

O kriteriju razlikovanja pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja

Martinović, Igor

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2015, 65, 115 - 135**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:229424>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-09-27**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

O KRITERIJU RAZLIKOVANJA PRAVIH I NEPRAVIH KAZNENIH DJELA NEČINJENJA

Dr. sc. Igor Martinović *

UDK: 343.222.01
Pregledni znanstveni rad
Primljeno: veljača 2014.

Kako bi postavio teorijski temelj za raspravu o kaznenim djelima nečinjenja, autor u početnom dijelu rada propituje u čemu se sastoji posebnost nečinjenja kao oblika radnje. Zatim se izlažu najčešće korišteni doktrinarni kriteriji razlikovanja pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja te se tablično prikazuju razlike između njih. Na temelju provedene analize naposljetku se odabire kriterij koji najbolje odgovara svrsi tipizacije delikata nečinjenja te se raspravlja o postojanju garantnih dužnosti i mogućnosti ublažavanja kazne kod pravih delikata nečinjenja te zakonski reguliranih i zakonski nereguliranih delikata nečinjenja.

Ključne riječi: nečinjenje, prava kaznena djela nečinjenja, nepravna kaznena djela nečinjenja, garantne dužnosti

1. UVOD

Kompleksne teme povezane s nečinjenjem, kao što su garantna dužnost skrbi o tuđim imovinskim interesima, kaznenopravna odgovornost za proizvode ili propuštanje dužnog nadzora od strane članova nadzornog odbora trgovačkog društva, ne mogu se obrađivati stihijski. Kako bi se o tim temama – koje su neopravdano zanemarene u domaćoj kaznenopravnoj literaturi, ali i sudskoj praksi – uopće moglo raspravljati, nužno je prethodno kreirati logičan i funkcionalan pravnodogmatski okvir. Jedno od temeljnih pitanja u toj domeni jest kako podijeliti kaznena djela nečinjenja. U doktrini se za tu podjelu koristi više različitih kriterija, što izaziva nepotrebnu konfuziju i umnogome otežava raspravu o praktičnim problemima.

* Dr. sc. Igor Martinović, viši asistent – znanstveni novak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

2. NEČINJENJE KAO OBLIK RADNJE

Određiti od čega se sastoji posebnost nečinjenja kao oblika radnje nije jednostavno. Odgovor koji se prirodno nameće jest da se nečinjenje odnosi na situacije u kojima je čovjek pasivan, tj. u kojima izostaje fizički pokret. U tom smislu još uvijek je aktualna Engischeva definicija nečinjenja (pasivnosti) kao “neutroška energije u određenom pravcu”.¹ No premda se takvo određenje nečinjenja može koristiti kao polazni kriterij za razgraničenje činjenja i nečinjenja, ono ne govori ništa o tome koji se slučajevi ljudske pasivnosti, odnosno “neutroška energije” uopće mogu smatrati radnjom. Čovjek, naime, svakodnevno propušta cijeli niz činjenja koje je teoretski mogao poduzeti, no velika većina tih hipotetskih činjenja ne može se smatrati radnjom; to što netko nije skočio u hladno more iako je mogao, ili nije taj dan gledao televiziju, ili nije počinio razbojništvo, ne može se samo po sebi smatrati nečinjenjem.

U Lisztovoj dogmatici nečinjenje se određuje kao “voljno nesprečavanje posljedice”,² a činjenje kao “voljno prouzročenje [...] posljedice”.³ Voljni impuls – koji predstavlja temeljnu pretpostavku radnje – kod nečinjenja se sastoji od “voljnog nepoduzimanja tjelesnog pokreta koji se trebao (i mogao) poduzeti”⁴, dok se kod činjenja sastoji od “voljnog [...] tjelesnog pokreta”.⁵ U navedenim definicijama očituje se mehanicističko poimanje radnje u sklopu kojeg se nečinjenje ne može suvislo koncipirati. Prihvatimo li, naime, mit klasične dogmatike o linearno shvaćenoj, *sine qua non* uzročnosti, tada je jasno da nečinjenje ne može biti uzrok posljedice jer počinitelj nečinjenjem u strogo mehaničkom, vrijednosno neutralnom smislu ništa ne uzrokuje. Odustanemo li pak od uzročnosti kao tobože objektivnog i mjerljivog kriterija radnje, tada otpada i Lisztova ideja prema kojoj je “osjetilima zamjetljivo zbivanje u vanjskom svijetu polazna [...] točka svakog zakonodavstva i svakog stvaranja pravnih pojmova”⁶, kao i njegovo nastojanje da zločin reducira na “svakovremenu pa i osjetilima jedva zamjetljivu promjenu u vanjskom svijetu”.⁷ Prema tome,

¹ Engisch, K., *Tun und Unterlassen*, u: *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1973., str. 163, 167.

² Von Liszt, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21./22. izdanje, Berlin/Leipzig, 1919., str. 126.

³ *Ibid.*, str. 120.

⁴ *Ibid.*, str. 126.

⁵ *Ibid.*, str. 120.

⁶ Cit. prema: Singer, M., *Nauka o krivičnom pravu Franza v. Liszta*, u: Singer, M., *Krivično pravo i kriminologija*, Zagreb, 1992., str. 30, 34.

⁷ *Ibid.*, str. 36.

Lisztova koncepcija nečinjenja nalazi se u procjepu između pokušaja da se ljudska radnja pretvori u fizikalnu veličinu te činjenice da pozitivistički shvaćenog kauzaliteta ne može biti ako se počinitelj nije ni pomaknuo s mjesta. Liszt je taj problem pokušao mimoići tvrdnjom da uzročnost kod nečinjenja ne postoji u odnosu na stvarni događaj, već s obzirom na predloženi (zamišljeni) tjelesni pokret (*vorgestellte Körperbewegung*); međutim, zamišljanjem potencijalnih tjelesnih pokreta odstupa se od naturalističkog kriterija radnje jer se atribucija radnje čini ovisnom o tome koji se tjelesni pokret zamišlja, što u konačnici ne ovisi ni o kakvoj mehanicistički shvaćenoj uzročnosti, nego o tome koji se pokret očekuje od počinitelja. Na kraju krajeva, i sam Liszt uviđa da je takvo korištenje pojma uzročnosti problematično jer značajno odstupa od njegove svakodnevne jezične upotrebe⁸, pa ne preostaje drugo negoli zaključiti da navedena koncepcija ne može objasniti nečinjenje.⁹

Za razliku od pristaša naturalističke teorije radnje, finalisti smatraju da se posebnost nečinjenja nalazi u sferi ontološkog (tj. "ontičkog"). Na tom je tragu Armin Kaufmann, prema čijem se "principu obrnutosti" (*Umkehrsprinzip*) odnos između činjenja i nečinjenja može označiti kao A i ne-A. Po "principu obrnutosti" za nečinjenje bi uvijek vrijedilo suprotno od onog što vrijedi za činjenje, pa tako npr. kod nečinjenja ne bi bila relevantna počiniteljeva namjera, već izostanak namjere. Analogno tome, u kaznenopravnoj dogmatici ne bi se govorilo o pokušaju počinjenja kaznenog djela nečinjenjem, već obrnuto – o propuštanju pokušaja poduzimanja dopuštene radnje.¹⁰ Takva koncepcija ne može se prihvatiti jer nečinjenje nije nikakvo "obrnuto činjenje", nego oblik radnje koji supostoji s činjenjem i koji zajedno s činjenjem tvori radnju. Napokon, ono što u kaznenom pravu vrijedi za činjenje, najčešće vrijedi i za nečinjenje, uz nužne "modifikacije".¹¹

Naturalistička i finalistička teorija radnje nisu uspjele objasniti nečinjenje. Tim teorijama promiče da nečinjenje nije bilo kakav izostanak činjenja, već jedino takav izostanak činjenja koji je relevantan s vrijednosnog aspekta, tj. iz perspektive društveno relevantnih očekivanja. Primjerice, iako šutnja u ti-

⁸ Von Liszt, F., *op. cit.* u bilj. 2, str. 129.

