

UZROČNOST KOD KAZNENIH DJELA NEČINJENJA

Izv. prof. dr. sc. Ivan Vukušić*

UDK: 343.222.01

343.23:122

DOI: 10.3935/zpfz.74.2.04

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: veljača 2024.

U radu se uvodno analiziraju karakteristike činjenja i nečinjenja i njihove specifičnosti. Posebno se analiziraju razlozi iznimne kažnjivosti nečinjenja kroz kontinentalno i anglosasko pravo te način rješavanja situacije kada je nečinjenje praćeno činjenjem, odnosno kada postoji stjecaj nečinjenja i činjenja. Zatim se polazi od problematike uzročnosti kod nečinjenja preispitujući mogućnost postojanja prirodne uzročnosti suprotno načelu ex nihilo nihil fit. Razmatrajući različite teorije koje prihvaćaju prirodnu uzročnost, dolazi se do zaključka da je značaj teorije smanjenja rizika i zakonskog utvrđivanja uzročnosti, ako prihvatimo postojanje prirodne uzročnosti kod nečinjenja, između nečinjenja i posljedice relativan, jer njihova svrha jest da se oni međusobno nadopunjuju. Na kraju se analizira danas vladajuće stajalište o uzročnosti kod nečinjenja u kontinentalnom i anglosaskom pravu. Cilj rada je prikazati dosege znanosti po pitanju uzročnosti nečinjenja.

Ključne riječi: uzročnost, nečinjenje, kontinentalno pravo, anglosasko pravo

1. UVOD

Kod pojma autonomije pojedinca analizira se status građana koji bi sami trebali moći odlučiti koju radnju će poduzeti, a od koje radnje će se suzdržati. Zabrana nečinjenja i kažnjavanje nečinjenja podrazumijeva da građani u svakom trenutku moraju stati sa svojom aktivnošću kako bi spriječili nastupanje

* Dr. sc. Ivan Vukušić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, 21000 Split, ivan.vukusic@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7738-969X

posljedice kod drugog pojedinca.¹ Kada pravni sustav razmatra autonomiju pojedinca, smatra se da se građane ne može obvezati da napuste svoje svakodnevne aktivnosti i angažiraju se u spašavanju drugih pravnih dobara.² Zabranom nečinjenja naređuje se građanima da se aktiviraju u jednoj sferi života, pa im se ne dozvoljava razvijanje u drugim sferama osobnog života, dok se zabranom činjenja zabranjuje jedna radnja propisana u Kaznenom zakonu određene države, ali se uz to dopušta mnoštvo drugih korisnih radnji za društvo. Zabranom nečinjenja, odnosno imperativnim normama se pojedincu naređuje što treba učiniti. Ako se pojedincu često naređuje što treba činiti, tada njegove osobne slobode dolaze u pitanje. Postoji li u zakonu opća dužnost na činjenje, u svakom slučaju kada pojedinac postane svjestan neke nepravde ili zla, tada bi pojedinac trebao aktivirati svoju volju i mišiće i spriječiti navedeno zlo u društvu. S obzirom na to da osoba ne može biti na dva mjesta istodobno, i s obzirom na to da osoba ne može poduzeti neograničeni broj radnji u jednom trenutku, iako je svjesna da postoji potreba za takvim radnjama svugdje u zajednici, državi ili svijetu, tako se od svakog građanina ne može zahtijevati da napusti svoju uobičajenu svakodnevnicu jer se tada uobičajeni društveni život ne bi mogao odvijati. Drukčija je situacija ako je riječ o dužnosti na činjenje samo u iznimnim situacijama.³

U anglosaskoj literaturi, Duff smatra da identitet i karakter radnji logički ne zahtijeva pokret. Kazneno pravo ima zadatak kazniti štetno ponašanje. On analizira teoriju kaznene odgovornosti koju naziva *action presumption*. Radnju analizira kao društveni fenomen angažiran u društvenom svijetu u kojem živimo.⁴ Težište ne bi trebalo biti na volji pojedinca nego na sposobnosti pojedinca da se angažira na praktičan način tako da takvo sudjelovanje predstavlja značenje u svijetu u kojem živimo. Ako osoba postupa a da za to ne postoji pravom opravdani razlog, tada za takvu radnju treba odgovarati pred sudom. On razlikuje prvu situaciju gdje je namjera da se počini kazneno djelo uspješno realizirana i situaciju kada namjera nije uspješno realizirana.⁵ Tada ovim drugim konceptom možemo obuhvatiti pokušaj, kao i nehaj. *Action presumption* uopće ne analizira tjelesni pokret. Tek ako je posljedica eventualno i naknadno prozrokovana, tada postoji mogućnost da se osobi utvrdi kaznena odgovornost.

¹ Rosenberg, R. M., *Two models of "absence of movement in criminal jurisprudence"*, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 12, 2014., str. 195 – 211.

² Simester, A.; Sullivan, R., *Theory and Doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2000., str. 61 – 70.

³ Rosenberg, *op. cit.* u bilj. 1, str. 195 – 211.

⁴ Duff, A., *Answering for Crime*, University Press, Oxford, 2007., str. 100.

⁵ Dunbar, J. R., *Criminal liability for omissions in Scots law*, University of Glasgow, Glasgow, 2012., str. 33.

Prema ovoj teoriji uopće ne postoji interes za radnju. Duff smatra da treba analizirati dopušta li se da se nešto dogodi (*letting happen*) ili se ne čini (*not doing*). Stoga komisivno omisivni delikti nisu potrebni jer se nečinjenje može izvesti samo iz *not doing*.⁶ I Duff smatra da ne postoji univerzalna obveza na sprječavanje posljedica kao što postoji odgovornost da se ne prouzrokuju posljedice. U konačnici Duff zaključuje da postoji moralna razlika između činjenja i nečinjenja koja podrazumijeva činjenicu da činjenje kao aktivna radnja ipak treba igrati skromnu ulogu pri utvrđivanju kaznene odgovornosti, ali na koncu ipak zaključuje da nema potrebe za razlikovanjem činjenja i nečinjenja.⁷ Prema njegovu bi tumačenju postojala razlika između pravih kaznenih djela nečinjenja i nepravih kaznenih djela nečinjenja, ali bi postojala i kategorija između njih, a to je situacija ako netko ne spriječi bilo koje nepravo (*harm*) koje je netko drugi prouzročio.⁸ Sve ove podjele proizlaze iz situacije da kod nečinjenja često postoji i činjenje pa je onda upitno kažnjava li se za činjenje ili za nečinjenje, odnosno ponekad je moguće činjenje opisati kao nečinjenje i obratno. Pitanje kod razgraničenja činjenja od nečinjenja jest treba li gledati riskantno činjenje ili nečinjenje koje je opisano u pravnim propisima da ne bismo ušli u sferu iracionalnog osjećaja prigodom određivanja je li riječ o činjenju ili o nečinjenju, jer ljudska priroda, u pravilu, ne vrednuje jednako činjenje i nečinjenje.⁹

Tako se za razgraničenje činjenja od nečinjenja u kontinentalnom pravnom sustavu u literaturi analizira pokretanje energije, prirodna ili hipotetička uzročnost ili oba kriterija, o čemu će više riječi biti u nastavku.

Činjenje postoji ako osoba aktivno osujeti, onemogućiti učinkovitu mogućnost spašavanja, pri čemu se tako primjerice zadire u tuđu radnju spašavanja prisilom ili dovođenjem u zabludu. Prekid napora spašavanja pravnog dobra predstavlja nečinjenje ako se osoba približila objektu radnje te se osobi tada otvorila mogućnost poduzimanja radnje spašavanja.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Duff, *op. cit.* u bilj. 4, str. 108.

⁹ Ambos, K., *Omissions*, u: Ambos, K. (ur.), *Core concepts in criminal law and criminal justice*, University of Cambridge, Cambridge, 2020., str. 19. U hrvatskoj literaturi se detaljno analiziraju pravne posljedice činjenja i nečinjenja, te različite teorije o radnji. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravos, Osijek, 2016., str. 102 – 108. Također se u hrvatskoj literaturi ispravno navodi da se nečinjenje opisuje kao pasivno ponašanje te se kao takvo pod određenim normativnim uvjetima izjednačava s činjenjem gdje je naglasak na pravnoj uzročnosti kod nečinjenja. Ipak naglasak kod radnje treba biti na voljnom ponašanju kao unutarnjoj strani radnje. Horvatić, Ž.; Derenčinović, D.; Cvitanović, L., *Kazneno pravo, Opći dio 2*, Pravni fakultet, Zagreb, 2017., str. 7.

