnu funkciju ograničenja krivične reakcije treba prepustiti klauzuli srazmernosti (Verhältnismäßigkeitsprüfung, načelo proporcionalnosti), ali valja reći da ta klauzula ni u kom slučaju nije niti pouzdaniji vid legitimacije, niti vodi konkretnijim rešenjima od učenja o zaštiti pravnih dobara.

I zagovornici klauzule opravdanosti u krivičnom pravu dele mišljenje da se zabranom i kažnjavanjem rodoskrvnjenja ne štiti nijedno pravno dobro i da je sledstveno reč o inkriminaciji prema čistom moralnom merilu. Savezni ustavni sud je svoju odluku prevashodno utemeljio na uvidu da je na dohvrat ruke odnosno „plauzibilno“ da rodoskrvnjenje može imati štetne posledice po porodicu i porodični život. Nije li onda Sud mogao bolje i pouzdanije da utvrdi legitimnost inkriminacije analizom porodice i porodičnog života kao pravnog dobra i isticanjem neophodnosti njegove zaštite?

#### 4. Povezujuće između (krivičnog) prava i morala u formi „dobrih običaja“

Do spoja prava i morala u vidu tzv. „dobrih običaja (opšteg morala)“<sup>28</sup> dolazi kada država u nekom od propisa kao jedan od elemenata dispozicije predvidi „povredu“ ili „suprotnost dobrim običajima“.<sup>29</sup> Takav je slučaj u § 138 nemačkog Građanskog

26 Odluka je dostupna u zbirci Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), 120, 224, takođe u časopisu NJW 2008, 1137, 1139; Hasemerevo izdvojeno mišljenje dato je na str. 1142 ff. – Odluka je ulgavnom naišla na kritiku: up. Hörnle, NJW 2008, 2085; Roxin StV 2009, 544. Up. o odluci i Kühl, JA 2009, 833, 837; *id.*, in: Festschrift Stöckel, 2010, str. 111, 128; *id.*, in: Festschrift für Maiwald, 2010, str. 433, 447; *id.*, in: Festschrift für Puppe, 2011, str. 665 f.; *id.*, in: Festschrift für Heinz, 2012, Sstr. 766, 767ff.

27 Kühl, in: Festschrift für Heinz, 2012, str. 766, 744.

28 Kakvo-takvo skladno rešenje bila bi fraza o poslovima koji su protivni „zakonu dobrog“ ili „poštenom i dobrom“. No ovde je u *prevodu* namerno zadržan izraz iz našeg važećeg građanskog prava. Up. čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima: „Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose uredе po svojoj volji“. Čl. 13 SGZ: „blagonaravlja“. Bogišić u čl. 513, 915 OIZ: „poštenje i blagonaravlje“; „što se god, zbog poštenja i blagonaravlja, bez stida ne može učiniti biva da je, i samo po sebi, kao stvarno nemoguće“. U prvobitnom tekstu Zakona o obligacionim odnosima umesto „u granicama dobrih običaja“, stajalo je: „u granicama socijalističkog morala“. U Prednacrtu Građanskog zakonika, knj. 2, 2009, str. 11: „u granicama morala“. (Prim. prev.)

29 O tome Kühl, Freiheitliches Rechtsphilosophie, 2008, str. 245ff.

zakonika, gde je zakonodavac predvideo da je „ništav“ svaki pravni posao koji je u suprotnosti sa „dobrim običajima“. U krivičnom pravu, koje nas ovde pretežno zanima, imamo primer § 228 nemačkog Krivičnog zakonika u kome je predviđeno da je telesna povreda u slučaju kada postoji saglasnost povređenog protivpravna *samo onda* kada delo i pored saglasnosti povređenog nije u skladu sa dobrim običajima („... nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“). Iz rečenog („samo onda“) proizlazi da telesne povrede sa kojima se saglasio povređeni u pravilu nisu protivpravne. Bez obzira da li se (dogmatski posmatrano) pristanku povređenog pripíše dejstvo osnova isključenja protivpravnosti, ili čak isključenja predviđenosti u zakonu važi pravilo: „volenti non fit injuria“ – ko pristaje, njemu se ne čini nikakvo nepravdo. Važan izuzetak sadrži § 216 nemačkog Krivičnog zakonika, gde je, prema logici delikta, predviđeno da će se u slučaju lišenja života na ozbiljan i izričit zahtev ubijenog („Tötung auf Verlangen“<sup>30</sup>), radnja učinioca uvek smatrati protivpravnom – dakle upravo bez obzira na dobijenu saglasnost lica koje priželjkuje smrt. Jedina je razlika u kvalifikaciji delikta i visini kazne, budući da su u nemačkom Krivičnom zakoniku sva krivična dela podeljena na prestupe, koje zakonodavac načelno blaže kažnjava, i zločine, za koje su načelno predviđene strože kazne. Prema toj podeli ubistvo odnosno lišenje života na zahtev lica je prestup (§ 216), dok su obično i teško ubistvo pravi zločini (§ 212, 211).

Posebnost je dakle inkriminacije telesnih povreda, da je u slučaju saglasnosti povređenih odluka o protivpravnosti, koja načelno pripada pravnoj sferi, prepuštena „dobrim običajima“ kao obliku morala. Glavni je problem tog rešenja što je posve i uvek neizvesno šta su „dobri običaji“. Ne postoji nikakav „kodeks“ takvih „običajia“ u kome bi sud mogao da utvrdi šta je u skladu, a šta je protivno takvim običajima. Sudska praksa je dugo nalazila izlaz u supstituciji „dobrih običajia“ sa frazom da je od značaja kako stvar vidi dobar i pošten svet, da treba suditi prema onom što svi pošteni i pravični ljudi drže i osećaju da je nesporno dobro ponašanje, „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.<sup>31</sup> Problem sa tom nemačkom parafrazom nije samo što pomalo prevaziđeno zvuči, već što i uspešno blokira unos empirijskih nalaza u ocenu, budući da sadrži sasvim neodređen filter „svih poštenih i pravičnih ljudi“. Ko je pošten i pravičan stvar je ocene bez koje se ti ljudi sami od sebe ne mogu uočiti i pitati za mišljenje. Izvesno je jedino da iz navedene parafraze proizlazi („svi“!) da ocena ne može počivati na partikularnim stavovima, recimo na stavu sportske zajednice o prihvatljivosti dopingovanja.

Poseban značaj u pogledu klauzule „dobrih običajia“ i institut pristanka povređenog ima nekoliko spektakularnih odluka nemačkog Saveznog suda iz 2007. godine u kojima je sud zauzeo stanovište, da sudovi u odluci ne treba da se upuštaju u opštu, za prilike slučaja nevezanu moralnu ocenu radnji i postupaka.<sup>32</sup> U slučaju, uzmimo, sadomazohističkih praktika, sudovi ne treba da se upuštaju u moralisanje i apstraktnu moralnu ocenu sadomazohizma i odgovarajućih ekstremnih polnih radnji. Teže

30 [Up. Lišenje života iz samilosti iz čl. 117 KZ Srbije].

31 Vid. pregled sudske prakse: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. izd. 2014, § 228 br. 10.

32 Vid. odluke u zbirci *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHSt) vol. 49, str. 34ff., 166ff.; kritički osvrt: *Kühl*, in: *Festschrift für Schroeder*, 2006, str. 519; *id.*, in: *Festschrift für Otto*, 2007, str. 63, 69; *id.*, *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 661ff.

je, čini se, prihvatiti da isti princip treba da važi prilikom ocene zajedničkog konzumiranja heroina u grupi narkomana. Ako je takvo uživanje opojnih droga zasebno inkriminisano, a jeste, onda je teško dokučiti zašto bi bila isključena protivpravnost telesnih povreda (sa smrtnim ishodom) koje su nanete u okviru takvih praktika korišćenja narkotika. Nemački Savezni sud je u oba slučaja, i u vezi sa sadističkim polnim radnjama i u vezi sa zajedničkim konzumiranjem heroina, stao na stanovište da protivpravnost radnji koje su bile predmet krivičnog postupka i pored pristanka nije isključena. Pri tome sud nije tvrdio da se radnje i saglasnost protiv „dobrim običajima“ (§ 228 nemačkog Krivičnog zakonika), već je zauzeo stav da su telesne povrede koje sadista nanese mazohisti ili jedan heroinski zavisnik nanese drugom zavisniku time što mu ubrizga heroin i pored pristanka protivpravne jer dovode u opasnost život lica kome se nanosi povreda. U oba slučaja stvar je bila takva da je kod lica kojima su nanete odgovarajuće telesne povrede usled tih povreda nastupila smrt. Reč je dakle bila o telesnim povredama sa smrtnom posledicom. Prihvatimo li međutim da je odlučujuća okolnost protivpravnosti opasnost po život lica koje je dalo saglasnost, a ne nemoralnost odnosno protivnost „dobrim običajima“ onda i zakon valja u tom smeru izmeniti. Za nemački Savezni sud ugrožavanje života je u slučajevima navedene vrste uvek protivno „dobrim običajima“. Nažalost, sud to svoje stanovište nije posebno obrazložio.

### 5. Kažnjivost propuštanja (nečinjenja) kao pravni i moralni problem

Načelno ne postoji spor oko toga da posebni vidovi propuštanja (nečinjenja) kod kojih se učiniocu može prebaciti mnogo više od proste pasivnosti, naime da je imao mogućnost da promeni tok stvari, mogu biti kažnjivi. Ima međutim autora koji u deliktima propuštanja vide domen krivičnog prava u koji su se umešali goli moralni obziri, i koje bi kao takve spadale u kažnjavanje čudi, misli i unutrašnjeg držanja, a ne radnji („Gesinnungsstrafrecht“).<sup>33</sup> Izvesno je da kažnjivost propuštanja odudara od strukturnih principa krivičnog prava. Krivičnopravni propisi obično imaju strukturu *neminem-ledere*-zabrana – šema koja je dosta stara, ali može se reći da ju je temeljno uobličio Kant. Drži se svoje slobode i kloni se povreda tuđe slobode, koje bi drugi mogao pretrpeti u pogledu života, tela i drugih dobara. Ako država međutim inkriminiše i kažnjava propuštanje to znači da se pojedinci kažnjavaju zato što su ostali u sferi svoje slobode iz koje nisu na račun tuđe slobode izašli kako bi tom drugom u pomoć pritekli.<sup>34</sup>

To se nekako i može razumeti onda kada između lica kome je potrebna pomoć i onoga koje propušta postoji neka naročita veza, kakav je slučaj sa odnosom između male dece i roditelja. Ako majka pusti da gladno dete umre od gladi njeno ponašanje je u istoj meri krivičnopravno relevantno i zavrednjuje sankciju kao i aktivno ponašanje majke koja svesno nahrani dete zatrovanom kašom. Na tom stanovištu, ne gubeći iz vida razlikovanje prava i morala, stoji i nemački zakonodavac. U § 13 nemačkog Krivičnog zakonika predviđeno je za sva krivična dela čiji opis, kao u slučaju ubistva, prati logiku

33 Naucke, Strafrecht, 5. izd. 1987, str. 288.

34 Podrobnije Kühl, in: Festschrift für Frisch, 2013, str. 785.

aktivne radnje, da će kažnjen biti i onaj „ko propusti da spreči posledicu“ koja je obuhvaćena nekim od – „aktivno“ formuliranih – deliktних činjeničnih skupova „*ako ima pravnu obavezu da se pobrine da (navedena) posledica izostane* (wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt)“. Opšti obziri dobrog ponašanja koji, moguće, postoje kao neka moralna obaveza između prijatelja ili ljubavnog para nisu dovoljni da se uzme da postoji i posebna pravna obaveza zaštite i spasavanja tog lica i njegovih dobara.<sup>35</sup>Nije čak nesporno da li i u kojoj meri postoji pravna obaveza supružnika jednog prema drugom, odnosno da li status garanta proističe iz „činjenice braka“.

Kazna koju zakonodavac predviđa za garanta zbog povrede obaveze sprečavanja posledice je načelno ista kao i za „aktivne“ učinioce, ali može na osnovu posebnog propisa biti ublažena. Nasuprot tome, zakonodavac je znatno nižu kaznu predvideo za *svakog* ko, recimo, kada dođe do kakve nesreće ne pruži pomoć. U § 323c nemačkog Krivičnog zakonika za takvog učinioca predviđena je kazna lišenja slobode u trajanju do godinu dana, a sud alternativno može izreći i novčanu kaznu. Adresat (obveznik) pomoći je u slučaju § 323c *svako lice*, a ne samo lice sa posebnim statusom garanta. Za neke takvo rešenje nije opravdano, zato što je u tim slučajevima po sredi propuštanje koje je protivno samo moralu, tj. reč je o kršenju čisto moralne, unutrašnje obaveze bez upada u sferu treće (tuđe) slobode. U SAD postoji samo pet saveznih država u kojima postoji uporediva inkriminacija koja predviđa obavezu svakog lica, pa i onog koje nema poseban status garanta, da pruži pomoć.<sup>36</sup> U svim drugim američkim saveznim državama nepružanje pomoći je samo moralni prestup. Lica koja u tim državama ne pruže pomoć ne vrše nikakvo krivično delo, već se drži da zaslužuju isključivo moralan prekor i da su, prema priči o dobrom Samarićaninu koji pomaže neznancu u nevolji, „loši Samarićani“, „bad samaritans“.

Za legitimaciju inkriminacije kakvu sadrži § 323c nemačkog Krivičnog zakonika neophodno je da se kao pojam uvede koncept ljudske solidarnosti („mitmenschliche Solidarität“), koji inače ima marginalnu ulogu u pravnom sistemu. Solidarnost je pravnofilozofski gledano izvorna u istoj onoj meri kao spoljna sloboda, na osnovima koje je izgrađen naš pravni sistem koji se zbog te odlike može odrediti kao liberalan državni poredak. Napori da se u takav poredak ugrade elementi solidarnosti vredni su pohvale samo onda kada se radi o nastojanju da se utemelji liberalan koncept solidarnosti.<sup>37</sup> Taj kriterijum valjano ispunjava § 323c, budući da iz njega proističe obaveza pružanja pomoći samo u onoj meri koja je *neophodna* za uspostavljanje narušene slobode (u filozofskom smislu) o kojoj ne može biti govora kod lica, žrtvi nesreće čije telo ili život stoje pred uništenjem odnosno gašenjem. Više od pojedinca zahteva, pak, hrišćansko moralno učenje, koje počiva na ideji ljubavi prema bližnjem: hrišćanski je, recimo, za svakog pojedinca da se nađe i pomogne licu na samrti i kada je smrt tog lica već uveliko izvesna. Pravo takav zahtev pred svoje adresate ne postavlja.

*Preveo sa nemačkog: Luka Breneselović*

35 Kühl, Strafrecht AT, 7. izd. 2012, § 18 br. 6; *id.*, Festschrift für Herzberg, 2008, str. 177, 179ff, 184f.

36 Vid. za stanje u SAD Kühl, in: Festschrift für Frisch, 2013, str. 790, fn. 29.

37 Kühl, *op. cit.*, str. 788; *id.*, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (ur.), Solidarität und Strafrecht, 2013, str. 93ff.

## LITERATURA

- Engisch, K. /1971/: *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*.
- Fischer, Th. /2014/: StGB, 61. Aufl.
- Höffe, O. /1979/ *Recht und Moral*, in: *Neue Hefte für Philosophie* 17.
- Höffe, O. in /2002/: *Lexikon der Ethik*, 6. Aufl.
- Kant, I. /1788/: *Kritik der praktischen Vernunft*.
- Kelker, B. /2001/: *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*.
- Kühl, K. /2001/: *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*.
- Kühl, K. /2006/ in : *Festschrift für Schroeder*.
- Kühl, K. /2008/: *Freiheitliches Rechtsphilosophie*.
- Kühl, K. /2011/ in: *Festschrift für Puppe*.
- Kühl, K. /2012/: *Strafrecht AT*, 7. Aufl.
- Kühl, K. /2013/ in: *Festschrift für Frisch*.
- Kühl, K. /2013/ in: *Festschrift für Kühne*.
- Kühl, K. /2013/ in: *Solidarität und Strafrecht*, hrsg von v Hirsch/Neumann/Seelmann.
- Lackner, K., Kühl K. /2014/: *StGB*, 28. Aufl.
- Naucke, W. /1987/: *Strafrecht*, 5. Aufl.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht AT I*, 4. Aufl.
- Seelmann, K. /2010/: *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl.
- Wimmer /2011/ in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 11.
- Würtenberger, Th. /1982/: „Legitimität, Legalität“ in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3.

*Kristian Kühl*

Dr. Dr. Dres. h.c.

Seniorprofessor

Juristische Fakultät

Universität Tübingen

## FÜNF KAPITEL AUS DEM BUCH ÜBER (STRAF-)RECHT UND MORAL

### ZUSAMMENFASSUNG

Das in der Überschrift angesprochene „Buch“ über (Straf-)Recht und Moral gibt es nicht. Man könnte sich aber ein solches Buch vorstellen, und zwar als ein „dickes“, in dem die beiden Regelsysteme und ihr Verhältnis zueinander dargestellt werden müssten. Dass es zwischen (Straf-)Recht und Moral Verbindendes gibt, liegt schon deshalb nahe, weil sowohl das (Straf-)Recht als auch die Moral das Verhalten der Menschenregeln wollen und dabei

Allgemeinverbindlichkeit „anstreben“. Soweit es um die Regelung äußeren Verhaltens geht, treten beide Regelsysteme in Konkurrenz. Das kann zu Verbindendem führen, wenn sie dasselbe Verhalten verbieten oder gebieten. Stellen sie unterschiedliche Verhaltensanforderungen auf, so ergibt sich Trennendes. Trennendes ergibt sich aber auch und erst recht, wenn man (Straf-) Recht auf die Regelung des äußeren Verhaltens von Menschen beschränkt, denn dann wäre die innere Einstellung eines Menschen eine Domäne der Moral.

Der Katalog der Themen im Spannungsverhältnis von (Straf-)Recht und Moral ist so groß und vielfältig, dass er im Aufsatz nicht annähernd vollständig abgearbeitet werden kann. Es ist deshalb eine Auswahl der zu behandelnden Aspekte bzw. Themen vorzunehmen, wenn man nicht alles, was man anspricht, nur antippen will.

Die einzelnen Kapitel, die in dieser Arbeit behandelt werden, sind die folgenden. Zuerst (unter 1.) geht es um das auch noch abstrakte Theorem von Legalität und Moralität, das trotz seines Bekanntheitsgrades oft in seiner Aussagekraft und Reichweite überschätzt wird. Unter 2. geht es konkret um die moralische und rechtliche Bewertung der Selbsttötung mit dem Folgeprobleme der Teilnahme an der Selbsttötung. Es folgt unter 3. die Abgrenzung von Straftaten und sog. reinen Moralwidrigkeiten oder genauer: die Ausscheidung von Moralwidrigkeiten aus dem Bereich des legitimen Strafrechts. Unter 4. wird der Blick auf Verbindungen von (Straf-)Recht und Moral gelenkt, soweit sie vom (Straf-)Recht ausdrücklich hergestellt werden; so etwa, wenn auf einen Verstoß gegen die guten Sitten verwiesen wird, um die Rechtswidrigkeit einer Tat zu begründen. Schließlich geht es unter 5. um die strafrechtliche Sonderproblematik des Unterlassens. Während die sog. unechten Unterlassungsdelikte durch die gesetzliche Forderung einer rechtlichen Einstehenspflicht für den Rechtsbereich reklamiert wird, ist die Legitimation sog. echter Unterlassungsdelikte wie der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB als Straftaten umstritten. Für die Begründung der Strafbarkeit benötigt man einen Begriff, der im Rechtssystem nur eine Nebenrolle spielt: die mitmenschliche Solidarität.

**Schlüsselwörter:** Strafrecht, Moral, Legitimität, Selbsttötung, „guten Sitten“, Unterlassungsdelikte.