⁹ Za srodnu kritiku Lisztove koncepcije nečinjenja vidi Silva-Sanchez, J.-M., *Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte*, u: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001., str. 641 – 642.

¹⁰ Kaufmann, Arm., *Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959., str. 88. Za kritiku vidi Von der Pfordten, D., *Normative Ethik*, Berlin/New York, 2010., str. 146.

¹¹ Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, sv. II., München, 2003., str. 628.

pičnoj situaciji ne predstavlja nečinjenje, o nečinjenju će biti riječ ako osoba štiti za vrijeme zajedničkog pjevanja ili molitve¹² jer u tom slučaju postoji društveno očekivanje da se pojedinac pridruži zajedničkoj aktivnosti. Analogno tome, o nečinjenju je riječ i u slučaju neudovoljavanja društveno relevantnim individualnim očekivanjima, pa se tako nečinjenjem može smatrati neodlazak u kino s partnerom unatoč dugotrajnom nagovaranju.¹³

Iz navedenog slijedi da se bit nečinjenja kao oblika radnje ne iscrpljuje u fizičkoj i “ontičkoj” domeni (nečinjenje kao neutrošak energije, nesprečavanje posljedice, “obrnuto činjenje” i sl.), nego se proteže i na sferu društvenih vrijednosti. Zato je za smislen pristup problematici nečinjenja nužno prihvatiti neku od teorija radnje koje uviđaju vrijednosnu obilježenu tog instituta (npr. socijalnu ili personalnu teoriju radnje). Bitno je također naglasiti da je nečinjenje institut koji se ne pojavljuje tek na razini bića kaznenog djela, već ima i pretpravnu dimenziju, što je očito jer nečinjenje postoji i u benignim situacijama poput onih koje su navedene u prethodnom odlomku.¹⁴ Imajući to u vidu, o nečinjenju se može raspravljati i u okviru instituta radnje, a ne samo u kontekstu bića kaznenog djela.

3. SVRHovitost kao temeljno načelo podjele na prava i neprava kaznena djela nečinjenja

Podjela na prava i neprava kaznena djela nečinjenja uvriježena je u domaćoj doktrini, kao i u drugim pravnim sustavima koji se ugledaju na njemačku kaznenopravnu dogmatiku. Kao tipičan primjer pravih delikata činjenja često se ističe kazneno djelo nepružanja pomoći (čl. 123. st. 1.¹⁵)¹⁶, dok se kao primjer nepravih delikata nečinjenja navodi ubojstvo (čl. 110.) počinjeno nečinjenjem

¹² Primjer preuzet od Roxina. Vidi *ibid.*, str. 629.

¹³ Osim (društvenog ili individualnog) očekivanja daljnja pretpostavka nečinjenja je individualna sposobnost za činjenje.

¹⁴ Iznimkom se mogu smatrati situacije u kojima sam zakon uvodi određeno društveno očekivanje, koje bez zakona samostalno ne postoji, npr. kada se zakonom uvodi novi porez koji počinitelj zatim ne plaća. No ni takvi primjeri ne osporavaju pretpravnu dimenziju nečinjenja jer uvođenjem poreza nastaje i odgovarajuće društveno očekivanje.

¹⁵ Ako se uz broj članka ne navodi naziv odgovarajućeg propisa, taj se članak odnosi na Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/2011, 144/2012).

¹⁶ Vidi npr. Novoselec, P.; Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013., str. 139; Grozdanić, V.; Škorić, M.; Martinović, I., *Kazneno pravo – opći dio*, Rijeka, 2013., str. 90; Bačić, F., *Kazneno pravo – opći dio*, Zagreb, 1998., str. 146.

(npr. ubojstvo djeteta nehranjenjem od strane majke).¹⁷ Premda je potreba za diferencijacijom pojedinih vrsta kaznenih djela nečinjenja nesporna, prijeporno je temeljem kojeg kriterija izvršiti tu podjelu. Stoga, prije negoli navedemo različite moguće kriterije razlikovanja pravih i nepravih delikata nečinjenja, treba razjasniti koji je uopće smisao provođenja te diferencijacije.

Vrlo je važno, za početak, naglasiti da se za podjelu na prave i nepravde delikte nečinjenja ne može pronaći nikakav metajuridički temelj. U mehanicističkom smislu svako se nečinjenje – za razliku od činjenja – odlikuje pasivnošću aktera, pa nečinjenje jednako postoji i kod nepružanja pomoći i kod ubojstva nečinjenjem. Ni u domeni pretpравниh društvenih vrijednosti ne nalazi se nikakva osnova za spomenutu diferencijaciju jer i pravi i nepravi delikti nečinjenja podrazumijevaju ignoriranje društveno relevantnih očekivanja. Prema tome, pravo i nepravo nečinjenje ne predstavljaju različite oblike ljudske radnje, pa se njihovo razlikovanje ne može provoditi na razini instituta radnje, nego samo na razini bića kaznenog djela.

S obzirom na to da pri razlikovanju pravih i nepravih delikata nečinjenja metajuridičke danosti ne igraju ulogu, pri odabiru kriterija razlikovanja nepotrebno je zamarati se pitanjem njegove kongruentnosti s prirodom nečinjenja kao posebnog oblika radnje. Umjesto toga treba se zapitati koji je kriterij podjele teorijski najkoherentniji i praktično najprimjenjiviji, odnosno – jednom riječju – najsvrhovitiji.

Da bi određeni kriterij podjele bio svrhovit, on mora biti usklađen sa smislom *de lege lata* norme (čl. 20. st. 2. i 3.) koja u hrvatskom kaznenom pravu uređuje nečinjenje. U čl. 20. st. 2. propisano je tako da će za nečinjenje odgovarati “tko propusti spriječiti nastupanje zakonom opisane posljedice kaznenog djela [...] ako je pravno obvezan spriječiti nastupanje takve posljedice i ako je propuštanje po djelovanju i značenju jednako počinjenju tog djela činjenjem”, dok st. 3. propisuje da se “počinitelj koji je kazneno djelo počinio nečinjenjem može [...] blaže kazniti, osim ako se radi o kaznenom djelu koje se može počinuti samo nečinjenjem.”

U citiranim normama očituje se potreba za diferencijacijom različitih vrsta nečinjenja. Sukladno čl. 20. st. 2. treba razlikovati nečinjenje na temelju garantne dužnosti od nečinjenja za koje odgovara svatko, dok sukladno čl. 20. st. 3. treba razlikovati nečinjenje kod kaznenih djela koja se mogu počinuti i činjenjem i nečinjenjem od nečinjenja kod kaznenih djela koja se mogu poči-

¹⁷ Vidi npr. Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 141; Grozdanić, V.; Škorić, M.; Martinović, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 91; Bačić, F., *op. cit.* u bilj. 16, str. 147.

niti samo nečinjenjem. U sljedećem poglavlju analizirat će se koji od teorijskih kriterija najbolje korespondira sa smislom navedenih odredaba te će se na temelju toga izabrati najsvrhovitiji kriterij razlikovanja pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja.