Liječnik koji ne pruži masažu srca pacijentu ili mu ne pruži oživljavanje usta na usta, propustio je radnju spašavanja pacijenta te će se tada raditi o nečinjenju. Ako se radi o pacijentu u životnoj opasnosti koji je na aparatima za oživljavanje, tada je potrebno promatrati socijalni smisao radnje i potvrditi nečinjenje ako ne postoji pokušaj spašavanja i oživljavanja pacijenta.¹⁰ Ako bi netko treći isključio aparate koji pacijenta održavaju na životu, tada bi se trebalo raditi o kaznenom djelu činjenja i namjernom ubojstvu, jer radnja trećega odgovara činjenju i ne implicira nikakvo nečinjenje s aspekta socijalnog značenja radnje.

Nečinjenje ne podrazumijeva bilo koje pasivno nedjelovanje, nego nepoduzimanje određene djelatnosti propisane pravom.¹¹ Što adresat mora poduzeti ovisi o pravnoj normi i okolnostima konkretnog slučaja, a ono što je objektivno nemoguće učiniti ne može se propustiti. Ako se osoba ne zna poslužiti raspoloživim sredstvima da bi pružila pomoć drugomu, tada nije riječ o namjernom ostvarivanju obilježja bića kaznenog djela, nego o kaznenoj neodgovornosti prema pravilu *ultra posse nemo tenetur*.

Cilj je rada prikazati dosege pravne znanosti po pitanju uzročnosti nečinjenja. Iako bi za potpuniju analizu bilo bolje proučiti i primjenu dosega uzročnosti u sudskoj praksi Republike Hrvatske, s obzirom na opseg rada, ovom se prigodom ograničavamo isključivo na pravnu znanost.

2. KARAKTERISTIKE ČINJENJA I NEČINJENJA

Moguće su situacije kada određeno ljudsko ponašanje istodobno sadržava značajke i činjenja i nečinjenja, što je osobito čest slučaj kod nehajnih delikata, odnosno nehajnih kaznenih djela kod kojih je aktivna radnja praćena i određenim propuštanjem. Činjenica je da se pitanje činjenja i/ili nečinjenja može javiti i kod namjernih delikata, odnosno kaznenih djela koja se mogu počinuti jedino s namjerom.¹² To je situacija ako postoji činjenje i nečinjenje koje se u pravilu realizira kroz neosiguravanje mjera nakon činjenja (kao što je slučaj na gradilištu pa prolaznik nastrada zbog nepoduzetih mjera osiguranja gradilišta). U slučaju da se može dokazati i činjenje i nečinjenje, Roxin smatra da je potrebno primijeniti načela o stjecaju ako se radi o sukcesiji činjenja i nečinjenja.¹³ Kada imamo najprije činjenje, a zatim nečinjenje, u anglosaskoj literaturi analizira se

¹⁰ Wessels, J.; Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Heidelberg, 2000., str. 235.

¹¹ *Ibid.*, str. 236.

¹² Radman, B., *Načini počinjenja kaznenog djela s posebnim osvrtom na nečinjenje*, Hrvatska pravna revija, vol. 12, br. 5, 2012., str. 66.

¹³ Roxin, C., *Allgemeiner Teil Band II.*, C.H. Beck, München, 2003., str. 659; Novoselec, *op. cit.* u bilj. 9, str. 123.

continous act da bi se zadržao temelj osude, gdje je naglasak na *mens rea*. Tako je u slučaju *R. v. Miller* iz 1983., *House of Lords* zaključio da odgovornost postoji ako postoji obveza na poduzimanje radnje, u konkretnom slučaju, ako je osoba sama prethodno poduzela opasnu radnju. Ipak, neki autori su smatrali da se u tom slučaju navedena situacija može bolje objasniti počiniteljevom odgovornosti u građanskom pravu¹⁴, što nije ispravno, jer se gubi razlika između kaznene i građanske odgovornosti.

Neki autori analiziraju usmjeravanje i neusmjeravanje energije kada je riječ o nečinjenju pa analiziraju i uzročnu vezu¹⁵, ali u kontinentalnom pravu treba imati na umu da uzročna veza nije dio radnje, nego bića kaznenog djela. Stoga se u kontinentalnoj pravnoj znanosti razlikuje činjenje koje prouzrokuje posljedicu i nečinjenje koje "prouzrokuje" posljedicu te je potrebno dokazati uzročnu vezu uz ostale elemente kaznenog djela.

I *Model Penal Code* zahtijeva da kod nečinjenja postoji dužnost na činjenje prema pravu pa definicija činjenja i nečinjenja podliježe testu tjelesnog pokreta.¹⁶ Već smo vidjeli da neki autori smatraju da treba negirati razliku između činjenja i nečinjenja u kaznenom pravu, pa onda ni sudska praksa u anglosaskom pravu nije jedinstvena kad je u pitanju definicija činjenja ili nečinjenja.

Činjenica je da zakonodavac ima izbor hoće li propisati neko ponašanje kao činjenje ili kao nečinjenje. Primjerice, dopušteno je iznijeti otpad na ulicu od 22 do 7 h, ili zabranjeno je iznositi otpad na ulicu od 7 do 22 h. Iz ovoga proizlazi da je razlika činjenja i nečinjenja formalne naravi, a ne materijalne. Slijedom navedenoga možemo tvrditi da je razlika između pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja čisto pozitivnopravna, ovisno o tome na koji je način zakonodavac definirao zakonski opis pojedinog kaznenog djela.¹⁷ Ipak, nedvojbeno je da činjenje mora podrazumijevati fizički pokret koji prate izvanjske okolnosti, s nekim posljedicama koje su pravno relevantne.¹⁸ Nečinjenje i odgovornost za nečinjenje podrazumijeva u pravilu kontinuirano nedjelovanje kojemu se pridaje pravna važnost zbog odsutnosti određenog obrasca ponašanja.

¹⁴ Coutts, J., *Harassment by omission*, *Journal of Criminal Law*, vol. 52, br. 3, 1988., str. 278.

¹⁵ Duttwiler, M., *Liability for Omission in International Criminal Law*, *International Criminal Law Review*, vol. 6, br. 1, 2006., str. 4.

¹⁶ Rosenberg, *op. cit.* u bilj. 1, str. 195 – 211.

¹⁷ Kaufman, A., *Die Dogmatik der unechten Unterlassungdelikte*, Schwartz Verlag, Göttingen, 1959., str. 274 – 276. O kritici i kriteriju izričite opisanosti u zakonu kao podjeli na prava i neprava kaznena djela nečinjenja vidi više u Martinović, I., *O kriteriju razlikovanja pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 65, br. 1, 2015., str. 123 – 124.

¹⁸ Hughes, G., *Criminal Omissions*, *The Yale Law Journal*, vol. 67, br. 4, 1958., str. 597.

Mnoga načela koja se odnose na kaznena djela činjenja ne mogu se automatski primijeniti i na kaznena djela nečinjenja.¹⁹ Primjerice, namjera kod nečinjenja nije ista kao i namjera kod činjenja. Kod činjenja postoji aktivno utjecanje na uzročni lanac, a ista situacija je i kod pokušaja. Različiti oblici odluke kod činjenja i nečinjenja imaju učinke na način utvrđivanja namjere i oblike namjere, ali ne na radnju kao takvu. Drugi razlog zašto kaznena djela nečinjenja treba analizirati drukčije nalazi se u činjenici da kaznena djela činjenja može počinuti bilo tko (osim *delicta propria*), dok kaznena djela nečinjenja, u pravilu, može počinuti samo onaj tko je pravno obvezan spriječiti nastupanje posljedice i kada je kazneno djelo nečinjenja izjednačeno počinjenju kaznenog djela činjenja. To je tipično za nepravna kaznena djela nečinjenja.²⁰ U presudama Saveznog vrhovnog suda SR Njemačke naglasak je na formalizmu i pozitivnopravnom kriteriju kod utvrđivanja nečinjenja²¹, odnosno naglasak je na ponašanju počinitelja, a njega treba vrednovati prema procjeni raspravnog suca.

Jedan dio teoretičara pak smatra da razgraničenje između činjenja i nečinjenja treba provesti prema ambivalentnom slučaju načina postojanja ili nepostojanja uzročnosti činjenjem.²² Ako je riječ o aktivnom usmjeravanju energije prema posljedici, treba utvrditi da se radi o kaznenom djelu činjenja, ako nije, onda se radi o nečinjenju. Stoga treba najprije isključiti uzročnost činjenjem, pa ako se isključi, a vidljivo je da je posljedica nastupila, to znači da se radi o kaznenom djelu nečinjenjem.