4. KRITERIJI RAZLIKOVANJA PRAVIH I NEPRAVIH KAZNENIH DJELA NEČINJENJA U KAZNENOPRAVNOJ DOKTRINI

4.1. Prava kaznena djela nečinjenja kao kršenja imperativne norme – nepravna kaznena djela nečinjenja kao kršenja prohibitivne norme

U starijoj teoriji kao kriterij diferencijacije pravih i nepravih delikata nečinjenja uzimalo se pitanje krši li se pojedinim oblikom nečinjenja naređujuća (imperativna) ili zabranjujuća (prohibitivna) norma. Taj kriterij potječe još od sredine XIX. stoljeća, a začetnik mu je Luden, koji je ujedno i autor naziva pravi delikti nečinjenja (*echte Unterlassungsdelikte*) i nepravi delikti nečinjenja (*unechte Unterlassungsdelikte*).¹⁸ Prema Ludenu, bit pravih delikata nečinjenja jest u tome što se iscrpljuju u kršenju zapovijedi, dok se nepravim deliktima izaziva posljedica koja se obično ostvaruje činjenjem; stoga su nepravi delikti po tom viđenju ustvari delikti činjenja.¹⁹

Opisani kriterij problematičan je zbog više razloga. Kao prvo, počinjenjem nepravog delikta nečinjenja ne krši se prohibitivna, nego imperativna norma jer npr. majka koja ne hrani malo dijete ne krši nikakvu zabranu, nego zapovijed da se ponaša na određeni način, koja proistječe iz njezina svojstva garanta u odnosu na djetetov život. Međutim, čak i ako bismo – zbog stilizacije norme, koja opisuje isključivo činjenje (npr. “tko ubije drugoga”) – pristali na zamisao da se počinjenjem nepravog delikta nečinjenja krši prohibitivna norma, spomenuti bi kriterij svejedno ostao neprimjenjiv jer on ne pruža mjerila temeljem kojih bi se konkretna radnja nečinjenja podvela pod odgovarajuću “prohibitivnu” normu. Navedeni problemi pokazuju da u prvom planu treba biti pitanje svrsishodnosti same diferencijacije, a ne nomotehnička stilizacija norme.

¹⁸ Citirano prema: Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. izdanje, Berlin, 1996., str. 605.

¹⁹ U domaćoj teoriji ovaj kriterij prihvaća Stanko Frank, tvrdeći da kod pravih delikata nečinjenja “učinilac ne čini nešto, što bi trebalo da čini i time krši pravilo, koje zapovijeda, imperativnu normu”, dok kod nepravih delikata nečinjenja “ne čini, što treba da čini, i time izaziva posljedicu, koju ne treba da izazove; on time krši ujedno pravilo, koje zapovijeda, i pravilo, koje zabranjuje, imperativnu i prohibitivnu normu”. Frank, S., *Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951. – općio*, Zagreb, 1955., str. 106.

4.2. Prava kaznena djela nečinjenja kao pandan formalnim kaznenim djelima – neprava kaznena djela kao pandan materijalnim kaznenim djelima

Na tradicionalno učenje – koje se nastavlja na Ludena – nadovezuje se novije shvaćanje koje za prave delikte nečinjenja karakterističnim smatra nepoduzimanje radnje koju nalaže zakon (“*tätigkeitsbezogene*” *Unterlassungsdelikte*), dok bi nepravim deliktima nečinjenja svojstveno bilo kršenje dužnosti sprečavanja nastupanja posljedice (“*erfolgsbezogene*” *Unterlassungsdelikte*). Zato što posljedica ne ulazi u biće pravih kaznenih djela nečinjenja, ta djela predstavljaju pandan formalnim kaznenim djelima. Za razliku od pravih, kod nepravih kaznenih djela nečinjenja posljedica predstavlja obilježje bića kaznenog djela, pa su takvi delikti pandan materijalnim kaznenim djelima. Navedeno shvaćanje prihvaća cijeli niz prominentnih njemačkih i austrijskih autora (npr. Jescheck/Weigend²⁰, Wessels/Beulke²¹, Triffterer²²), a u domaćoj ga literaturi zastupaju Novoselec i Bojanić²³ te djelomično Bačić.²⁴

Iako razdioba delikata nečinjenja s obzirom na to sadrže li posljedicu u biću kaznenog djela jest teorijski provediva, ona je nesvrshodna pa je treba odbaciti. Naime, prihvaćanjem takvog kriterija podjele delikata nečinjenja ne doprinosi se razrješavanju nikakvih praktičnih ili teorijskih problema, nego se samo nepotrebno usložnjava već ionako dovoljno komplicirana problematika

²⁰ Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *op. cit.* u bilj. 18, str. 605 – 606.

²¹ Wessels, J.; Beulke, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 42. izdanje, Heidelberg, 2012., str. 695 – 698.

²² Triffterer, O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. izdanje, Beč, 1994., str. 326. Triffterer navodi da taj kriterij predstavlja vladajuće mišljenje u austrijskoj doktrini te mu se priklanja – premda je i sam kritičan prema njemu – kako ne bi opterećivao austrijsku kaznenopravnu dogmatiku neujednačenim nazivljem. Vidi *ibid.*, str. 327.

²³ Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 139 – 141.

²⁴ Bačić tvrdi da su prava kaznena djela nečinjenja “konstruirana prema modelu formalnih kaznenih djela”, odnosno da se takvo djelo “iscrpljuje u samom činu nepoduzimanja dužne radnje”. Iz toga bi se dalo zaključiti da je Bačić pristaša ovdje navedenog modela podjele delikata nečinjenja. Međutim, Bačić u nastavku navodi i da se kod pravih delikata nečinjenja “radi [...] uvijek o povredi imperativne norme”, iz čega bi se moglo iščitati da zagovara podjelu navedenu u poglavlju 4.1., kao i da se pravi delikti nečinjenja “mogu izvršiti jedino nečinjenjem”, što bi pak značilo da pristaje uz podjelu navedenu pod 4.5. (vidi Bačić, F., *op. cit.* u bilj. 16, str. 146.). Miješanjem kriterija Bačić stvara teško razumljivu slitinu različitih modela podjele kaznenih djela nečinjenja.

nečinjenja. Neprimjerena se važnost pridaje – danas u literaturi umnogome relativiziranom²⁵ – razlikovanju formalnih i materijalnih delikata, pri čemu se zaboravlja da i formalna kaznena djela sadrže posljedicu, samo što ona nije vremenski i prostorno razdvojena od radnje.

Štetnost prihvaćanja takva kriterija vidi se na primjeru kaznenog djela narušavanja nepovredivosti doma i poslovnog prostora (čl. 141. st. 1.) koje se – uz činjenje – može počiniti i nečinjenjem (“Tko [...] se na zahtjev ovlaštene osobe [...] ne udalji [iz tuđeg doma ili poslovnog prostora]”). Uzmemo li da su prava kaznena djela nečinjenja ona koja u svojem biću ne sadrže posljedicu, tada je narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora (u dijelu u kojem se odnosi na nečinjenje) pravi delikt nečinjenja. Svrstati pak to kazneno djelo uz bok nepružanju pomoći nema smisla jer se na taj način – bez ikakve potrebe – u isti koš stavljaju dva delikta koja se razlikuju i s obzirom na mogućnost ublažavanja kazne (koja postoji kod narušavanja nepovredivosti doma i poslovnog prostora, ali ne i kod nepružanja pomoći) i s obzirom na opstojnost garantnih dužnosti (koje postoje samo kod narušavanja nepovredivosti doma i poslovnog prostora, dok kod nepružanja pomoći kaznenopravna odgovornost nije ograničena na garante). Iz toga se vidi da diferencija pravih i nepravih delikata nečinjenja po uzoru na formalne i materijalne delikte unosi konfuziju u problematiku nečinjenja i ne udovoljava potrebi da se na logičan i jasan način protumače odredbe čl. 20. st. 2. i 3.²⁶

Tablica 1. Kategorizacija pojedinih kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju iz poglavlja 4.2.

nepružanje pomoći (čl. 123. st. 1.)	pravo KD nečinjenja
neprovođenje odluke za zaštitu dobrobiti djeteta – kvalificirani oblik (čl. 173. st. 2.)	zakonski regulirano nepravo KD nečinjenja
narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora (čl. 141. st. 1.) počinjeno neudaljavanjem iz doma ili poslovnog prostora	pravo KD nečinjenja
zlorporaba položaja i ovlasti (čl. 291. st. 1.) počinjena neobavljanjem dužnosti	zakonski regulirano nepravo KD nečinjenja
ubojstvo (čl. 110.) počinjeno nečinjenjem	zakonski neregulirano nepravo KD nečinjenja

²⁵ Vidi Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, sv. I., 4. izdanje, München, 2006., str. 330.

²⁶ Izvrsnu kritiku navedenog kriterija podjele daje Herzberg. Vidi Herzberg, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin, 1972., str. 22 – 27.

Tablica 2. Podjela kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju iz poglavlja 4.2. u kontekstu primjene čl. 20. st. 2. i 3.

	garantne dužnosti (čl. 20. st. 2.)	mogućnost blažeg kažnjavanja (čl. 20. st. 3.)
prava KD nečinjenja	-/+	-/+
zakonski regulirana neprava KD nečinjenja	+	+/-
zakonski neregulirana neprava KD nečinjenja	+	+

4.3. Kriterij izričite opisanosti u zakonu

Prema jednom od rasprostranjenijih kriterija, koji se pripisuje Arminu Kaufmannu²⁷, razlikovanje pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja provodi se ovisno o tome je li pojedino kazneno djelo nečinjenja izričito opisano u zakonu ili nije; ako jest, bila bi riječ o pravom deliktu nečinjenja, dok bi u suprotnom posrijedi bio nepravi delikt nečinjenja. S obzirom na to da se diferencijacija ne provodi na temelju sadržajnih, već nomotehničko-stilističkih kriterija, Welzel – koji također zagovara takvu kategorizaciju – zaključuje da je razlika između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja “pozitivnopravnog, a ne materijalnog”²⁸ karaktera.

Iako razlika između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja doista jest pozitivnopravnog, a ne “materijalnog” karaktera, to ipak ne znači da je kriterij koji je inaugurirao Kaufmann prihvatljiv. Iz perspektive *de lege lata* norme (i hrvatske, i njemačke) i taj kriterij dovodi do kompliciranih i neintuitivnih rješenja koja nisu usklađena s potrebom za kategorizacijom delikata nečinjenja proisteklom iz čl. 20. st. 2. i 3. To se vidi na primjeru kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 291. st. 1.) koje čini “službena ili odgovorna osoba koja iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi dužnost pa time sebi ili drugoj osobi pribavi korist ili drugome prouzroči štetu”. Ovdje zakonodavac opisuje tri radnje počinjenja, među kojima i jednu koja se neprijeporno odnosi na nečinjenje: neobavljanje dužnosti. Prihvatimo li Kaufmannov kriterij, zlouporaba položaja i ovlasti počinjena neobavljanjem dužnosti predstavljala bi pravo kazneno djelo nečinjenja i to samo zato što je

²⁷ Kaufmann, Arm., *op. cit.* u bilj. 10, str. 275.

²⁸ Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969., 11. (14.) izdanje, Berlin, 1969., str. 202.

izričito opisana u zakonu. To znači da bi se zlouporaba položaja i ovlasti svrstavala u istu skupinu delikata nečinjenja kao i nepružanje pomoći, što nema smisla jer kod zlouporabe položaja i ovlasti ne dolazi u obzir ublažavanje kazne (čl. 20. st. 3.). Uostalom, kao što primjećuje Roxin, prihvaćanje Kaufmannova kriterija učinilo bi kategorizaciju delikata nečinjenja u potpunosti ovisnom o verbalnoj ekspresiji zakonodavca, čime bi razgraničenje pravih i nepravih delikata nečinjenja postalo "slučajno, a time i proizvoljno".²⁹ Ispravnost Roxinove tvrdnje pokazuje se na primjeru kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti: da je, naime, zakonodavac prilikom opisivanja radnje počinjenja zlouporabe položaja i ovlasti izostavio neobavljanje dužnosti, odredba bi u sadržajnom smislu ostala identična – jer bi se odgovornost za nečinjenje i dalje mogla u nesmanjenom obujmu eruirati iz čl. 20. st. 2. – pa bi bilo deplasirano tvrditi da je samom promjenom zakonskog izričaja predmetno kazneno djelo pretvoreno iz (tobože) pravog u nepravi delikt nečinjenja.

Tablica 3. Kategorizacija pojedinih kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju iz poglavlja 4.3.

nepružanje pomoći (čl. 123. st. 1.)	pravo KD nečinjenja
neprovođenje odluke za zaštitu dobrobiti djeteta – kvalificirani oblik (čl. 173. st. 2.)	pravo KD nečinjenja
narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora (čl. 141. st. 1.) počinjeno neudaljavanjem iz doma ili poslovnog prostora	pravo KD nečinjenja
zlouporaba položaja i ovlasti (čl. 291. st. 1.) počinjena neobavljanjem dužnosti	pravo KD nečinjenja
ubojstvo (čl. 110.) počinjeno nečinjenjem	nepravo KD nečinjenja

Tablica 4. Podjela kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju iz poglavlja 4.3. u kontekstu primjene čl. 20. st. 2. i 3.

	garantne dužnosti (čl. 20. st. 2.)	mogućnost blažeg kažnjavanja (čl. 20. st. 3.)
prava KD nečinjenja	-/+	-/+
neprava KD nečinjenja	+	+

4.4. Kriterij ontološke usporedivosti

Specifičan kriterij podjele delikata nečinjenja nudi Androulakis. Prema tom autoru podjela na prave i neprave delikte nečinjenja treba se temeljiti na ra-

²⁹ Roxin, C., *op. cit.* u bilj. 11, str. 635.

zlikovanju “pravog” i “nepravog” nečinjenja u ontološkoj sferi³⁰, odnosno na kriteriju koji vrijedi “neovisno o trenutnoj zakonskoj formi”.³¹ Prema Androulakis, nepravo je nečinjenje – za razliku od pravog – ono koje je ontološki usporedivo s činjenjem. Ta se usporedba ne provodi na razini apstraktnog tipa delikta, nego *in concreto*³²; primjerice, nehranjenje dojenčeta od strane majke ontološki je usporedivo s aktivnom radnjom djetetova gušenja, pa je riječ o nepravom nečinjenju, dok je kod nečišćenja dimnjaka riječ o pravom nečinjenju jer takvo propuštanje nije ontološki usporedivo s aktivnom radnjom začepļivanja dimnjaka.³³