Prema Roxinu, ispravno je drugo mišljenje pri analizi radi li se o činjenju ili nečinjenju kada postoji aktivno usmjeravanje energije prema posljedici i kao takvo je uzročno ili je prema namjeri počinitelja posljedica trebala nastupiti. Važno je da osoba svojim ponašanjem započne, održava ili intenzivira tijekom događaja, činjenično ili prema svojoj predodžbi, tako da u konkretnoj situaciji treba dovesti do oštećenja određenog objekta radnje opisanog u biću kaznenog djela.²³ Praktičan je primjer vađenje braunile s infuzijom kao radnja medicinske sestre prema nalogu liječnika, jer se radilo o terminalnom bolesniku koji bi svakako preminuo.²⁴ Pitanje je radi li se u ovom slučaju o činjenju ili nečinjenju jer nakon isključenja aparata nije poduzeta radnja spašavanja. Tako normativni pristup nastoji analizirati društveno značenje ponašanja o kojem je riječ. Nor-

¹⁹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 627.

²⁰ *Ibid.*, str. 628.

²¹ BGH MDR (H) 1982, 624.

²² Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 653.

²³ *Ibid.*, str. 654.

²⁴ Palmer, P., *Attempt by Act or Omission: Causation and the Problem of the Hypothetical Nurse*, Journal od Criminal Law, vol. 63, br. 2, 1999., str. 158.

mativno se gleda koliki je “ulog” i kolika je ozbiljnost neprava kao posljedica nečinjenja.²⁵ Tada bi se u navedenom slučaju radilo o nečinjenju jer se dopušta da se događaji nakon isključenja aparata razvijaju svojim tijekom.²⁶ Naturalistički pogled bi zaključio da isključivanjem aparata ili vađenjem braunile medicinska sestra troši svoju energiju te se aktivno uključuje u tijek događaja koji dovodi do ranije smrti pacijenta.²⁷ Na kraju možemo zaključiti kako nečinjenje može biti jednako činjenju ako obuhvaća svjesnu odluku i određenu karakteristiku radnje koja se razmatra kroz klauzulu jednake vrijednosti, odnosno kroz normativni kriterij. Nečinjenje može biti “uzrok” jednako kao što to može biti i činjenje.²⁸

Vladajuće mišljenje u SR Njemačkoj, kako smo naveli, polazi od formalizma, odnosno toga da se činjenje i nečinjenje analizira kroz aspekt kaznenopravne prijekornosti (*Schwerpunkts der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit*).²⁹ Prihvaćanjem kaznenopravne prijekornosti ulazi se u pravnu nesigurnost.³⁰ Naime, ovakvo polazište korisno je jedino kada priznamo postojanje nečinjenja kako bi se izbjegao neželjeni ishod. Ipak, ispravno je zaključiti da nastupanje posljedice ne može biti argument za razlikovanje činjenja ili nečinjenja.

Razgraničenje činjenja i nečinjenja potrebno je analizirati i kroz kriminalnopolitičke razloge. Ako ne postoji garantna dužnost, postojat će odgovornost za pravo kazneno djelo nečinjenjem. Ako se ponašanje počinitelja kvalificira kao činjenje, tada dolazi u obzir još teža kazna jer je za činjenje, u pravilu, predviđen teži kazneni okvir nego je to slučaj s nečinjenjem. I kod nehajnih kaznenih djela naglasak je na nepoduzimanju potrebne dužne pažnje, kao u primjeru osobe koja ne dezinficira životinjske dlake koje se koriste za proizvodnju kistova te ih takve dostavi tvornici, pa zaposlenica u tvornici premine zbog infekcije.³¹

Neki autori u anglosaskoj literaturi napominju da u slučaju medicinske sestre koja isključi aparate terminalnom bolesniku ne bi trebala postojati odgovornost za pokušaj ubojstva, ako smrt nije nastupila, jer *Criminal Attempts Act* iz 1981. propisuje kažnjivost samo za *acts* a ne i *omission*. Naime, čak je iz Nacrta istog zakona, a prije njegova zakonodavnog usvajanja, bilo navedeno da se po-

²⁵ Ambos, *op. cit.* u bilj. 9, str. 20.

²⁶ Duttwiler, *op. cit.* u bilj. 15, str. 7.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Palmer, *op. cit.* u bilj. 24, str. 159.

²⁹ BGHSt 6,46,59, BGH NJW 1995,204,205, NStZ 1999, 607.

³⁰ Schmidt, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rolf Schmidt GmbH, Bremen, 2008., str. 286.

³¹ *Ibid.*, str. 287.

kušaj može počinuti i nečinjenjem, ali je nečinjenje brisano i ostavljen je samo izraz *acts*³². Isto tako, u slučaju *R.v. Zafar* postavilo se pitanje odgovornosti najmodavca koji nije obnovio objekt te je tako onemogućio useljenje najmoprimca u stan. Zakon je regulirajući takve situacije koristio izraz za kažnjavanje najmodavca „tko učini radnju zadržavanja razumnih radnji za useljenje“, a obzirom da su u konkretnom slučaju građevinski radovi objekta u koji se trebalo useliti bili u mirovanju, to znači da nije ostvarena radnja činjenja (*doing acts*) kako zakon propisuje, nego je ostvarena radnja nečinjenja. Zakon je u tom slučaju koristio izraz tko učini radnju zadržavanja razumnih radnji za useljenje, a s obzirom na to da su građevinski radovi bili u mirovanju, to znači da nije ostvarena radnja *doing acts*. Ipak, ovo je pitanje koje se treba analizirati u okviru *lex certa*. S obzirom na to da je nečinjenje negacija činjenja, onda takva odsutnost energije u tijelu ne može prouzrokovati fizičke pokrete.³³ Slijedom navedenoga u kontinentalnom pravu Roxin razmatra prijedlog da se pojam činjenja i nečinjenja zamijeni pojmom stvaranja rizika koji vodi do posljedice, odnosno, razlikovao bi situaciju koja stvara rizik (činjenje) i situaciju koja omogućava postojećem riziku da se aktualizira i ostvari (nečinjenje).³⁴ Međutim, ovakvo se stajalište temelji na osjećaju i nije u skladu s načelom zakonitosti. Kod nepravih kaznenih djela nečinjenjem važno je da se nečinjenje sastoji u izjednačavanju nečinjenja s činjenjem i načinu opisa radnje počinjenja u Posebnom dijelu Kaznenog zakona. Valja naglasiti da je u svrhu ostvarivanja pravne sigurnosti potrebno prihvatiti normativni kriterij izjednačavanja nečinjenja s činjenjem koji može biti prema klauzuli jednake vrijednosti propisane u pravilu u Općem dijelu Kaznenog zakona, a isto tako činjenje i nečinjenje se može izjednačiti prema odredbi u Posebnom dijelu Kaznenog zakona ako zakon rabi generalnu klauzulu, kada se opisuje više načina počinjenja.

3. UZROČNOST

Normalno je da se kod pravne odgovornosti za nečinjenje zahtijeva uzročna veza između nečinjenja i nastupanja posljedice. Potrebno je da posljedica ili ugrožavanje budu u potpunosti pripisani nečinjenju da bi se utvrdilo postojanje uzročne veze.³⁵ Pokazalo se da prirodni zakoni ne određuju sa sigurnošću buduće stanje određenog sustava, već određuju tek vjerojatnost njegova budućeg

³² Palmer, *op. cit.* u bilj. 24, str. 161.

³³ Duttwiler, *op. cit.* u bilj. 15, str. 4.

³⁴ Rosenberg, *op. cit.* u bilj. 1, str. 195 – 211.

³⁵ Mead, G., *Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 11, br. 2, 1991., str. 149.

stanja.³⁶ Trebamo imati na umu da uzrok djeluje na uzročni niz, odnosno tijekom događaja koji je uobičajen i normalan.³⁷ Uobičajenost se većinom promatra kroz naviku, običaje i uzuse ponašanja. Odstupanja od uobičajenog prirodnog tijeka događaja naziva se uzrokom.

Posebice kod činjenja, pojam uzroka shvaća se intuitivno.³⁸ U slučaju kada osoba prisloni pištolj na prsa druge osobe i puca tako da metak uđe u prsa, jasno je da postoji ubojstvo, međutim, ako je počinitelj pucao iz daljine i promašio, a žrtva je bježeći utrčala u avion koji se u letu srušio, tada bismo počinitelja koji je pucao iz daljine kaznili za pokušaj ubojstva, ali ne bismo ga kaznili i za ubojstvo. Tada se raspravlja o prirodnoj uzročnosti kod činjenja.