Androulakisov kriterij ne može se prihvatiti iz jednostavnog razloga što pravo i nepravo nečinjenje ne predstavljaju dva različita oblika *radnje* nečinjenja, nego dva oblika *delikata* nečinjenja, tj. dva različita apstraktna tipa bića kaznenog djela. Stoga se o pravom i nepravom *nečinjenju* može govoriti jedino u prenesenom značenju; mnogo je preciznije govoriti o pravim i nepravim *kaznenim djelima nečinjenja*. O tome da na “ontološkoj” razini ne može biti govora o razlikovanju “pravog” i “nepravog” nečinjenja svjedoči i Androulakisov pokušaj “ontološke” usporedbe nečišćenja dimnjaka s njegovim hipotetskim začepļivanjem. Takva usporedba nema nikakva smisla jer se nečišćenje dimnjaka može supsumirati pod određeno biće kaznenog djela jedino ako postoji odgovarajuća garantna dužnost na strani počinitelja. S obzirom na to da problematika garantnih dužnosti posve izlazi iz kruga pitanja na koja može odgovoriti “ontološka” usporedba nečinjenja s činjenjem, Androulakisov kriterij podjele nema “niti regulatornu niti heurističku vrijednost”.³⁴

4.5. Prava kaznena djela nečinjenja kao djela koja se mogu počinuti isključivo nečinjenjem – nepravna kaznena djela nečinjenja kao djela koja se mogu počinuti i činjenjem i nečinjenjem

Prema jednom od najprihvaćenijih modela podjele delikata nečinjenja pravi delikti nečinjenja su oni koji se mogu počinuti isključivo nečinjenjem, dok su nepravni delikti nečinjenja oni koji se, osim nečinjenjem, mogu počinuti i

³⁰ Androulakis, N. K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963., str. 158.

³¹ *Ibid.*, str. 157.

³² *Ibid.*, str. 158.

³³ *Ibid.*, str. 159.

³⁴ Herzberg, R. D., *op. cit.* u bilj. 26, str. 36.

činjenjem. Taj model – u različitim inačicama – zastupa velik broj suvremenih njemačkih dogmatičara (npr. Herzberg³⁵, Roxin³⁶, Schönemann³⁷).

Navedena podjela teorijski se obrazlaže na različite načine. Primjerice, Schönemann i Roxin polaze od toga da kod nepravih delikata nečinjenja postoji jednakost nečinjenja činjenju (*Begehungsgleichheit*), koja doduše nije apsolutna, nego se ostvaruje “u mjeri u kojoj je to moguće”³⁸, odnosno dotle dok to dopušta “različita ontička struktura”³⁹ činjenja i nečinjenja. Sukladno tome, za razliku od nepravih, pravi delikti nečinjenja bili bi oni kod kojih nečinjenje nije izjednačeno s činjenjem, što je slučaj upravo kod kaznenih djela u kojima činjenje uopće nije opisano kao mogući način počinjenja.

S obzirom na to da je jednakost činjenja i nečinjenja kod nepravih delikata nečinjenja vrlo upitna, budući da zakonodavac favorizira nečinjenje u odnosu na činjenje propisujući za nečinjenje mogućnost blažeg kažnjavanja, *Begehungsgleichheit* ne predstavlja osobito uvjerljivu teorijsku legitimaciju ovdje obrađivane podjele delikata nečinjenja. Međutim, to ne znači da je neprihvatljiv i sam kriterij podjele prema kojem se prava kaznena djela nečinjenja mogu počinuti samo nečinjenjem, a nepravna i činjenjem i nečinjenjem jer je do tog kriterija moguće doći i na drugi način.

Upravo to čini Herzberg, koji navedeni kriterij razlikovanja pravih i nepravih delikata nečinjenja zastupa unatoč tome što *Begehungsgleichheit* smatra dogmom (“*Gleichstellungsdogma*”) koja dovodi do očitih antinomija.⁴⁰ Prema Herzbergu, za odabir kriterija razlikovanja pravih i nepravih delikata nečinjenja nepotrebno je tražiti legitimaciju onkraj one koja se pokazuje svrhovitom u kontekstu tipizacije delikata na razini bića kaznenog djela. Obrazlažući tu tezu, on ističe da su pravi i nepravi delikti nečinjenja apstraktni tipovi delikata, a ne konkretni pojavni oblici nečinjenja u stvarnom životu. To se vidi na primjeru nepružanja pomoći plivaču koji se utapa u bazenu: hoće li pojedina osoba koja je bila u mogućnosti pomoći plivaču koji se utapa u bazenu (npr. spasilac, otac utopljenika, kupač koji se zatekao u blizini) odgovarati za pravi

³⁵ *Ibid.*, str. 21 – 22.

³⁶ Roxin, C., *op. cit.* u bilj. 11, str. 633.

³⁷ Vidi Schönemann, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.; *idem*, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, sv. 96, 1984., str. 287.

³⁸ Roxin, C., *op. cit.* u bilj. 11, str. 633.

³⁹ *Loc. cit.*

⁴⁰ Herzberg, R. D., *op. cit.* u bilj. 26, str. 7.

delikt nečinjenja (nepružanje pomoći) ili za nepravi delikt nečinjenja (ubojstvo), ovisi o tome je li ta osoba imala garantnu dužnost, a ne o tome o kakvom je pojavnom obliku nečinjenja riječ (npr. je li osoba nastavila plivati ili je zastala i promatrala utopljenika).⁴¹

Imajući u vidu da *ratio* razlikovanja pravih i nepravih delikata nečinjenja leži u svrhovitoj tipizaciji kaznenih djela nečinjenja, deplasirana je Roxinova kritika prema kojoj Kaufmannov kriterij podjele prikriva “strukturnu” (“materijalnu”) razliku između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja.⁴² Problem s Kaufmannovim kriterijem nije u tome što je “izvanjskog” (formalnog) karaktera, nego u tome što nije svrhovit s obzirom na *de lege lata* uređenje nečinjenja. Analogno tome, prednost ovdje obrađivanog kriterija nije u tome što odražava tobožnju strukturnu razliku između “pravog” i “nepravog” nečinjenja, nego u tome što – kao što to uočava Herzberg – odgovara potrebi za apstraktnom tipizacijom delikata nečinjenja koja proizlazi iz odgovarajuće *de lege lata* norme.

Kako bismo potkrijepili tezu da podjela delikata nečinjenja s obzirom na to mogu li se oni počinuti i činjenjem i nečinjenjem ili samo nečinjenjem odgovara potrebi za tipizacijom delikata koja proizlazi iz *de lege lata* norme, osvrnut ćemo se još jednom na odredbe čl. 20. st. 2. i 3. S jedne strane, navedeni kriterij podjele nedvojbeno odgovara potrebi za razlikovanjem i odgovarajućim imenovanjem onih delikata nečinjenja kod kojih postoji mogućnost ublažavanja kazne i onih kod kojih ta mogućnost ne postoji jer se (sukladno čl. 20. st. 3.) počinitelj koji je kazneno djelo počinio nečinjenjem može blaže kazniti samo ako je riječ o djelu koje se može počinuti i činjenjem i nečinjenjem, tj. o djelu koje bi se u sklopu ovakve podjele nazivalo nepravim deliktom nečinjenja. S druge strane, taj kriterij odgovara i smislu čl. 20. st. 2. jer garantne dužnosti postoje samo onda kada je “propuštanje po djelovanju i značenju jednako počinjenju tog djela nečinjenjem”, a takva jednakost je *per definitionem* moguća jedino ako riječ o deliktima koji se mogu počinuti i činjenjem i nečinjenjem, tj. o deliktima koji se prema navedenom kriteriju podjele svrstavaju u kategoriju nepravih kaznenih djela nečinjenja. Zbog svega navedenog, predmetni kriterij podjele kaznenih djela nečinjenja u potpunosti je prihvatljiv i treba mu dati prednost pred ranije izloženim kriterijima.⁴³

⁴¹ *Ibid.*, str. 20. (napomena: Herzbergov primjer nadopunjen je od strane autora).

⁴² Roxin, C., *op. cit.* u bilj. 11, str. 635.

⁴³ Eventualne dvojbe mogao bi izazvati izričaj koji zakonodavac upotrebljava u čl. 20. st. 2. prema kojem se garantna dužnost ograničava na počinitelja koji “propusti

Tablica 5. Kategorizacija pojedinih kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju prihvaćenom u ovom radu

nepružanje pomoći (čl. 123. st. 1.)	pravo KD nečinjenja
neprovođenje odluke za zaštitu dobrobiti djeteta – kvalificirani oblik (čl. 173. st. 2.)	pravo KD nečinjenja
narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora (čl. 141. st. 1.) počinjeno neudaljavanjem iz doma ili poslovnog prostora	zakonski regulirano nepravo KD nečinjenja
zlouporaba položaja i ovlasti (čl. 291. st. 1.) počinjena neobavljanjem dužnosti	zakonski regulirano nepravo KD nečinjenja
ubojstvo (čl. 110.) počinjeno nečinjenjem	zakonski neregulirano nepravo KD nečinjenja

Tablica 6. Podjela kaznenih djela nečinjenja prema kriteriju prihvaćenom u ovom radu u kontekstu primjene čl. 20. st. 2. i 3.

	garantne dužnosti (čl. 20. st. 2.)	moгуćnost blažeg kažnjavanja (čl. 20. st. 3.)
prava KD nečinjenja	-	-
zakonski regulirana neprava KD nečinjenja	+	+
zakonski neregulirana neprava KD nečinjenja	+	+

5. PRAVA KAZNENA DJELA NEČINJENJA

Nakon analize različitih modela podjele delikata nečinjenja, u prethodnom je poglavlju kao najprihvatljiviji označen kriterij podjele prema kojem su ne-

spriječiti nastupanje zakonom opisane posljedice kaznenog djela”. Takva zakonska konstrukcija – budući da koristi pojam “zakonom opisane posljedice” – na prvi pogled navodi na zaključak da garantne dužnosti postoje jedino kod onih delikata nečinjenja koji predstavljaju pandan materijalnim kaznenim djelima. Takav bi pak zaključak plauzibilnom mogućnošću učinio usvajanje kriterija opisanog u poglavlju 4.2. Međutim, pominja analiza zakonskog izričaja pokazuje da za takav zaključak nema osnove jer razlika između materijalnih i formalnih delikata nije u tome što potonji nemaju posljedice, ili u tome što kod njih posljedica nije zakonom opisana, nego u tome što je kod materijalnih kaznenih djela biće djela u cijelosti ostvareno tek onda kada nastupi posljedica koja je vremenski i prostorno odvojena od same radnje, dok je kod formalnih kaznenih djela posljedica sadržana u samoj radnji počinjenja. Drugim riječima, posljedica je “zakonom opisana” i kod materijalnih i kod formalnih kaznenih djela, samo što kod formalnih delikata ona nije vremenski i prostorno odvojena od radnje počinjenja.

prava ona kaznena djela nečinjenja koja je moguće počinuti i činjenjem, dok su prava ona kaznena djela nečinjenja koja je moguće počinuti isključivo nečinjenjem.

Slijedom toga, pravi delikti nečinjenja su oni koji se uopće ne mogu počinuti činjenjem jer je u biću kaznenog djela jedino nečinjenje predviđeno kao mogući *modus operandi*. Ogladni primjerci takvog tipa delikata jesu nepružanje pomoći (čl. 123. st. 1.), napuštanje nemoćne osobe (čl. 124.), neisplata plaće (čl. 132. st. 1.), povreda dužnosti uzdržavanja (čl. 172.), nepružanje medicinske pomoći u hitnim stanjima (čl. 183.), neprijavlivanje pripremanja kaznenog djela (čl. 301. st. 1.) te neprijavlivanje počinjenog kaznenog djela (čl. 302. st. 1.).

Prava kaznena djela nečinjenja najčešće ne sadrže posljedice kao samostalno obilježje bića kaznenog djela. To je i logično jer se radnje nečinjenja koje dovode do nastupanja posljedica koje su vremenski i prostorno odvojene od radnje obično inkriminiraju usporedo s činjenjem koje dovodi do iste takve posljedice. Kada, primjerice, zakonodavac inkriminira namjerno izazivanje smrti druge osobe, on nema razloga izdvajati ubojstvo nečinjenjem u zasebnu odredbu, nego ga tretira u okviru integralnog kaznenog djela ubojstva (čl. 110.), koje obuhvaća i činjenje i nečinjenje. Prema tome, u tipičnom će slučaju nečinjenje koje dovodi do posljedice koja je vremenski i prostorno odvojena od same radnje nečinjenja biti formulirano kao nepravo kazneno djelo nečinjenja, dok će se pravo kazneno djelo nečinjenja obično pojavljivati u situacijama u kojima je posljedica sadržana u samoj radnji počinjenja. Kod takvog oblika pravih delikata nečinjenja za ostvarenje bića kaznenog djela dovoljno će biti da počinitelj ne poduzme aktivnu radnju koju je dužan poduzeti, neovisno o tome je li njegovo nečinjenje rezultiralo kakvom daljnjom posljedicom. Primjerice, ako vozač automobila odbije povesti u bolnicu teško ozlijeđenu osobu zato da ne bi uprljao automobil, on čini kazneno djelo nepružanja pomoći (čl. 123. st. 1.). Pritom je nebitno bi li prijevoz do bolnice spasio život ranjeniku ili bi on zbog ozbiljnosti ozljeda ionako preminuo; bitno je jedino to da počinitelj nije pružio pomoć koju je dužan pružiti prema čl. 123. st. 1.⁴⁴

Premda su mnogo rjeđa, postoje i prava kaznena djela nečinjenja koja sadrže posljedice kao samostalno obilježje bića kaznenog djela. Takvo je djelo npr. neprovođenje odluke za zaštitu dobrobiti djeteta ako ga počini službena osoba (čl. 173. st. 2.). Svrstavanje navedenog delikta u kategoriju pravih delikata nečinjenja rezultat je prihvaćanja kriterija podjele delikata nečinjenja iz

⁴⁴ Okružni sud u Karlovcu, Kž-286/91; Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 140; Grozdanić, V.; Škorić, M.; Martinović, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 90.