Neuspješna rasprava o uzročnosti kod nečinjenja postoji još od 19. stoljeća. Rasprava polazi od pretpostavki da svako kazneno djelo ima uzročnost potencijalnog počinitelja te da sa sigurnošću postoji efektivna moć. Znanost je dugo nastojala definirati efektivnu moć kod nečinjenja. Tako su se von Buri i Binding priklonili *Interferenztheorie*.³⁹ Prema njima, uzročnost kod nečinjenja sastoji se u potiskivanju impulsa za poduzimanjem radnje spašavanja te u propuštanju eliminiranja (vlastitom odlukom i voljom) čimbenika koji vode do nastanka posljedice. To bi značilo da se kaznena djela nečinjenja mogu počinuti samo s namjerom, ali ne i s nehajem, s obzirom na to da je kod nehaja sporno pitanje postojanje odluke što je neprihvatljivo.

Danas je napušteno stajalište o uzročnosti kod nečinjenja kroz pojam efektivne moći, ali je ostala mogućnost da se nečinjenje i uzročnost razmatra kroz zakonski uvjet. Naime, prema ovom učenju uzročnost postoji kada postoji nepoduzimanje radnje koja bi prema prirodnim zakonima spriječila nastupanje (zabranjene) posljedice. I Puppe⁴⁰ smatra da negacija potpunog objašnjenja uzročnosti nije legitimna, već je nužna. Stoga posljedica kod nečinjenja ne nastupa uzimajući u obzir pozitivne čimbenike nego izostankom čimbenika koji vode do sprječavanja posljedice.⁴¹ Treba vidjeti je li bolesnik preminuo, ne zbog bolesti, nego možda zato što nije prije potražio liječničku pomoć. Međutim, ovakvo je stajalište neprihvatljivo jer bi potpuno neobjašnjavanje uzročnosti

³⁶ Martinović, I., *Problem uzročnosti u kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, br.1, 2012., str. 77.

³⁷ Mead, *op. cit.* u bilj. 35, str. 149.

³⁸ Leavens, A., *A Causation Approach to Criminal Omissions*, California Law Review, vol. 76, br. 3, 1988., str. 563.

³⁹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 639.

⁴⁰ Puppe, I., *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 92, br. 4, 1980., str. 870.

⁴¹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 639.

vodilo do arbitrarnosti. Hilgendorf⁴² smatra da se zakonski uvjet kod nečinjenja može bez ograničenja primijeniti na nepravna kaznena djela nečinjenjem.⁴³ Točno je što navodi Roxin da se uzročnost može opisati na taj način kod nepravih kaznenih djela nečinjenjem, međutim, takvo se pravilo ne može primijeniti kod pravih kaznenih djela nečinjenjem.⁴⁴ Međutim, ako se tvrdi da kod nečinjenja nema uzročnosti, tada se gubi mogućnost uračunavanja posljedice počinitelju nečinjenjem. Taj se problem kod zagovaratelja prirodne uzročnosti izbjegava pravilima o garantu i drugim pravilima kod kaznenih djela nečinjenjem jer je nedopustivo nečinjenje ostaviti nekažnjivim, odnosno uzima se u obzir pravna uzročnost.

Neki bi autori odbili uzročnost kod kaznenih djela nečinjenja kod nehaja i transformirali ih u kaznena djela ugrožavanja. Tako Otto smatra da se posljedica realizira kod bilo koje radnje ugrožavanja, a za njeno otklanjanje ili umanjivanje zadužen je garant gubeći iz vida da garant nije jedini počinitelj kod nečinjenja. Rudolphi razmatra učenje o smanjenju rizika kroz situaciju mijenjanja uzročnog tijeka jer učinak smanjivanja rizika postoji kada se izvorni, početni uzročni tijek zamjenjuje manje opasnim tijekom zbivanja, odnosno miješanjem u uzročni tijek, ili isključenjem određenog, ali ne cijelog, spleta opasnih okolnosti, te se tako uzročni tijek modificira jer je tada uzročni tijek manje opasan i više nije isti. Ovdje je riječ o statističkim i probabilističkim uzročnim modelima.⁴⁵ Roxinova teorija o povišenju rizika, kao i njezine varijacije, tvrde da treba inzistirati na propisnom ponašanju i u slučaju da se time pravno dobro ne zaštićuje sa sigurnošću, već se mogućnost zaštite pravnog dobra samo povećava.⁴⁶ Shodno tomu, Roxin smatra da počinitelju treba uračunati posljedicu čim on povredom pravila propisnog ponašanja poveća pravno relevantni rizik, tj. poveća opasnost od nastanka posljedice. Ali i u tom slučaju i dalje postoji uzročna veza između imperativne norme kojom se traži smanjivanje opasnosti i konkretnog nastupanja posljedice.⁴⁷ Ovdje se razmatra uzročna interakcija tijeka događaja koji uključuje različite okolnosti.⁴⁸ Kod ove teorije je problematično treba li se postupak smanjivanja/povećanja rizika uzeti u obzir *ex ante* (kada ne postoji mogućnost uračunavanja posljedice, uostalom, u ovom se slučaju svaki

⁴² Hilgendorf, E., *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Leder-spray-Urteils*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994., str. 563.

⁴³ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 640.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 640.

⁴⁵ Martinović, *op. cit.* u bilj. 36, str. 93.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 95.

⁴⁷ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 645.

⁴⁸ Dowe, P., *The Conserved Quantity Theory of Causation and Chance Raising*, Philosophy of Science, vol. 66, 1999., str. 487.

okrivljenik može braniti da je vidio budući tijek zbivanja na drukčiji način te da posljedica nije trebala nastupiti) ili treba uzeti procjenu *ex post* (kada postoji mogućnost uračunavanja posljedice).⁴⁹

3.1. Uračunavanje posljedice (prirodna uzročnost)

Prema teoriji o smanjenju rizika, ako bi dužna radnja vodila do smanjivanja rizika nastupa povrede i mijenjala uzročni tijek s vjerojatnošću koja graniči sa sigurnošću, tada u uzročnost nečinjenja ne treba sumnjati te je moguće uračunavanje posljedice koja je nastupila. Ako bi posljedica mogla nastupiti na temelju drugih okolnosti, ali ipak s manjom vjerojatnošću, tada se ne isključuje uračunavanje realnog nedopuštenog rizika.⁵⁰ Iz navedenoga je vidljivo da teorija o smanjenju rizika analizira prirodnu uzročnost kod nečinjenja kao kod kaznenih djela činjenja, gubeći iz vida razliku između činjenja i nečinjenja. Ako pacijent premine od zatajenja srca, jer je izostala operacija, postoji prouzročenje smrti nečinjenjem ako bi radnja liječnika (operacija) održala funkciju srca. Činjenica da bi pacijent, unatoč uspješnoj operaciji, imao nuspojave ili naknadne komplikacije koje bi prouzrokovale smrt ne mijenja ništa po pitanju uzročnosti jer bi se tada radilo o drugom uzročnom nizu. Ista situacija je i pri mogućnosti transplantacije koja će možda naknadno dovesti do smrti. Ista je situacija ako bi lijekovi ili injekcije doveli do blažih simptoma postojeće bolesti, ali izostankom tih lijekova ili injekcija došlo je do ranije smrti. Tada bi trebalo potvrditi uzročnost, čak i ako lijekovi ne bi doveli do sprječavanja posljedice, ali bi je barem dijelom odgodili ili ublažili nastupanje posljedice. U ovom slučaju razmatra se konkretna posljedica, a ne samo apstraktno stvaranje rizika čime se zaključuje da je kriterij dvosmislen. Temeljna analiza uračunavanja posljedice treba se odnositi na interakciju između okolnosti koje se međusobno izmjenjuju i utječu jedna na drugu prigodom nastupa posljedice, a uzimajući u obzir čovjekov doprinos.⁵¹ Već smo napomenuli da neki autori smatraju kako za uračunavanje nije dovoljno bilo kakvo mijenjanje okolnosti pod kojima se uzročni tijek odvija, nego je potreban isključivo efektivni učinak na smanjivanje rizika uzročnog tijeka⁵² da bi se takva posljedica koja je nastupila mogla uračunati garantu.⁵³ Međutim, kod garanta je sporno bi li radnja spriječila nastupanje posljedice. U tim slučajevima trebalo bi primijeniti pravilo *in dubio pro reo* ako je sporno bi li poduzimanje radnje prirodno spriječilo nastupanje posljedice.

⁴⁹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 645.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 646.

⁵¹ Dowe, *op. cit.* u bilj. 48, str. 487.

⁵² Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 646.

⁵³ *Ibid.*, str. 644.

Rudolphi⁵⁴ naglašava kako pri smanjenju rizika uzročni tijek može biti promijenjen u korist žrtve, tako da u ovom slučaju ne postoji uzročno nečinjenje te je uračunavanje posljedice isključeno. Ovdje treba uzeti u obzir nezgode koje se mogu dogoditi, pa onda nezgoda predstavlja neželjeni događaj koji rezultira tjelesnom ozljedom ili imovinskom štetom. Međutim, treba imati na umu da su nezgode određene varijablom koja je promjenjiva pa tu dolazi u obzir odgovornost čovjeka je li utjecao na varijablu koja će povećati ili smanjiti mogućnost nastupa posljedice.⁵⁵ Kada ne postoji realna mogućnost ili vjerojatnost spašavanja, kao pri susretu s liječnikom, jer je pacijent već bio mrtav, a kada je liječnik smatrao da treba djelovati i nije znao da je pacijent preminuo, tada, ako je liječnik djelovao iz nehaja, smrt se ne može uzeti u obzir kao dovršeno kazneno djelo jer nema prirodne uzročnosti, nego jedino kao neprikladan pokušaj, a takav pokušaj iz nehaja ne bi bio kažnjiv jer nehaj kod pokušaja nije kažnjiv. Odgovarajuće vrijedi i kad je nejasno bi li došlo do sprječavanja posljedice, odnosno kada onaj koji s ciljem spašavanja uskače u vodu ili se čamcem upućuje na mjesto do kojeg osoba koja se utapa još nije stigla, ali smatra da će utopljenik do tog mjesta doći, te da će ga moći spasiti.⁵⁶

Kod argumenta protiv uračunavanja posljedice vrijede pravila kao kod nepostojanja uzročnosti. Odbijanje postojanja uzročnosti kod nehaja prema važećem pravu nije moguće, jer je počinitelj prouzročio posljedicu s nehajem i zakon kažnjava prouzrokovanje posljedice na takav način. Kao dokaz uzročne veze nije dovoljno da je opasnost realizirana, nego je potrebno dokazati pravnu ili prirodnu uzročnost.⁵⁷ Oni koji prihvaćaju prirodnu uzročnost analiziraju smanjenje rizika, te se priklanjaju procjeni *ex ante*, trebali bi ipak pridati više važnosti procjeni *ex post*. Kada nije sigurno bi li poduzeta radnja smanjila rizik, tada ostaje za zaključiti kako bi uračunavanje posljedice u takvom slučaju kršilo načelo *in dubio pro reo* te bi transformiralo kazneno djelo povređivanja u kazneno djelo ugrožavanja. U slučaju da se osoba koja ne poduzima radnju (nečinjenje) kažnjava za prouzrokovanje posljedice iako je dvojbeno, je li uopće ta osoba mogla intervenirati u uzročni tijek, takav zaključak doveo bi do neutemeljenog kažnjavanja. Iz tog je razloga bolje prikloniti se pristupu *ex post* kod prirodne uzročnosti. Teorija smanjenja rizika i zakonsko utvrđivanje uzročnosti između nečinjenja i posljedice relativni su jer njihova svrha jest da se oni među-

⁵⁴ Rudolphi, H.J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017., str. 340.

⁵⁵ DeCamp, W.; Herskovitz, K., *The Theories of Accident Causation*, <https://riskwise.biz/wp-content/uploads/2017/10/Theories-of-Accident-Causation.pdf>, pristup 10.06.2022.

⁵⁶ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 647.

⁵⁷ *Ibid.*

sobno nadopunjuju⁵⁸ te da se posljedice kod nečinjenja uračunavaju.

Naime, teorija predstavlja sustavno organizirano znanje primjenjivo na različite okolnosti, posebice na sustav pretpostavki, prihvaćenih načela, pravila postupanja, međutim ne smijemo zaboraviti da su kod teoretičara koji zagovaraju prirodnu, odnosno činjeničnu uzročnost, činjenična i pravna uzročnost povezane i međuovisne te se nadopunjuju.⁵⁹

3.2. Dužnosti sprječavanja posljedice (pravna uzročnost)

Da bismo odredili je li neko ljudsko ponašanje prouzročilo posljedicu, potrebno je analizirati fizički odnos s posljedicom.⁶⁰ Ipak, nečinjenje i uzročnost ne razmatraju se samo u okviru fizičke uzročnosti. Kod fizičke uzročnosti postoji izravni uzročni niz događaja. U SR Njemačkoj je poznat slučaj ljekarnika (*Apothekerfall*) koji je na temelju recepta prvi put dao majci lijek protiv trovanja fosforom koje je njezino dijete pretrpjelo, dok joj drugi put kad ga je majka zatražila isti lijek bez recepta, nije htio izdati lijek, te je dijete preminulo.⁶¹ To je situacija kada na početku postoji dopušteno činjenje koje se naknadno očituje u nesprječavanju posljedica koje se očituje u nečinjenju.

Razmatranje obveze sprječavanja posljedice kao uzročne veze između nečinjenja i posljedice potrebno je sve dok postoji podjela radnje na činjenje i nečinjenje. Podjela na činjenje i nečinjenje nastala je u svjetlu razmatranja uzročnosti kroz aspekt fizičke veze, a koncept uzročnosti ne treba biti vezan samo uz prirodnu uzročnost.⁶² Tako neki autori smatraju da treba razmatrati potpuni tijek počiniteljeva ponašanja u svjetlu opće zdravorazumske svrhe kaznene odredbe jer bi se time poštovalo načelo pravne određenosti.⁶³

Ponekad se razgraničenje činjenja i nečinjenja ne može postaviti jer se ontološki pristup ograničava normativnim pristupom s obzirom na postavljene pravne norme u Kaznenom zakonu.⁶⁴ Tako se kod nečinjenja često započinje s pokušajem činjenja (namjerno ostavljanje otključanih vrata u zatvoru da zatvorenici pobjegnu), da bi kod dovršenja došli do kaznenog djela nečinjenja (nesprječavanje zatvorenika u bijegu).

⁵⁸ RGST,15,151 prema: Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 648.

⁵⁹ DeCamp; Herskovitz, *op. cit.* u bilj. 55, str. 2.

⁶⁰ Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 568.

⁶¹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 652.

⁶² Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 551.

⁶³ *Ibid.*, str. 547.

⁶⁴ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 652.

Tako Savezni vrhovni sud SR Njemačke analizira društveni smisao radnje.⁶⁵ Ne polazi se od oblika izvanjske radnje nego od pravnog izvora kažnjivosti takve radnje. Stoga se ne raspravlja o činjenicama nego o pitanju pravnog vrednovanja. To nas u slučaju ljekarnika vodi do nečinjenja jer nije izvršena garantna obveza. Odlučujuće pitanje kod prirodne uzročnosti naspram pravne uzročnosti trebalo bi biti je li počinitelj mogao, s obzirom na konkretne okolnosti, spriječiti nastupanje konkretne posljedice. Tada bi pravna dužnost sprječavanja posljedice bila marginalizirana. Radnja nečinjenja treba biti u činjeničnoj vezi s posljedicom koja je nastupila. Ako bi činjenje spriječilo nastupanje posljedice, tada je činjenje odlučujuće za preveniranje posljedice.

U slučaju da osoba ne pruži ruku drugoj osobi koja se utapa, svi ćemo reći da ju je osoba ubila. Međutim, ako milijarder ne pruži sitni iznos osobi koja ga moli za hranu gdje sustav pučkih kuhinja nije osiguran, tada nećemo reći da je ovaj bogataš ubio siromaha ili mu naškodilo zdravlju.⁶⁶ Osobe koje okružuju dijete koje se utapa i koje ne uskoče u ponor jer ne znaju koliko je dubok i jer se boje za svoj život svakako su kukavice. No možemo li reći i da su kazneno odgovorni? Jasno je da kada postoji pravna dužnost na činjenje, tada postoji odgovornost osobe za nečinjenje. No što ako ta pravna dužnost ne postoji? Može li osoba i tada biti odgovorna?⁶⁷ Postavlja se pitanje, zašto ćemo, uz mnoge ljude na mostu, samo jednog optužiti za ubojstvo jer nije dodao konop za spašavanje utopljeniku u vodu. Zašto ćemo samo njegovo nečinjenje razmatrati kroz uzročnost kod prirodne uzročnosti?⁶⁸ Zašto bi postojala samo odgovornost garanta? To znači da *de facto* prirodna uzročnost ustupa pred pravnom uzročnosti koja se razmatra kroz garantnu dužnost.

Normativna teorija uzročnosti, u anglosaskom pravu, analizira događaje koji su normalni i abnormalni.⁶⁹ Razlika između normalne i abnormalne uzročnosti ovisi o procjeni vjerojatnosti da neko ponašanje prouzrokuje posljedicu. Nesumnjivo je da pravo počiva na vjerojatnosti i normativnoj procjeni koja nije uvijek precizna, posebice kod uzročnosti jer se i kod očekivanih ishoda nekog ponašanja analizira *status quo*, uključujući i kod radnji koje imaju za cilj sprječavanje nastupanja posljedica. Stoga je vidljivo da nije uvijek jasno što znači normalno u kaznenom pravu, pa normativna teorija shvaćena na takav neodređeni način ne daje zadovoljavajuće odgovore na probleme uzročnosti. Primjerice, u

⁶⁵ Duttwiler, *op.cit.* u bilj. 15, str. 6.

⁶⁶ Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 553.

⁶⁷ *Ibid.*, 547.

⁶⁸ Mead, *op. cit.* u bilj. 35, str. 151.

⁶⁹ Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 569.

kontinentalnom pravu, Otto⁷⁰ polazi od kriminalnopolitičkog stajališta i smatra da treba kažnjavati propuštanje radnji kojima se spašava pravno dobro kada je uspjeh spašavanja siguran, a ne kad postoji samo znatno povećana mogućnost spašavanja ili pravna dužnost spašavanja.⁷¹

Kada se analizira uzročnost, tada se promatra očiti rezultat, očita posljedica nekog ponašanja. Kaznena odgovornost može se vezati uz nečinjenje jedino ako postoji uzročnost posljedice. Stoga zahtjev obveze sprječavanja posljedice kod onih koji zagovaraju prirodnu uzročnost kod nečinjenja nije u ograničavanju odgovornosti, nego u utvrđivanju uzročne veze između nečinjenja i posljedice.⁷²

Odgovor na prethodno pitanje, zašto ćemo samo garanta smatrati odgovornim za nesprječavanje posljedice a ne i one koje stoje pokraj njega, nalazi se u činjenici da obveza činjenja može postojati samo u slučaju snažnog društvenog očekivanja preventivne radnje. Prema onima koji zagovaraju prirodnu uzročnost kod nečinjenja, tek kada se obveza na činjenje i uzročnost međusobno povežu, vidljivo je ispunjenje pravne određenosti, što znači da zagovornici prirodne uzročnosti kod nečinjenja prihvaćaju i pojam pravne uzročnosti. Ovakva kombinacija prirodne i pravne uzročnosti treba biti zabranjena jer je sama sebi kontradiktorna, te se kod nečinjenja potrebno orijentirati samo na pravnu uzročnost i normativne kriterije razlikovanja činjenja i nečinjenja.

4. ANGLOSASKO PRAVO

Iz prethodno navedenih primjera vidljivo je da kod nečinjenja treba razlikovati činjeničnu uzročnost (*but for*) i pravnu uzročnost (*duty to act*).

U anglosaskom pravu uzročnost kod kaznenih djela nečinjenja razmatra se kroz činjeničnu uzročnost, odnosno kroz test *sine qua non*, odnosno kroz *but for test*, odnosno gleda se bi li činjenje spriječilo nastupanje posljedice.⁷³ Uz činjeničnu uzročnost postoji i pravna uzročnost koja se razmatra kroz pravnu dužnost na činjenje. Dužnost na činjenje je rezultat razvoja prava. Kod *but for test* prepoznaju se nužni uvjeti koji su potrebni za nastupanje posljedice, ali nisu izravni uzročnici i kao takvi se razlikuju od izravnih i neposrednih uzroka.⁷⁴ Pravna uzročnost se u anglosaskom pravu analizira kroz *proximate* ili *substantial*

⁷⁰ Otto, H., *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, u: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972., str. 94 – 95.

⁷¹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 644.

⁷² Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 551.

⁷³ Dunbar, *op.cit.* u bilj. 5, str. 49.

⁷⁴ Leavens, *op. cit.* u bilj. 38, str. 563.

cause. Tako liječnička nepažnja koja pridonosi smrti pacijenta ne prekida uzročni niz između radnje počinitelja koji je upućao žrtvu i zabranjene posljedice.⁷⁵ Teorija *proximate cause* pripisuje uzročnost počinitelju za zabranjenu posljedicu samo nekih pojedinačnih radnji, a ne i drugih radnji koje samo kad se uzmu u obzir sve skupa međusobno dovode do posljedice.⁷⁶

Prvi uvjet zahtjeva *but for test* predstavlja postojanje uzročnog niza između ponašanja i posljedice. Drugi uvjet je *proximate cause* prema kojem se zahtijeva da prirodni uzročni tijek bude dovoljno jak i kratak kako bi postojao temelj za uračunavanje kaznene odgovornosti.⁷⁷ Stoga *proximate cause* može isključiti preudaljene radnje iz pojma uzročnosti. Ako postoji preudaljena radnja, onda je moguće da se u uzročni lanac upletu i drugi suuzroci koji će poništiti djelovanje udaljene radnje. Ako radnja prethodi nekom događaju i bez te radnje do tog događaja ne bi došlo, tada se govori o uzročnosti uz uvjet da se ne radi o preudaljenim (*too remote*) ili slučajnim događajima i radnjama.

Kod *but for testa*, kod nečinjenja, problem je što svaka osoba na svijetu zadovoljava uvjete uzročnosti, a ne samo ona bliska osoba koja nije poduzela radnju. Iz tog razloga se utvrđuje pravna uzročnost samo kada postoji pravna dužnost na činjenje,⁷⁸ te se ova dva testa u anglosaskom pravu nadopunjuju.

U anglosaskoj literaturi se tako analizira odgovornost liječnika za nečinjenje koja može postojati samo ako je nečinjenje bitan uzrok smrti.⁷⁹ Ipak, ako se dokaže da je propust promjene infuzije ubrzao smrt u minutama, a ne nužno u satima ili danima, tada bi se radilo o postojanju uzročnosti.⁸⁰ Naime, u anglosaskoj se literaturi analizira pitanje je li liječnik dužan i dalje pružati medicinsku brigu pacijentu koji je na umoru, a nije pitanje je li liječnik odgovoran za ubrzanje smrti pacijenta.⁸¹ Ipak, u jednom drugom slučaju utvrđeno je kako je dopušteno liječniku koji se ne brine o pacijentovu zdravlju, ne hraneći ga, da "uzrokuje" smrt, jer dužnost liječnika nije da se brine o prehrani bolesnika.⁸² Dužnost brige o prehrani bolesnika obveza je drugog bolničkog osoblja. Stoga

⁷⁵ McCutcheon, P., *Omissions and criminal liability*, Irish Jurist, vol. 28-30, 1993., str. 74.

⁷⁶ Detaljno o uzročnosti u građanskom i kaznenom pravu i kritici činjenične i pravne uzročnosti vidi u *Causation in the Law*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/causation-law/>, pristup 28. 4. 2022.

⁷⁷ Commonwealth v. Almeida, 362 Pa. 596,68 A. 2d 595 (1949).

⁷⁸ Robinson, P. H., *Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the US*, New York Law School Law Review, vol. 29, 1984., str. 110.

⁷⁹ Cato (1976) 1 All ER 260 – 265.

⁸⁰ Palmer, *op. cit.* u bilj. 24, str. 160.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, str. 161.

se u anglosaskoj literaturi analizira i razlikuje dopuštanje smrti od uzrokovanja smrti kod nečinjenja.

Ako osoba poduzme činjenje koje otvori uzročni niz koji sam od sebe vodi do posljedice, odgovornost postoji, ako prije nastupa posljedice postoji namjera ili nehaj. Tako je onaj tko stvori opasnost dužan i na činjenje, za razliku od onoga koji je prolaznik ili neovisni promatrač.⁸³

U kontinentalnom pravu kod pravne uzročnosti ponekad nema potrebe za analiziranjem uzročnosti jer se primjerice kod pravih kaznenih djela nečinjenja ni ne postavlja pitanje uzročnosti.⁸⁴

5. FIZIČKA ILI PРАВNA MOGUĆNOST PODUZIMANJA RADNJE

S obzirom na dvojbena stajališta o postojanju uzročnosti, neki autori razmatraju fizičku i pravnu nemogućnost poduzimanja dužne radnje. Nečinjenje ne podrazumijeva bilo kakvo nedjelovanje, nego nepoduzimanje određene aktivnosti propisane pravom. Koja aktivnost se zahtijeva, ovisi o pravnoj normi i konkretnim činjenicama pojedinog slučaja. Na kraju je relevantno što je počinitelj pravno i objektivno mogao učiniti. Fizička nemogućnost poduzimanja radnje podrazumijeva nemogućnost neplivača da spasi utopljenika. Pravna nemogućnost poduzimanja radnje podrazumijeva da počinitelj iz pravnih razloga nije u mogućnosti spriječiti posljedicu. To će biti situacija ako je supruga dobila psa na dar, a suprug je bio suglasan da pas boravi u zajedničkom kućanstvu. S obzirom na to da je pas napadao ljude, suprug je tražio da supruga vrati psa, što je ona odbila. Pas je napao čovjeka i zadao mu tjelesne ozljede te je ozlijeđeni prijavio supruga. U SR Njemačkoj je stajalište da se suprug nije mogao usprotiviti supruzi jer je pas bio njezino vlasništvo, te suprug nije bio pravno odgovoran za radnje psa.⁸⁵ Ipak, ovakvo njemačko stajalište treba kritizirati jer je moguće da se ovdje radi o odgovornosti za garantnu dužnost, kada je suprug neizbježno ponekad ostao sam sa psom u kući. Uostalom, suprug je na početku dao pristanak da pas boravi u zajedničkom kućanstvu.

Moguća je kod nečinjenja i situacija *omissio libera in causa*. Ovo je situacija kada se garant aktivnom radnjom učini nesposobnim za poduzimanje kasnije radnje sprječavanja nastupanja posljedice. Ovdje postoji kazneno djelo, koje se ne utvrđuje kao nečinjenje nego kao činjenje. Riječ je o činjenju i odgovornosti za prethodno poduzetu radnju.

⁸³ McCutcheon, *op. cit.* u bilj. 75, str. 71.

⁸⁴ Dunbar, *op.cit.* u bilj. 5, str. 49.

⁸⁵ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 30, str. 288.

Ako se pak u situaciji *omissio libera in causa* ostvaruje pravo kazneno djelo nečinjenjem, tada ovdje treba uzeti da postoji namjera u odnosu na kazneno djelo koje je na koncu počinjeno (nepravo kazneno djelo nečinjenjem). Riječ je o kršenju prohibitivne norme nečinjenjem.⁸⁶ Takvo ponašanje potrebno je normativno supsumirati pod krajnje kazneno djelo nečinjenja, iako se izvanjski radi o činjenju.⁸⁷

Moguće je da postoji i *omissio libera in omittendo* kada se netko nečinjenjem onesposobi za poduzimanje kasnije radnje.⁸⁸

6. DANAS PREVLAĐAJUĆE STAJALIŠTE U KONTINENTALNOM PRAVNOM SUSTAVU

Kod odgovornosti za nečinjenje problematično je trebamo li biti sigurni da bi činjenje spriječilo nastupanje posljedice, odnosno trebamo li osobu smatrati odgovornom za nečinjenje tek ako smo sigurni da će činjenje spriječiti nastupanje posljedice.

Ipak, danas vladajuće mišljenje negira uzročnost kod nečinjenja.⁸⁹ Smatra se da nepoduzimanje radnje spašavanja ili radnje sprječavanja posljedice ne uzrokuje ništa. Stoga nečinjenje nikad nije uzročno.⁹⁰ To bi značilo da uzročnost ne postoji kao realni događaj, nego postoji kao događaj koji se odvija u misli pojedinca. Jescheck i Weigend smatraju da *ex nihilo nihil fit*.⁹¹ Stoga se danas smatra da kod nečinjenja nema uzročnosti, jer uzročnost pretpostavlja aktivno činjenje, odnosno uzročnost zahtijeva stvarnu pokretačku energiju koje nema kod nečinjenja.⁹² Prema takvom vladajućem stajalištu uzročnost kod nečinjenja postoji ako bi dužno činjenje spriječilo nastupanje posljedice. Nečinjenje ne može poći od prirodne uzročnosti, ali može od hipotetske uzročnosti, pa je sljedeće pitanje kada treba utvrditi postojanje hipotetskog kauzaliteta.

⁸⁶ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 660.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Baier, H., *Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs-oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999., str. 273.

⁸⁹ Novoselec, *op. cit.* u bilj. 9, str. 143 – 144.; Horvatić; Derenčinović; Cvitanović, *op. cit.* u bilj. 9, str. 25.; Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, New York, 2011., str. 35.

⁹⁰ Kaufman, A., *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, u: *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1961., str. 200 – 215.

⁹¹ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 640.; Jescheck, H. H.; Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996., str. 619.

⁹² Radman, *op.cit.* u bilj. 12, str. 68.

Već smo vidjeli da manjinsko stajalište analizira rizik kod kaznenih djela nečinjenja, prema kojem je dovoljno da je nečinjenje smanjilo mogućnost šansi za spašavanje pravnog dobra kojemu prijeti opasnost, čime se izjednačava kazneno djelo činjenjem i nečinjenjem kroz prirodnu uzročnost, zanemarujući da KZ izričito propisuje kada je dopušteno izjednačavanje nečinjenja s činjenjem, i to kroz normativne kriterije. Ipak, sudska praksa polazi od pravila *conditio sine qua non* te analizira bi li radnja počinitelja spriječila nastupanje posljedice s vjerojatnošću koja graniči sa sigurnošću.⁹³ To bi bila situacija da je počinitelj poduzeo radnju, posljedica ne bi nastupila ili ne bi nastupila u takvom obliku. Ako bi posljedica nastupila, ali samo naknadno ili na drugi način, tada takva radnja nije radnja sprječavanja posljedice.⁹⁴

Vladajuće mišljenje temelji se na sudskoj praksi, ali dogmatski nastoji specificirati hipotetičku uzročnost. Ako se ne može utvrditi odgovornost formulom *conditio sine qua non*, tada se odgovornost mora temeljiti na nepoštovanju dužnosti (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*).⁹⁵ Ako nedostaje pseudokauzalitet, a nije nastupila posljedica ili nije ostvareno biće kaznenog djela, tada se radi o pokušaju kaznenog djela nečinjenjem.

Kada govorimo o pseudokauzalitetu, ne može se nikada tvrditi da bi dužno činjenje sigurno otklonilo nastup posljedice. Za postojanje pseudokauzaliteta ne traži se da bi ispunjenje obveze s apsolutnom sigurnošću otklonilo nastup posljedice, čime se negira prirodna uzročnost, te je u tom pogledu dovoljna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću.

Vladajuće stajalište podrazumijeva da se pravno očekivana radnja ne može uračunati a da se ne razmatra mogućnost nastupanja posljedice pa se onda razmatra vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću.⁹⁶ Ipak, kod pravne uzročnosti ne analizira se posljedica u njezinu konkretnom obliku, nego se razmatra apstraktno opisana posljedica iz bića kaznenog djela. Dokaz za to je i dužnost bacanja djeteta s prozora goruće zgrade u ruke vatrogasca, gdje se ne analizira mogućnost spašavanja nego dužnost na poduzimanje radnje. Tko ne baci dijete iz stana u kojem buktu požar u ruke spasioca, kriv je za smrt djeteta iako i samo bacanje djeteta u ruke spasioca predstavlja rizik. Ako bi nastupila ista posljedica samo u drukčijem obliku i da je osoba poduzela dužnu radnju spašavanja, tada treba zanijekati pseudokauzalitet. Isto vrijedi i ako bi nastupila ista posljedica da je radnja spašavanja poduzeta.⁹⁷ Tek ako se ni takav stupanj vjerojatnosti

⁹³ BGHSt 37,106,126; BGH NStZ 2000, 583; BGH NJW 2003,3212,3213.

⁹⁴ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 30, str. 301.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ BGHSt 6,1,2; 37,106,126, RGSt 79,49,50.

⁹⁷ Wessels; Beulke, *op.cit.* u bilj. 10, str. 237.

ne može utvrditi, ima se primijeniti načelo *in dubio pro reo* i uzeti da uzročnost ne postoji jer hipotetički postupak dodavanja radnje nije utvrdio pseudokauzalitet.⁹⁸ Tako je opravdano u hrvatskoj sudskoj praksi utvrđena odgovornost poslovođe gradilišta koji nije udaljio s posla teško pijanog radnika, pa se ovaj, vozeći radni stroj, njime preokrenuo i poginuo, a postojao je visok stupanj vjerojatnosti da radnik ne bi poginuo da ga je poslovođa udaljio s posla.⁹⁹

Ostaje za neku drugu raspravu bi li kriminalnopolitički bilo poželjno kazniti sve slučajeve u kojima postoji nečinjenje, a činjenje bi, u takvim slučajevima, *ex ante* sadržavalo realnu mogućnost otklanjanja posljedice, te se tako ne ograničiti samo na kažnjavanje garantna nego svih koji ne djeluju, a mogli su djelovati, čak i spriječiti posljedicu.¹⁰⁰

7. ZAKLJUČAK

U radu su prikazane različite teorije i stajališta koji odgovaraju na pitanje kako utvrditi uzročnost u slučaju nečinjenja. Iako je činjenica da sudska praksa u kontinentalnom pravnom krugu polazi od razlikovanja činjenja i nečinjenja kroz formalizam i kroz različite oblike prijekornosti, jasno je da nije jednostavno odgovoriti na pitanje kako postupiti u slučaju kumulacije činjenja i nečinjenja osim ako ne primijenimo odredbe o stjecaju. Iz tog se razloga u radu ograničavamo na doseg pravne znanosti po pitanju uzročnosti nečinjenja. Uzimajući u obzir činjenicu da postoje različita stajališta o pitanju uzročnosti kod nečinjenja, rad analizira stajališta koja potvrđuju prirodnu uzročnost i hipotetičku uzročnost. Slijedom navedenoga jasno je da se kod nečinjenja ne može poći od prirodne uzročnosti, nego je potrebno analizirati hipotetičku uzročnost, a sve zbog temelja koje je dalo rimsko pravo kroz načelo *ex nihilo nihil fit*. Može se reći da je danas prirodna uzročnost opravdano potisnuta pod utjecajem pravne uzročnosti kod nečinjenja, jer se prirodna uzročnost kod nečinjenja temelji na intuiciji koja prouzrokuje samo nove nedoumice te je suprotna načelu zakonitosti jer izjednačava uzročnost kod činjenja i nečinjenja gdje za to ne postoji pravni temelj zanemarujući normativne kriterije. Pritom je potrebno naglasiti, a kako je već spomenuto, da iako većina problematike uzročnosti kod nečinjenja proizlazi iz podjele na činjenje i nečinjenje, navedenu je podjelu svakako potrebno zadržati i razmatrati uzročnost kod nečinjenja kroz pravni izvor kažnjivosti neke radnje da bi bilo ostvareno načelo zakonitosti kroz hipotetičku uzročnost. Iako se vladajuće mišljenje temelji na sudskoj praksi, ali dogmatski

⁹⁸ Jescheck; Weigend, *op. cit.* u bilj. 91, str. 620.

⁹⁹ Okr. s. u Bjelovaru, Kž-711/87. cit. prema Novoselec, *op. cit.* u bilj. 9, str. 144.

¹⁰⁰ Roxin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 648.

nastoji specificirati pravnu uzročnost, ispravno je zaključiti da ako se posljedica odnosi na nečinjenje, odgovornost se temelji na nepoštovanju dužnosti sprječavanja posljedice i hipotetičkoj uzročnosti. Za postojanje hipotetičke uzročnosti kod nečinjenja ne traži se da bi ispunjenje obveze s apsolutnom sigurnošću otklonilo nastup posljedice, u tom pogledu je dovoljna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću u odnosu na apstraktnu posljedicu (te ju povezujemo s formulom *conditio sine qua non* pri hipotetičkom postupku dodavanja propuštene radnje). Važno je naglasiti da hipotetički kauzalitet analizira propuštene radnje i sve moguće posljedice dodane radnje, za razliku od formule *conditio sine qua non* koja analizira samo posljedicu koja je nastupila. Stoga hipotetički kauzalitet zbog sveobuhvatne analize sporne situacije *in abstracto* ispunjava načelo zakonitosti, za razliku od formule *conditio sine qua non* koja razmatra situaciju *in concreto*. Analiza *in abstracto* kod hipotetičkog kauzaliteta predstavlja ostvarenje pravne sigurnosti za adresate da neće biti kažnjeni za ona ponašanja koja nisu mogli spriječiti.

BIBLIOGRAFIJA

- Ambos, K., Omissions, u: Ambos, K. (ur.), *Core concepts in criminal law and criminal justice*, University Press, Cambridge, 2020., str. 17-53. DOI: 10.1017/9781108649742.002.
- Baier, H., *Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs-oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1999., str. 273 – 280.
- Coutts, J., *Harassment by omission*, Journal of Criminal Law, vol. 52, br. 3, 1988., str. 277 – 280.
- Dowe, P., *The Conserved Quantity Theory of Causation and Chance Raising*, Philosophy of Science, vol. 66, 1999., str. 486 – 501. DOI: 10.1086/392747.
- Duff, A., *Answering for Crime*, University Press, Oxford, 2007.
- Dunbar, J. R., *Criminal liability for omissions in Scots law*, University of Glasgow, Glasgow, 2012.
- Duttwiler, M., *Liability for Omission in International Criminal Law*, International Criminal Law Review, vol. 6, br. 1, 2006., str. 1 – 62.
- Hughes, G., *Criminal Omissions*, The Yale Law Journal, vol. 67, br. 4, 1958., str. 590 – 637.
- Hilgendorf, E., *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederstray-Urteils*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994., str. 561 – 564.

- Horvatić, Ž.; Derenčinović, D.; Cvitanović, L., *Kazneno pravo, Opći dio 2*, Pravni fakultet, Zagreb, 2017.
- Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kaufman, A., *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht u: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961.
- Kaufman, A., *Die Dogmatik der unechten Unterlassungdelikte*, Schwartz Verlag, Göttingen, 1959.
- Leavens, A., *A Causation Approach to Criminal Omissions*, California Law Review, vol. 76, br. 3, 1988., str. 547 – 591.
- Martinović, I., *O kriteriju razlikovanja pravih i nepravih kaznenih djela nečinjenja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 65, br. 1, 2015., str. 115 – 135.
- Martinović, I., *Problem uzročnosti u kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, br. 1, 2012., str. 75 – 104.
- Mead, G., *Contracting into Crime: A Theory of Criminal Omissions*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 11, br. 2, 1991., str. 147 – 173.
- McCutcheon, J. P., *Omissions and criminal liability*, Irish Jurist, vol. 28-30, 1993., str. 56 – 78.
- Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravos, Osijek, 2016.
- Otto, H., *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, u: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- Palmer, P., *Attempt by Act or Omission: Causation and the Problem of the Hypothetical Nurse*, Journal of Criminal Law, vol. 63, br. 2, 1999., str. 158 – 165. DOI: 10.1177/002201839906300207.
- Puppe, I., *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 92, br. 4, 1980., str. 863 – 895.
- Radman, B., *Načini počinjenja kaznenog djela s posebnim osvrtom na nečinjenje*, Hrvatska pravna revija, vol. 12, br. 5, 2012., str. 65 – 72.
- Robinson, P. H., *Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the US*, New York Law School Law Review, vol. 29, 1984., str. 101 – 124.
- Rosenberg, R. M., *Two models of “absence of movement” in criminal jurisprudence*, Ohio State Journal Of Criminal Law, vol. 12, 2014., str. 195 – 211.
- Roxin, C., *Strafrecht, Band II.*, C. H. Beck, München, 2003.

- Rudolphi, H. J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.
- Schmidt, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rolf Schmidt GmbH, Bremen, 2008.
- Simester, A.; Sullivan, R., *Theory and Doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
DOI: 101017/S0008197302231785.
- Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, New York, 2011. DOI: 10.1515/9783110897302.
- Wessels, J.; Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg, 2000.

IZVORI

Sudska praksa

- BGH MDR (H) 1982, 624.
- BGH NJW 1995,204,205.
- BGH NJW 2003,3212,3213.
- BGH NStZ 2000, 583.
- BGHSt 6,1,2.
- BGHSt 37,106,126.
- BGHSt 6,46,59.
- Cato (1976) 1 All ER 260 – 265
- Commonwealth v. Almeida, 362 Pa. 596,68 A. 2d 595 (1949)
- NStZ 1999, 607.
- RGSt 79,49,50.

Mrežni izvori

- Causation in the Law, Stanford Encyclopedia of Philosophy, preuzeto 28. travnja 2022. s <https://plato.stanford.edu/entries/causation-law/>
- Whitney DeCamp, i Kevin Herskovitz, The Theories of Accident Causation, <https://riskwise.biz/wp-content/uploads/2017/10/Theories-of-Accident-Causation.pdf>, pristup 10. 6. 2022.

Summary

Ivan Vukušić*

CAUSATION IN CRIMINAL OFFENSES OF OMISSION

The paper introduces the characteristics of action and omission and their specifics. In particular, the reasons for the exceptional criminality of omission in civil and common law are analyzed, as well as the manner of resolving the situation when omission is accompanied by action, i.e. when there is concurrence of omission and action. Then, we start from the problem of causality by omission, examining the possibility of the existence of causality opposite to the principle of ex nihilo nihil fit. Considering different theories of causality, one comes to the conclusion that the theory of risk reduction and the legal determination of causality between omission and consequence are relative, because their purpose is to complement each other. Finally, the prevailing view of the causality by omission in common and civil law is presented.

Key words: causality; omission; civil law; common law

* Ivan Vukušić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, 21000 Split, ivan.vukusic@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7738-969X