poglavlja 4.5.; odlučimo li se pak za podjelu iz poglavlja 4.2. – koja je također popularna u dobrom dijelu domaće i njemačke kaznenopravne doktrine – tada bi navedeni delikt, s obzirom na to da je parnjak materijalnom deliktu, predstavljao nepravo kazneno djelo nečinjenja. Međutim, to ne bi bilo dobro rješenje jer navedeno kazneno djelo u tipološkom smislu ima puno više toga zajedničkog s nepružanjem pomoći, kao “klasičnim” pravim deliktom nečinjenja, negoli s ubojstvom (čl. 110.) nečinjenjem, kao “klasičnim” nepravim deliktom nečinjenja. Naime, kao ni kod nepružanja pomoći, kod djela iz čl. 173. st. 2. ne dolazi u obzir ublažavanje kazne (čl. 20. st. 3.), dok je kod ubojstva nečinjenjem ta mogućnost otvorena. Jednako tako, za razliku od ubojstva nečinjenjem, kod navedena dva prava kaznena djela ne primjenjuje se odredba čl. 20. st. 2., kojom se propisuju garantne dužnosti. Ta se odredba ne primjenjuje zato što odgovornost za nečinjenje na temelju garantne dužnosti postoji samo ako je propuštanje po djelovanju i značenju jednako činjenju. Budući da je prava kaznena djela nečinjenja moguće počinuti jedino nečinjenjem, logično je da takva djela ne mogu po djelovanju i značenju biti jednaka činjenju jer činjenje kao način počinjenja tu uopće nije moguće. Drugim riječima, garantne dužnosti postavljaju se kao pitanje samo ondje gdje je upitno može li se nečinjenje izjednačiti s činjenjem, pa je doseg tih dužnosti ograničen na delikte koji – prema mjerilima prihvaćenima u ovom radu – pripadaju u red nepravih delikata nečinjenja.

U vezi s konstatacijom da se odredba čl. 20. st. 2. – kojom se propisuju garantne dužnosti – ne primjenjuje kod kaznenog djela iz čl. 173. st. 2., potrebno je iznijeti nekoliko dodatnih pojašnjenja. Spornom se, naime, može učiniti negacija opstojnosti garantnih dužnosti u situaciji kada je riječ o djelu koje sadrži posljedicu kao samostalno obilježje kaznenog djela. Prema autorima koji zagovaraju podjelu opisanu u poglavlju 4. 2., garantne dužnosti postoje kod svih kaznenih djela nečinjenja koja sadrže posljedicu kao samostalno obilježje kaznenog djela, pa tako i kod onih koja se mogu počinuti isključivo nečinjenjem. Tako npr. Novoselec tvrdi da se “kod pravih krivičnih djela nečinjenjem odgovara [...] samo za *nepoduzimanje radnje koju traži zakon* pri čemu je neodlučno je li time otklonjena posljedica, dok se kod nepravih krivičnih djela nečinjenjem odgovara za *kršenje obveze da se otkloni posljedica*, a time onda i za samu nastupjelu posljedicu. Stoga [...] neprava [kaznena djela nečinjenja može počinuti] samo garant, tj. osoba koja je bila u obvezi na činjenje”.⁴⁵ Po toj

⁴⁵ Novoselec, P., *Razgraničenje između pravih i nepravih krivičnih djela nečinjenjem (sudska praksa)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, 1994., str. 343 – 346. Zadnja rečenica citata u izvornoj verziji glasi: “Stoga prava krivična djela nečinje-

bi logici, dakle, i kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. bilo garantnog karaktera (tj. predstavljalo bi nepravu kazneno djelo nečinjenja).

Da bi se otklonile dvojbe o tome na koja se sve djela odnosi čl. 20. st. 2., potrebno je dokučiti koji je uopće smisao pojma garantne dužnosti. Taj je pojam razvijen u okviru njemačke doktrine o nečinjenju i označava – prema često citiranoj formulaciji korištenoj u Nacrtu Kaznenog zakonika Savezne Republike Njemačke iz 1962. – “odnos dužnosti, koji garanta izdvaja iz mase ostalih građana (*Rechtsgenossen*) i upravo njemu povjerava zaštitu određenog pravnog dobra”.⁴⁶ Upravo je izdvojenost garanta iz kruga apstraktnih pravnih adresata ključna sastavnica garantne dužnosti; tamo gdje nje nema, nema ni garantne dužnosti.

Slijedom navedenog, postavlja se pitanje za koja je kaznena djela nečinjenja karakteristična izdvojenost garanta u odnosu na ostale građane koji nemaju položaj garanta, pa ne odgovaraju za odnosno nečinjenje. Kod kaznenih djela nečinjenja koja je moguće počinuti jedino nečinjenjem (tj. kod pravih kaznenih djela nečinjenja) nikakve izdvojenosti nema jer zakon kod takvih djela izričito opisuje radnju nečinjenja i određuje krug adresata koji imaju dužnost činjenja (svatko, službena osoba i dr.). Pozivati se u tim slučajevima na odredbu čl. 20. st. 2. ili na učenje o garantnim dužnostima ne bi imalo nikakve svrhe čak ni ako bismo apstrahirali okolnost da je u toj odredbi pojam garantne dužnosti *ex lege* sužen samo na situacije kada postoji jednakost činjenja i nečinjenja. Prema tome, o garantnim dužnostima ima smisla govoriti jedino onda kada je riječ o djelima koja je moguće počinuti i činjenjem i nečinjenjem, tj. o nepravim kaznenim djelima nečinjenja.

6. PROBLEMATIKA GARANTNIH DUŽNOSTI KOD ZAKONSKI REGULIRANIH I ZAKONSKI NEREGULIRANIH NEPRAVIH KAZNENIH DJELA NEČINJENJA

Sukladno kriteriju koji je prihvaćen u ovom radu, nepravu kaznena djela nečinjenja su ona kaznena djela nečinjenja koja je moguće počinuti i činjenjem

njem može počinuti svatko, a nepravu samo garant, tj. osoba koja je bila u obvezi na činjenje”. Budući da je Novoselec u međuvremenu promijenio stajalište u pogledu mogućnosti postojanja garantnih dužnosti kod pravih kaznenih djela nečinjenja (vidi Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 140), pri citiranju je izostavljen prvi dio navedene rečenice.

⁴⁶ *Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962*, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>, str. 124 (21. veljače 2014.).

i nečinjenjem. Ta djela uobičajeno se dijele u dvije podskupine: zakonski regulirana te zakonski neregulirana nepravna kaznena djela nečinjenja. Razlika između njih jest u tome što je kod zakonski reguliranih delikata nečinjenja nečinjenje usporedo s činjenjem izričito navedeno u zakonskom opisu kao mogući način počinjenja djela (npr. zlouporaba položaja i ovlasti – čl. 291. st. 1.), dok kod zakonski nereguliranih delikata nepravih nečinjenja zakonski opis ne sadrži nečinjenje, nego jedino činjenje (npr. ubojstvo – čl. 110.).⁴⁷

Garantne dužnosti pokazuju se problematičnima ponajprije kod zakonski nereguliranih delikata jer se kod takvih djela zakonodavac ograničava na opisivanje aktivne radnje, ne pružajući detaljnije smjernice o tome kada je nečinjenje – koje također predstavlja mogući način počinjenja djela, premda se ne navodi izrijekom u zakonskom opisu – po djelovanju i značenju jednako činjenju. Primjerice, kod ubojstva se navodi samo aktivna radnja (“tko ubije drugoga”), pa je za kažnjavanje ubojstva počinjenog nečinjenjem potrebno postojanje odgovarajuće garantne dužnosti izvedene tumačenjem iz čl. 20. st. 2.

Za razliku od zakonski nereguliranih, kod zakonski reguliranih nepravih kaznenih djela nečinjenja zakon ne opisuje samo radnju činjenja, nego i radnju nečinjenja. Time zakon daje smjernice o tome kada je nečinjenje po djelovanju i značenju jednako činjenju, pa je najčešće nepotrebno posegnuti za učenjem o garantnim dužnostima razvijenim u okviru općeg dijela kaznenog prava, odnosno za odredbom čl. 20. st. 2. Međutim, ako se u konkretnom slučaju ipak pojavi potreba za dodatnim tumačenjem neke radnje nečinjenja (npr. radnje neobavljanja dužnosti kod kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 291. st. 1.), moguće je osloniti se na opće učenje o garantnim dužnostima kako bi se utvrdilo je li ta radnja po djelovanju i značenju jednaka činjenju.

7. ZAKLJUČAK

Podjela kaznenih djela nečinjenja na prava i nepravna uvriježena je u kaznepravnoj doktrini. Međutim, zagrebemo li ispod površine, vidjet ćemo da

⁴⁷ Vidi npr. Grozdanić, V.; Škorić, M.; Martinović, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 91 – 92. Novoselec i Bojanić nude sličnu definiciju, uz tu razliku što obje podskupine ograničavaju samo na djela koja sadrže posljedicu kao samostalno obilježje bića kaznenog djela. Po toj bi logici kazneno djelo narušavanja nepovredivosti doma i poslovnog prostora (čl. 141. st. 1.) počinjeno neudaljavanjem iz tuđeg doma na zahtjev ovlaštene osobe predstavljalo pravo kazneno djelo nečinjenja (vidi Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 16, str. 140). Prema ovdje zagovaranom podjeli to djelo predstavlja zakonski regulirani nepravni delikt nečinjenja, što je i logičnije jer je – imajući u vidu odredbe čl. 20. st. 2. i 3. – to djelo tipološki bliže kaznenom djelu ubojstva negoli kaznenom djelu nepružanja pomoći.

u hrvatskoj, pa čak ni u njemačkoj doktrini ne postoji suglasnost zašto je ta podjela uopće potrebna. S obzirom na to da ne postoji usuglašena, jedinstvena nit vodilja same podjele, ne čudi što postoje različite zamisli o tome kako tu podjelu provesti u praksi. Imajući to u vidu, prije odabira najpovoljnije koncepcije potrebno je raspraviti o samoj svrsi podjele delikata nečinjenja.

Polazna misao ovog rada, koju nije naodmet ponoviti u zaključku, jest da ne postoje pravo i nepravo *nečinjenje*, već jedino prava i nepravna *kaznena djela* nečinjenja. Drugim riječima, apstrahiramo li specifičan vrijednosni kontekst konkretnog kaznenog djela počinjenog nečinjenjem, diferencijacija pravih i nepravih delikata nečinjenja nema nikakvog smisla. To se najbolje vidi na primjeru odgovornosti za nečinjenje počinitelja koji ne pruži pomoć utopljeniku: hoće li takva osoba odgovarati za ubojstvo nečinjenjem (koje prema svim kriterijima podjele predstavlja nepravi delikt nečinjenja) ili samo za nepružanje pomoći (koje prema svim kriterijima podjele predstavlja pravi delikt nečinjenja), ne ovisi o tome o kakvom je "ontološkom" ili mehaničkom obliku nečinjenja riječ, nego o tome ima li počinitelj garantnu dužnost – koja je uvjet da bi se nečinjenje moglo smatrati jednakim činjenju – ili je nema. Prema tome, podjela na prava i nepravna kaznena djela nečinjenja ima svoj pravi *ratio* tek na razini bića kaznenog djela, tj. u domeni tipizacije delikata, a ne u pretpravnoj, vrijednosno neutralnoj domeni.

Promotrimo li iz tog rakursa različite kriterije diferencijacije pravih i nepravih delikata nečinjenja koji su predlagani u kaznenopravnoj teoriji, jasno je da prednost treba imati onaj kriterij koji najbolje korespondira s potrebom za učinkovitom tipizacijom kaznenih djela, a ne oni koji koketiraju s nepostojećim supstancijalnim razlikama između pravog i nepravog nečinjenja. Pritom treba imati u vidu da sam zakonodavac, kada propisuje uvjete za izjednačavanje činjenja i nečinjenja (čl. 20. st. 2.) i za nečinjenje propisuje mogućnost blažeg kažnjavanja (čl. 20. st. 3.), uvodi potrebu za razlikovanjem dviju kategorija delikata nečinjenja. U prvu kategoriju ulaze kaznena djela kod kojih je nečinjenje samo jedan mogući *modus operandi*, koji koegzistira s činjenjem kao mnogo češćim načinom počinjenja. Primjer takvog kaznenog djela je ubojstvo: njega je moguće počinuti i činjenjem i nečinjenjem, s time da odgovornost za nečinjenje postoji jedino kada na strani počinitelja postoji garantna dužnost, odnosno kada je nečinjenje po djelovanju i značenju jednako činjenju. Za takvo je ubojstvo moguće i ublažavanje kazne, čime zakonodavac upućuje na to da je ubojstvo nečinjenjem često po svojoj kriminalnoj količini blaže od ubojstva činjenjem. U drugu pak kategoriju ulaze delikti koje je moguće počinuti

isključivo nečinjenjem. Na takve se delikte ne odnosi klauzula jednake vrijednosti iz čl. 20. st. 2. jer je izjednačavanje nečinjenja s činjenjem nemoguće već stoga što činjenje nije ni moguće kao način počinjenja. S druge strane, nije moguće ni ublažavanje kazne (čl. 20. st. 3.) jer zakonodavac propisuje kazneni okvir upravo za nečinjenje, a ne i za činjenje i za nečinjenje.

Budući da sam zakonodavac nameće potrebu za razlikovanjem navedenih dviju kategorija kaznenih djela nečinjenja, dok nekih drugih dubljih, supstancijalnih razloga za razlikovanje dvaju oblika nečinjenja nema, logično je prihvatiti kriterij prema kojem su *nepravi* delikti nečinjenja oni koji se mogu počinuti *i činjenjem i nečinjenjem*, a *pravi* delikti nečinjenja oni koji se mogu počinuti *samo nečinjenjem*. Taj je kriterij teorijski razrađen u njemačkoj i austrijskoj doktrini, praktično je koristan i lako primjenjiv. Ionako već zamršenoj kaznenopravnoj sistematici on donosi pojednostavljenje, a ne dodatne teškoće.

Summary

Igor Martinović *

ON THE CRITERION FOR DISTINGUISHING GENUINE AND
NON-GENUINE ACTS OF OMISSION

With a view to setting up a theoretical basis for a discussion on crimes of omission, the author examines the distinguishing features of omission as a form of action. He then proceeds to show the most commonly used criteria for differentiating between “genuine” and “non-genuine” crimes of omission. On the basis of this analysis, the criterion that best suits the general purpose of offence categorization is selected. Furthermore, the meaning of guarantee duties is discussed as well as possibilities of mitigating punishment.

Keywords: omission, genuine crimes of omission, non-genuine acts of omission, guarantee duties

* Igor Martinović, Ph. D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka

