

Др Недељко Јованчевић\*

## ИЗВРШИЛАШТВО И САУЧЕСНИШТВО КРОЗ НЕЧИЊЕЊЕ

*Нечињење је структурално различито од чињења, тако да се код кривичних дела извршених нечињењем додатно отежава утврђивање радње извршења и узрочности, а посебно је отежано разграничење извршилаштва и сучесности ва. Извршилаштво, као и саучесништво код извршења дела нечињењем, је за конска могућност (чл. 15 КЗ), којом се разликују права и неправа кривична дела нечињења. Саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир код извршења кривичног дела чињењем и нечињењем и може се сагледавати у релацијама: прво, саучесништво чињењем у делу нечињења; друго, саучесништво нечињењем у делу чињења; и треће, саучесништво нечињењем у делу нечињења. У првом случају могуће је саучесништво, као и подстрекавање и помагање, а у другом и трећем искључено је подстрекавање, а могуће је помагање, као и саизвршење. Одговорност „гаранта“ може бити утемељена како на императивним, тако и на прохибитивним нормама. Тако се, поред неспорних случајева који се темеље на императивним нормама, све више проширује одговорности гаранта за „правне дужности“, које представљају одређене „друштвене дужности“ (заједница живота, крвно или тазбинско сродство и сл.), али се не може одредити генерална обавеза на дужности чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. Аутор сматра да је разграничење извршилаштва и саучесништва код нечињења најадекватније према социјално персоналној теорији.*

Кључне речи: *Извршилаштво. Саучесништво. Нечињење. Гарант. Императивне и прохибитивне норме. Друштвене и правне дужности.*

### 1. УВОДНИ ПРИСТУП

Извршилаштво и саучесништво које се остварује нечињењем или пропуштањем дужног чињења веома је сложено питање, које

---

\* Аутор је адвокат из Београда, [njovancevic@orion.rs](mailto:njovancevic@orion.rs).

захтева озбиљну и обимну студију, каква недостаје у нашој литератури. Кривична дела остварена нечињењем, односно пропуштањем дужног чињења, имају бројне специфичности у односу на дела чињења пошто су структурално различита, због чега се не могу изједначити. Изражене супротности у поимању чињења и нечињења указују да, као објективна претпоставка за настајање кривичног дела, они не могу бити нити идентични нити супротни, већ суштински различити. Због тога се подвлачи да не постоје генерални критеријуми за разграничење.<sup>1</sup> Наиме, сви проблеми који се иначе срећу код одређивања извршилаштва и саучесништва, извршеног чињења, правне природе саучесништва, радње извршења, узрочности, посебно разграничења извршилаштва од саучесништва, вишеструко се умножавају код нечињења. Ово не само због замршених односа у области саучесништва, већ због чињенице да кривичноправна догматика још увек трага за бројним решењима у домену кривичних дела нечињења.<sup>2</sup>

Када се одреди појам извршилаштва и саучесништва код извршења дела чињењем сходно релевантним научним теоријама, по себи постаје јасно које форме или облици који се појављују у оквиру саучесничког деловања нису извршилачки, односно који могу бити саучеснички (у облику подстрекавања или помагања). У том правцу се не могу заобићи резултати каузалних теорија (формално-објективне теорије), које одражавају „златну средину између начина посматрања“, а које се држе искључиво стварне вредности и онога што дефинише само смисао чињења или нечињења.<sup>3</sup> Према овој теорији, радња чињења или нечињења се одређује као „вољно испољен телесни покрет или вољно пропуштање дужног чињења“. Убица који је у жртву пуцао из ватреног оружја, који је неког усмртио убодом ножа, који је провалио у радњу и однео злато, сведок који под заклетвом лаже и сл. су очигледни начини испољавања радњи, тако да за сваког објективног посматрача то представља извршење и разликује се од саучесништва. Но, код одређивања бројних других ситуација у којима се испољава радња чињења, нарочито радње саучесника, као и код нечињења, резултати каузалних теорија не дају

<sup>1</sup> Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin New York 2000<sup>7</sup>, 702 703 наводи да разграничење није могуће ни по теорији власти над делом.

<sup>2</sup> Према мишљењу Роксина, најновије научне дискусије и различита мишљења немају своје корене у учењу о саучесништву, већ у неразјашњеним основним питањима догматике нечињења. Он истиче да ће морати још доста да се ради до постизања коначног решења проблематике нечињења у области саучесништва, С. Roxin, 702 707.

<sup>3</sup> Роксин, сматра да ова теорија никада није била довољно призната, па чак и назив „објективна“ не носи са правом, јер управо она води рачуна о касније толико наглашеном субјективно финалном елементу, С. Roxin, 35.

задовољавајућа решења, па се мора окренути другим критеријумима који се налазе у оквиру субјективних теорија (долусне и интересне),<sup>4</sup> мешовитих теорија, те оних које су се касније појавиле – теорији о власти и моћи над делом<sup>5</sup> као и социјално-персоналним теоријама.<sup>6</sup> Данас у науци преовлађује схватање појма извршилаштва у нешто ширем смислу, јер је извршење могуће и посредно, чак и без учешћа у радњи извршења. По мишљењу Маураха (*Maurach*), „извршилац је онај који предузме законски типизирану радњу и остварује у законском опису одређено кривично дело“.<sup>7</sup> Али, извршилаштво се може одредити и сходно мешовитим теоријама (објективно-субјективним),<sup>8</sup> које су данас најзаступљеније, тако што се „проширује круг делатности које се сматрају радњом извршења кривичног дела уз постојање умишљаја извршиоца или се захтевом објективизирани воље траже извесне спољне манифестације, које логично повезују делатност саучесника са радњом извршења кривичног дела“.<sup>9</sup> Тако се извршилаштво испољава у три облика, и то као: непосредно извршилаштво (*Alleintäterschaft*), посредно извршилаштво<sup>10</sup> (*Mittelbare Täterschaft*) и саизвршилаштво (*Mittäterschaft*).<sup>11</sup> Дакле, одређи-

<sup>4</sup> О субјективним теоријама вид. С. Roxin, 51 57.

<sup>5</sup> О развоју теорије власти над делом вид. опширно, С. Roxin, 68 89. По Велцелу (*Welzel*), да би се радило о извршењу, потребно је да се испуне три предуда слова, и то: финална владавина над делом, субјективни и објективни критеријуми. Он се слаже и са минималним учешћем у извршењу дела, ако има владавину над делом. Тако „критеријум воље“ извршиоца замењује условом да извршилац мора бити „саносилац одлуке у делу“. Минус у објективној сарадњи се мора надокнадити плусом у виду посебног доказа о учествовању у доношењу одлуке за извршење зло чина“, нав. према С. Roxin, 68. У овом смислу је концепција саизвршилаштва у чл. 33 Кривичном законнику Србије од 2005. године.

<sup>6</sup> Зоран Стојановић, *Кривично право Општи део*, Београд 2006<sup>12</sup>, 107 109.

<sup>7</sup> Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, Heidelberg 1984<sup>6</sup>, 205. Овде се ради о једној од прихватљивих дефиниција, у случајевима где је извршење каузално везано за извршиоца. По истима, „извршење је лично остварење дела, али може да се изведе и коришћењем другог као средства извршења“ (посредно извршилаштво).

<sup>8</sup> Због различитог теоретског приступа и различитог дефинисања појма извршиоца на VII конгресу Међународног удружења за кривично право, одржаног у Атини 1957. године, дошло се до дефинисања извршиоца на начин: „Непосредни извршилац је онај који својом радњом оствари битна обележја (субјективна и објективна) кривичног дела. Ако се ради о нечињењу онда је непосредни извршилац онај који пропусти обавезу чињења“, вид. Bogdan Zlatarić, *Saučesništvo* (skripta), Zagreb 1965 1966, 58.

<sup>9</sup> Јанко Таховић, *Кривично право Општи део*, Београд 1961, 298. 299.

<sup>10</sup> Мирослав Ђ. Ђорђевић, „Посредни извршилац кривичног дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1994, детаљно вид. 53 61.

<sup>11</sup> О више облика извршилаштва детаљно вид. R. Maurach, K.H. Gössel, H. Zipf, 212. Вид. и Fritjof Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München 1998<sup>8</sup>, 198, 199;

вањем појма извршиоца према мешовитим теоријама реално се проширује појам извршиоца и на оне који нису директно учествовали у радњи извршења, али су битно допринели извршењу дела. На тај начин се отвара простор за савремена схватања појма извршиоца у нашој теорији и пракси, првенствено помоћу познате теорије власти над делом.<sup>12</sup> У Кривичном законнику Србије од 2005. године (даље КЗ),<sup>13</sup> нормативно се не одређује појам *извршиоца*, већ се он формира на основу општих и посебних одредби кривичног закона, као и судске праксе.<sup>14</sup> Наиме, када је у питању „извршилац самац“, сходно објективно-субјективном схватању, не појављују се већи проблеми, јер је извршилац сâм носилац радње извршења, односно „индивидуални извршилац има власт над радњом извршења дела“.<sup>15</sup> Али, извршилац у оквиру саучесништва функционише битно другачије и он у оквиру тог склопа може сâм да изврши радњу кривичног дела уз допринос осталих. При том је могућ и извршилац који физички није предузео радње извршења дела – интелектуални извршилац, уз допринос оних који су физички деловали на радњи извршења и тиме су у улози саучесника дали допринос интелектуалном извршењу.<sup>16</sup> По рестриктивном схватању појма извршиоца (које имплицира јединство кривичног дела и акцесорну природу саучесништва), извршиоцем кривичног дела се сматра лице које је извршило ону радњу коју закон одређује као радњу извршења одређеног кривичног дела,

Udo Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1993<sup>2</sup>, 176 183, који се слажу у елементима који конституишу те форме, а који се свде на објективне и субјективне. У истом смислу вид. З. Стојановић, 258.

<sup>12</sup> *Коментар Кривичног закона СРЈ* (даље: *Коментар КЗЈ*), (ред. Н. Срзентић *et al.*), Београд 1995, вид. опширно 129, те 142 144. Посебно, М. Ђ. Ђорђевић, 53 54.

<sup>13</sup> *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, исп. бр. 107/05, измене и допуне, бр. 72 од 3. септембра 2009 и 111/2009, од 29 децембра 2009. године.

<sup>14</sup> У немачком КЗ (*StGB/1987*) се одређује појам извршиоца, посредног извршиоца и саучесништво. У ст. 1. § 25, као извршилац казниће се ко је кривично дело извршио сам или посредством другог лица, а саизвршилац се појмовно одређује у ст. 2 § 25. О овом детаљно вид. Недељко Јованчевић, *Подстрекавање облик саучесништва и самостално кривично дело*, Службени гласник, Београд 2008, 73, 74, 82, 105, 155 и даље, М. Ђ. Ђорђевић, 56 57.

<sup>15</sup> *Коментар КЗЈ*, 129. Надаље у истом смислу вид. Никола Срзентић, Алек сандар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право, Општи део*, Београд 1978, 269. Ово је идентично са схватањем појма извршиоца по француском кривичном праву: „учиниоцем, за разлику од помагача, сматра се онај који је извршио радњу која улази у законски опис, или барем акте нужне за њено извршење“, вид. Богдан Златарић, „Напомене о саучесништву у новом Кривичном законнику“, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1951, 120 и 121 фн. 11.

<sup>16</sup> Тако Маурах (*Maurach*), и не само он, прихвата „интелектуално извршење“ када каже: „саизвршилац је онај, који без личног извршења надзире процес извршења, управља и влада поступцима, а подстрекач је онај који свој допринос делу даје кроз убеђивање још неодлучног“, нав. према С. Roxin, 38 39.

док би сва остала лица која су предузела радње које су допринеле, односно условиле наступање последице, имале својство саучесника.<sup>17</sup> Од овог схватања треба поћи, јер ако би се определили за шири, екстензивни појам извршиоца, код којих су сви учесници у делу извршиоци, односно саизвршиоци посебног кривичног дела (теорија о самосталној природи саучесништва, јединствени појам извршиоца и плуралитет кривичних дела), то би довело до тога да се негира појам саучесништва, а сви који учествују у извршења дела на било који начин и у било којем облику су извршиоци сваки за себе посебног дела.<sup>18</sup> Иначе, спорна је и правна природа кривичних дела нечињења, где би се требало приклонити мишљењима оних који сматрају да се она мора посматрати са гледишта противправности.<sup>19</sup> Код одређивања радњи саучесника, и поред свих проблема, најбоље је то разматрати према социјално-персоналним теоријама, које одређују саучесничко деловање као „друштвено релевантно испољавање личности или остварење воље“, али не треба занемарити и резултате различитих варијанти објективно-субјективних теорија. Код подстрекавања, посебно где се све радње своде на интелектуално деловање, и код психичког помагања, одређивање радње извршења саучесника није могуће према каузалним теоријама, јер се ту не ради о вољном испољеном телесном покрету или вољном пропуштању телесног покрета. Код овог разграничења нарочито треба обратити пажњу да ли је подобно то учинити помоћу теорије познате као теорија о власти и моћи над делом.<sup>20</sup>

## 2. РАДЊА НЕЧИЊЕЊА

Нечињење, или боље рећи пропуштање дужног чињења, је веома неодређен појам и околности које заснивају такав положај и обавезе учиниоца „представљају неписана обележја бића кривичног дела нечињења“.<sup>21</sup> Онтолошки гледано, нечињење није радња

<sup>17</sup> Недељко Јованчевић, „Појам извршилаштва у савременом кривичном праву“, *Бранич часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 3 4/2005, 33.

<sup>18</sup> Hans Heinrich Jescheck, Tomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Freiburg Köln 1995, 648, 649. Надаље вид. С. Roxin, 28; Kristian Kühn, *Straf recht, Allgemeiner Teil*, Verlag Ranz Vahlen München 2008<sup>6</sup>, 573, 576, 585.

<sup>19</sup> Таховић наводи да се правна природа кривичних дела нечињења може уочити тек када се испита њихова суштина са гледишта противправности, вид. Ј. Таховић, 104.

<sup>20</sup> У том правцу Роксин закључује да се код сагледавања ове проблематике не може заобићи: учење о кривизи код Хеглера (*Hegler*), теорија адекватности код Брунса (*Brunns*), образложење субјективне теорије о саучесништву код Вебера (*Weber*), идеја о дужности код Еберта Шмита (*Schmidt*), каузални појам код Хорна (*Horn*) и, коначно, учење о радњи код Велцела (*Welzel*), о овом вид. више С. Roxin, 64.

<sup>21</sup> Становиште Великог сената (већа) Савезног суда Немачке у одлуци BGHSt 3, 65.

и на једном природном плану нечињење не егзистира као радња (пуко мировање, непокретање, пасивно држање). Код нечињења се узима у обзир одређено социјално држање неког лица код којег се очекује одређено понашање, конкретније које је имало обавезу на одређено понашање, тако да пасивно држање вређа такве обавезе. Конститутивно, централно обележје нечињења није зато „не чинити“ – већ „не чинити нешто одређено, очекивано“. Нечињење је основа бројним кривичним делима, „оно је њихова радња извршења“,<sup>22</sup> те се пропуштањем дужног чињења угрожавају или повређују заштићена добра. Нечињењем се могу извршити она дела у којима је нечињење (пропуштање) одређено као кривично дело, затим дела која се могу извршити и чињењем и нечињењем, док се нека дела уопште не могу извршити нечињењем. Специфичност радњи код нечињења, које имају социјалну релевантност и тиме кривично-правну, а које не карактеришу атрибути натуралне природе (вољно испољен телесни покрет), захтева објашњење у оквиру социјалног учења о радњи.<sup>23</sup> Наиме, социјалне теорије подразумевају нормативну оцену и вредновање одређене људске радње према спољном свету и друштвеној стварности,<sup>24</sup> тако да се радња одређује као „друштвено релевантно испољавање личности“. Нечињењем се, пре свега, извршавају она дела код којих је радња извршења негативно одређена. Но, нечињењем се врше и она дела која се по правилу врше чињењем и чија је радња у закону активно постављена. Радња која се огледа у пасивном држању учиниоца, „пропуштању да се предузме одређено чињење“ или „пропуштању дужног чињења“ одређена је у чл. 15 КЗ. У првом случају извршилац дела је онај који је пропустио одређено чињење на које је законом био обавезан и тиме је повредио *императивну* норму<sup>25</sup> (права кривична дела, ст. 1), а у другом случају се извршава дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио

<sup>22</sup> Franjo Vačić, *Krivično pravo opći dio*, Zagreb 1986, 173.

<sup>23</sup> Иначе, резултати каузалних теорија у многим случајевима нису задовољавајући ни код одређивања дела чињења у разним облицима извршилаштва и саучесништва.

<sup>24</sup> З. Стојановић, 105.

<sup>25</sup> По мишљењу Таховића, кривична дела нечињења противна су нормама које налажу, захтевају одређено понашање, тзв. *императивне* норме, а супротно, кривична дела чињења противна су нормама које забрањују извесно понашање, та козване *прохибитивне* норме (курзив Н. Ј.), Ј. Таховић, 104. Када су у питању права кривична дела нечињења, није спорно да се тиме повређују императивне, наређујуће норме, али када су у питању тзв. неправна кривична дела ту постоје разлике у теоретском схватању, па се чак истиче да се нечињењем могу само повредити императивне норме, а не и прохибитивне норме. Цетинић, сматра да „и правим и неправим кривичним делима пропуштања крши се увек наређујућа, тј. императивна норма“, Маринка Цетинић, *Кривична дела пропуштања* (докторска дисертација), Београд 1990, 177 178, 181 182.

обележја тог дела и тиме је повредио *прохибитивну* норму.<sup>26</sup> Овде се „дужно чињење“ заснива на „правним дужностима“ које проистичу из других грана права (неправа кривична дела, ст. 2). Одмах треба рећи да се и у првом и у другом случају ради о извршиоцу дела који се у теорији назива „гарант“.<sup>27</sup> С обзиром на то да саучесник није извршилац дела, већ да својим радњама даје само допринос извршењу дела, и саучесник се, с обзиром на своје законом прописане обавезе или дужности чињења, може назвати саучесником „гарантом“. Супротно наведеном постоји схватање да се и код правих и код неправих кривичних дела нечињења увек крши наређујућа императивна норма и с аспекта повреде норме код дела пропуштања нема никакве разлике.<sup>28</sup> Коначно, треба истаћи и треће схватање, које би се могло назвати компромисним. Ако се ова подела темељи на императивној или прохибитивној норми, односно „заповеди“ или „забрани“, сматра се да у суштини свака норма у себи садржи и наредбу и забрану (пример са убиством). Иначе, није мали број теоретичара кривичног права који сматрају да је погрешно разликовање норме „заповести“ и норме „забране“.<sup>29</sup>

### 3. УЗРОЧНОСТ КОД НЕЧИЊЕЊА

Пре него што се окрене разграничењу извршилаштва и саучесништва нечињењем, потребно је изложити неколико општих питања о узрочности код нечињења. Наиме, код нечињења се поставља старо питање да ли се и нечињењем може проузроковати одређена промена у спољном свету, тј. да ли је нечињење као узрок могуће код правих и неправих кривичних дела нечињења.<sup>30</sup> Ово из разлога што постоје теорије које говоре да је и ту каузалитет могућ као и

<sup>26</sup> Таховић сматра да су основне норме ових кривичних дела оне исте забрањујуће норме на којима се заснивају одговарајући облици ових кривичних дела извршених чињењем, такозване прохибитивне норме, вид. Ј. Таховић, 104.

<sup>27</sup> Теорија гаранта приписује се Наглеру (*Johannes Nagler*), који је још у свом делу *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung der Gerichtssaal* из 1938. године, први развио поделу на праве или неправе гарантивне оmissивне деликте, „Учиниолац пропуштања се има сматрати гарантом за ненаступање последице од које зависи да се енергија, која је у супротности са правом, отклони или учини нешкодљивом“.

<sup>28</sup> На овом становишту је М. Цетинић, 282. Сматрамо да је тачно да се пропуштањем вређа „дужно чињење“, које је засновано на некој правној дужности, али тим пропуштањем се не вређа само та норма, већ пропуштањем долази до остварења дела које је утемељено на *прохибитивној норми*, норми забране.

<sup>29</sup> Schmidhäuser, Nagler, Liszt, Schmidt, Baummann, Maurach и др, нав. према, М. Цетинић, 178.

<sup>30</sup> Питање узрочности код кривичних дела нечињења у науци је спорно, али нарочито се код неправих кривичних дела нечињења оспорава узрочност.

код чињења, до потпуно супротних теоретских схватања, да се код пропуштања не може говорити о каузалитету у природном смислу, као природном закону, јер то подразумева активно понашање. Још су Фојербах и други (*Feuerbach, Garrera, Ortalon*) сматрали да се извесна дела могу извршити нечињењем, али нису испитивали карактер тог нечињења с гледишта узрочности, већ су се задовољавали његовом *противправношћу*, што је доследно заступао Лист (*Franz v. Liszt*).<sup>31</sup> Он је сматрао да „из ничега не може ништа ни бити“ (*aus nichts kann nichts werden*), а да је нечињење „самостална форма кривичне радње“.<sup>32</sup> После оваквих теоретских схватања, померала се мисао и у правцу схватања да се и нечињење доведе у узрочну везу са наступелом последицом – кривичним делом (*Krug, Luden, Cirkler*).<sup>33</sup> Не улазећи у различита теоретска схватања која траже узрочност у нечињењу, поменућемо само теорију нечињење – услов,<sup>34</sup> код које се сматра да је услов последице све оно што је допринело произвођењу исте, другим речима, без чега она не би била произведена. Тада је нечињење *негативни услов*. Наиме, и код чињења сваки услов није узрок последице, па исто тако свако нечињење услов није узрок последице у питању, али није искључено да буде.<sup>35</sup> Коначно, према Живановићу, и нечињење може бити услов, па према томе и узрок последице у питању.<sup>36</sup> Иако се овде упућује на разликовање радњи које чине услов и радњи које чине узрок последице у питању као могућег методолошког пута за разликовање извршилаштва од саучесништва код нечињења, ни овај подухват није без озбиљних недостатака, пошто је тешко одвојити услове који су узрок последице у питању од оних услова који то нису, али су умешани у узрочни ток. У сваком случају, код нечињења каузалитет није могућ као природна законитост, али је општепроширено мишљење да је специфичан

<sup>31</sup> Franz v. Liszt, Eberhard Schmidt, *Lerbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin Leipzig 1932<sup>26</sup>, 171. Ово је дословно пренесено у уџбенику Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део*, I, Београд 1935, 171.

<sup>32</sup> Код нечињења не може бити узрок последице у питању, те такво дело постоји без узрочности као састојка, вид. F. v. Liszt, E. Schmidt, 171, те Т. Живановић, (1935), 174.

<sup>33</sup> Миодраг Аћимовић, *Кривично право, Општи део*, I, Суботица 1937, 54. Према Н. Срзентићу у кривичном праву процењује се узрочност између радње чо века и последице која је наступила. Значи да се у кривичном праву мора водити рачуна о финалној (целисходној), а не елементарној узрочност, вид. Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 147.

<sup>34</sup> Т. Живановић, (1935), 175. Вид. опширније Н. Јованчевић (2008), 179, као и F. v. Liszt E. Schmidt, 171.

<sup>35</sup> Т. Живановић, (1935), 175.

<sup>36</sup> Живановић је у оквиру дефиниције о узроку устврдио да и нечињење може бити узрок последице у питању (теорија нечињење услов), Т. Живановић, (1935), 175. Надаље, у истом смислу, Тома Живановић, *Основни проблем кривичног права и друге студије (Класици југословенског права, књ. 4)* Београд 1986, 271, 283.



каузалитет могућ, или да је могућ само *хипотетички каузалитет*.<sup>37</sup> Супротно онима који налазе узрочност нечињења као и код чињења, Маурах сматра да веза која се успоставља између понашања учиниоца (пропуштања) и последице није природно пропуштање (*Nichtstun*), него *друштвено-социјално* пропуштање (*Etwas-nicht-Tun*). Отуда је „очекивана радња“ код дела нечињења хипотетички феномен, а фактичко је питање које је радње учинилац требало да предузме да би спречио наступање последице.<sup>38</sup> У нашој теорији преовлађује мишљење да је специфична узрочност могућа и код кривичног дела нечињења (пропуштања).<sup>39</sup> По мишљењу Стојановића,<sup>40</sup> узрочност код нечињења се не може решавати као код чињења и мора се поћи од „социјалног значаја пропуштања“, а код тога потребно је уносити и нормативне, односно правне елементе, да би се дело објективно могло приписати гаранту.<sup>41</sup> Ако се узрочност код нечињења састоји у „пропуштању да се један узрочни ланац скрене са свог редовног тока, чиме долази до забрањене последице“, то је у ствари исто хипотеза – *хипотетичка узрочност*.<sup>42</sup> Ако се пође од тога да је нечињење релевантно само ако је законом одређено „кажњиво пропуштање као такво“ или ако учинилац „пропуштањем дужног чињења“ није спречио наступање последице, то онда упућује на одређене правне дужности.<sup>43</sup> Због тога мислимо да узрочност код нечињења треба везати за *правне дужности* учиниоца који свесно и вољно пропушта одређено чињење противправним поступањем, које има друштвено

<sup>37</sup> К. Kühl, 585; Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 608, 618-620; З. Стојановић, 118, као и Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 147-148.

<sup>38</sup> Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, FC Müller, Karlsruhe 1971<sup>4</sup>, 592.

<sup>39</sup> Тако Н. Срзентић и др. наводе: „по нашем мишљењу пасивно држање човека може да произведе одређену последицу. Истина произвођење последице нечињењем има своје специфичности оно се састоји у пропуштању да се један узрочни ланац скрене са редовног тока, али та специфичност својствена је узрочно сти у друштву, узрочност која има карактер целисходности“, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 148.

<sup>40</sup> З. Стојановић, 117, 118, 119.

<sup>41</sup> З. Стојановић, 105. Иначе, ово схватање се може довести у везу са Рокси новом теоријом о објективном урачунавању, која на простору Немачке добија све већи значај, нав. према З. Стојановићу, 117.

<sup>42</sup> З. Стојановић, 105. У науци се поставља и питање о најадекватнијој теоријској подлози за хипотетичку узрочност, односно да ли је то теорија *адекватна* или *concordia sine quo non*. Мишљења су подељена. Ипак у Немачкој сматрају да је теорија *coditio sine quo non* дала слабе резултате код кривичних дела пропуштања (Н. Н. Jescheck и др.).

<sup>43</sup> Тако су инжењери, предузимачи, лекари, хемичари, и овима подобна лица у извршењу радње своје професије, дужна да предузимају све потребне мере против опасности и несретних случајева који прете другим лицима, а ако ове мере пропусте и тиме проузрокују последицу, одговарају за кривично дело, у чије биће последица улази, нав. према М. Аћимовић, 55.

релевантни одраз и основу за прекор. У немачкој кривичноправној догматици и у судској пракси, узрочност у физичком смислу је без значаја за кривична дела нечињења, а код тога утврђења узимају се у обзир и социјални и нормативни аспекти.<sup>44</sup> У више одлука Врховни суд Немачке заузима исто становиште, које се може у најкраћем свести на то да „при утврђењу узрочности код кривичних дела нечињења правно очекивану радњу (чињење које је по закону обавезно) треба довести у везу са вероватноћом да последица (чије је спречавање по закону обавезно) неће наступити“.<sup>45</sup>

#### 4. ИЗВРШИЛАШТВО НЕЧИЊЕЊЕМ

Ако се кривична дела нечињења посматрају као деликти против дужности, онда повредом своје ванкривичноправне обавезе кроз нечињење, гарант без даљњег постаје извршилац.<sup>46</sup> У чл. 15 КЗ одређено је да се дело може учинити, нечињењем када закон „пропуштање“ предвиђа као кривично дело (ст. 1) или ако учинилац пропуштањем дужног чињења оствари обележја кривичног дела (ст. 2). Но, то не значи да се сва дела чињења могу извршити нечињењем (на пример, крађа се се не може извршити нечињењем – али је могуће саучесништво у делу крађе нечињењем; или давање лажног исказа, чл. 335. КЗ и др).<sup>47</sup> *Права кривична дела*

<sup>44</sup> По становишту Врховног земаљског суда у Карлсруеу „да се радње чињења и нечињења не могу разлучити чисто емпиријски сходно каузалним теоријама, већ тако што ће се на основу *нормативног* разматрања и оцене социјалног смисла инкриминисане радње утврдити тежиште кривичноправног релевантног понашања“, Димитрије Павловић, „Кривична дела нечињења у пракси судова Савезне Републике Немачке“ *Бранич* 4/1995, 57-58. За дела нечињења вид. § 13 StGB у коме се појам кривичног дела нечињења везује за законску обавезу на чињење (у даљем тексту ће се наводити ознаке одлука немачких судова према преводу Д. Павловића у помену том раду). Опширније вид. К. Kühn, 585-591.

<sup>45</sup> Д. Павловић, 58.

<sup>46</sup> Према Роксину, саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир само у случају, када се обележје дела не може остварити нечињењем, на пример, код својеручних деликата и код деликата са субјективним елементима обележја дела, који неком спољном лицу нису доступни, вид. С. Roxin, 702. У литератури и пракси се заступа мишљење да се поред извршиоца дела нечињењем може појавити једино помагач, ако постоји активни извршилац радње, али и тако владајуће учење почиње да се колеба., вид. С. Roxin, 702, 707.

<sup>47</sup> Код неких кривичних дела, која се могу извршити само са једним одређеним својством, тзв. *delicta propria* (властита дела) сваки саизвршилац мора имати то својство. Ако нема то својство па макар деловао тако да је носилац радње извршења или *cum animus auctoris*, он може да буде само подстрекач или помагач, али не саизвршилац, што је довело до тога да заступници субјективне теорије у овим случајевима изврше кориговања својих становишта и до ограничене субјективне теорије о саизвршилаштву. Вид. Н. Срзентић, А. Стајић, Ј. Лазаревић, 272.

нечињења<sup>48</sup> могу се извршити само „нечињењем када закон пропуштање да се предузме одређено чињење предвиђа као кривично дело“ (ст. 1). Пропуштање је законодавни мотив, те је кажњиво. Овде се субјекту радње предочавају правила понашања која су обавезна. Ту избора нема у смислу чињења или нечињења. Кажњиво је пропуштање као такво. Диспозиција нормe је принудна, па се зато и зову принудне или императивне нормe (на пример, непријављивање припремања кривичног дела из чл. 331, непријављивање кривичног дела и учиниоца из чл. 332, неиспуњење и напуштање дужности за време борбе из чл. 424 КЗ, избегавање војне обавезе из чл. 394, излагање опасности из чл. 125, напуштање немоћног лица из чл. 126, непружање помоћи из чл. 127 КЗ, и др). Код *неправих кривичних дела нечињења*<sup>49</sup> радња извршења је тако постављена да „нечињењем може бити учињено и кривично дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела“ (ст. 2). Дакле, кажњиво је пропуштање дужног чињења, а које се огледа у неспречавању наступања последице.<sup>50</sup> На пример, убиство може бити извршено и чињењем и нечињењем (на пример, када мајка малом детету не даје храну). За неправу кривична дела нечињења главно је питање постојање „дужности чињења“, те га може извршити само лице које је имало дужност чињења.<sup>51</sup> Постојање правне дужности која проистиче из неких других прописа мора се утврдити у сваком конкретном случају, да би се радило о гаранту као учиниоцу дела. Уколико гарант свесно и вољно пропусти да предузме одређену радњу на коју га обавезује нека друштвена норма, па због тога наступи последица дела, он се сматра извршиоцем дела. У науци и пракси нису спорни следећи основи „дужности“

<sup>48</sup> Оваква подела се налази и у § 13 немачког Кривичног законика /StGB/, верзија од 1987. године (прев. Д. Павловић), Центар маркетинг, Београд 1998. У пракси немачких судова, права кривична дела нечињења су она код којих се радња извршења састоји у пропуштању радње чије извршење налаже закон (на пример, кривично дело непријављивање злочина §138 StGB или неиспоручивање радиоактивног отпада § 326 ст. 2. StGB).

<sup>49</sup> Неправа кривична дела нечињења, према становишту Великог кривичног сената (већа) Савезног суда (*Grosser Senat in Strafsachen* GrSSSt), су она кривична дела код којих је учинилац као гарант обавезан да спречи последицу. Пропуштањем радње којом се последица могла спречити у вредносном смислу остварује се последица која одговара последици код кривичног дела чињења, BGHSt 280, 281.

<sup>50</sup> Зоран Стојановић, *Коментар КЗ Србије*, Београд 2009<sup>2</sup>, 79.

<sup>51</sup> Судска пракса немачких судова је сагласна да нечињење не представља пасивно нечињење, већ непредузимање тачно одређене и законом обавезне радње. Која ће радња бити „законом обавезна радња“ фактичко је питање. На пример, ко није у могућности или не зна да укаже помоћ повређеном може и има законску обавезу да позове лекара или хитну помоћ. Подразумева се да закон обавезује на вршење само оних радњи које је физички и објективно могуће извршити, Д. Павловић, 59. Из овог се види да је оваква концепција у целости у складу са одредбом чл. 15 КЗ.

који се темеље на: 1) законском пропису, 2) неком правном послу, уговору или службеном односу или 3) дужности заснованој на претходном чињењу (на пример, хирург који почне операцију дужан је да је доврши).<sup>52</sup>

Ретки су примери објављених одлука наших судова које се одnose за дела нечињења,<sup>53</sup> али зато у немачкој пракси толико има пресуда у којој се разјашњавају животни случајеви нечињења у разним облицима да би било пожељно детаљније их приказати. У бројним одлукама се упућује на разграничење дела чињења и нечињења сходно социјално-персоналним теоријама.<sup>54</sup> Тако се у једном примеру поставило питање да ли је возња без светала, радња чињења или нечињења. У првом случају радило би се о повреди прохибитивне норме, а у другом случају о повреди императивне норме. Закључено је да се ипак ради о радњи чињења. Она три основа која усваја теорија и пракса која се односи на „правну дужност“ нису спорни, „међутим ако се пође од става да су релевантне моралне и друштвене дужности“, онда се претходно чињење којим је створено опасно стање, може неконтролисано проширивати и тако би се знатно проширила сфера неправих кривичних дела нечињења.<sup>55</sup> У литератури се наводе бројни случајеви који остављају дилему у погледу дужности чињења. Тако је питање да ли заједница живота намеће дужност чињења, као и да ли ту дужност намећу неки облици тазбинског или крвног сродства. У немачком праву положај гаранта може се сагледати код посебних правних односа, и то: код односа између

<sup>52</sup> Овде се ради о старој теорији то је тзв. *теорија извора* или *формална теорија правних дужности* (класична теорија). Њој се приговара да гарантне дужности одређује са формалног становишта, не упуштајући се у садржину гарантних дужности. Ту се не веже заштита за одређена добра или да се обезбеди контрола над извором опасности. О *функционалној теорији*, вид. више Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 620 621. Надаље, о модерном схватању гаранта дужности, вид. Хафтов шематски приказ структуре гаранта код пропуштања. Он истиче, да модерне теорије полазе од тога да су могуће две основне позиције из којих могу настати обавезе гаранта: обавеза заштите за одређене *изворе опасности* (одговорност због пропуста) и обавеза заштите *одређених правних добра* старатељство (обавезе старатеља и родитељске обавезе). У даљој разради, за изворе опасности, то се односи: 1. само на изазване изворе опасности (претходно чињење), 2. на отклањање опасности за које је извршилац контролор извора опасности и 3. на отклањање опасности од људи. Детаљније вид. F. Naft, 183 185.

<sup>53</sup> Прегледом судске праксе Окружног суда у Београду и Врховног суда Србије, за период од последњих пет година, нисмо нашли одлуке које се односе на кривична дела нечињења пропуштања или такве евиденције не постоје, што би био посебно велики пропуст.

<sup>54</sup> OLG Karlsruhe GA, 1980, 429, вид. Д. Павловић, 57 58. За дела нечињења вид. § 13 StGB у коме се појам кривичног дела нечињења везује за законску обавезу на чињење.

<sup>55</sup> На ово упозорава З. Стојановић, (2006), 111.

супружника,<sup>56</sup> сродника по правој линији,<sup>57</sup> васпитача и несродног васпитаника,<sup>58</sup> браће и сестара и вереника,<sup>59</sup> али из образложења пресуда се не налази генерална обавеза на дужност чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. Према томе, природа оваквих односа може наметнути и дужности на чињење, којим би се отклонила опасност од неког лица. Тако је у једној пресуди Врховни суд заузео став да је власник стана као гарант дужан да спречи да његови гости опљачкају подстанара, јер је станодавац дужан да гарантује такву врсту заштите.<sup>60</sup> Постоји и обавеза која произлази из животног заједништва и заједништва у опасности. У пракси је неспорно да постоји обавеза на основу претходне радње, али када се радње чињења и нечињења испреплићу, потребно је користити мешовите теорије. У једном случају окривљени је покушао да изазове побачај, након чега се родило живо дете. Након тога је мајка оца детета удавила дете, док је окривљени то само посматрао. Остало је спорно да ли га треба казнити као извршиоца или помагача. Код овог суд инсистира на унутрашњој оријентацији воље према делу и према последици. За последицу уклањања детета нарочито је била заинтересована мајка. Окривљени се могао бојати да би се могао леш открити. Овде се ради о комбинацији долусне теорије и теорије власти над делом. Суд је пресуду засновао на интересу, а питање владавине над делом је непримењиво.<sup>61</sup> У погледу саизвршилаштва кроз нечињење могуће су разне комбинације уколико су саизвршиоци имали дужност чињења. Код саизвршилаштва и саучесништва би се примењивала општа правила о саизвршилаштву, док код саучесништва у ужем смислу има одређених одступања. Код овог би била потребна свест о заједничком непредузимању тачно одређене и законом обавезне радње. Која ће радња бити законом обавезна, фактичко је питање. Овде је могућ случај „невршење службене дужности“ од стране службених лица (чл. 359 КЗ) или „пропуштање дужног надзора“ (чл. 361 КЗ), и сл. У опису неких дела где се радња одређује и оставља могућност да то буде и „на други начин“, сматрамо да је то могуће и пропуштањем дужног чињења.

<sup>56</sup> BGHSt 2, 150.

<sup>57</sup> BGHSt 7, 19, 167, 268.

<sup>58</sup> BGHSt 55, 104.

<sup>59</sup> BGHSt 66, 71.

<sup>60</sup> BGHSt 69, 321.

<sup>61</sup> C. Roxin, 96.

## 5. САУЧЕСНИШТВО НЕЧИЊЕЊЕМ

У Закону се изричито не говори о саучесништву нечињењем (подстрекавању или помагању), мада се одређује извршење дела нечињењем (чл. 15 КЗ). Но у Закону стоји кривично дело „учињено нечињењем“ (ст. 1), или „пропуштањем дужног чињења“ (ст. 2). С обзиром на то да се под учиниоцем сматрају извршилац, саизвршилац подстрекач и помагач (чл. 112, ст. 11), није сасвим јасно како саучесник може да извршава дело, јер не може бити носилац радње извршења, већ само даје допринос извршењу. Али, у овом случају сматрамо да се ради о саучесницима који дају допринос извршењу дела, па се намеће даље питање, да ли се однос између саучесника и извршиоца код нечињења може посматрати по акцесорној теорији или другачије, с обзиром на обавезе „гаранта“ сходно „опасности за правно добро“ и „могућности деловања“, што би представљало одступање од правила акцесорности. Иначе, саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир код извршења кривичног дела чињењем и нечињењем. Тако се саучесништво нечињењем може разматрати у три правца: прво, саучесништво чињењем у делу нечињења; друго, саучесништво нечињењем у делу чињења; и треће, саучесништво нечињењем у делу нечињења.

У првом случају могуће је саучесништво као и подстрекавање и помагање, у другом и трећем искључено је подстрекавање, а могуће је помагање као и саизвршење. Дакле, саучесништво код кривичних дела нечињења може се остварити само помагањем – на пример, када један гарант нечињењем пружа помоћ другом гаранту, док се подстрекавање нечињењем по природи искључује. У пракси су чешћи случајеви саучесништва када лице које нема положај гаранта чињењем подстрекава гаранта на нечињење или му чињењем у томе помаже.<sup>62</sup> Није од догматског значаја да ли се допринос саучесника односи на права или неправна дела нечињења или се допринос односи на дела извршена чињењем или нечињењем. Саучесништво је могуће код извршења нечињењем и у оним случајевима који у науци и пракси нису спорни по основи и темеље се на законском пропису, неком правном послу, уговору или службеном односу или дужности заснованој на претходном чињењу. Подстрекавање на извршење дела нечињењем је класичан пример саучесништва у делу чињењем подстрекавања на нечињење гаранта. На пример, лице А наводи гаранта обезбеђења, лице Б, да пропусти дужно чињење, (не врши стражарску службу), како би лице Ц извршило крађу. Ту се могу применити општа правила о саучесништву и подстрекавању. Коначно, пошто није могуће подстрекавање нечињењем, у овом случају отпада

<sup>62</sup> По становишту Савезног суда Немачке, за саизвршилаштво код кривичног дела нечињења не постоје посебна правила, већ се примењују општа правила о саизвршилаштву. Одлука BGHSt, 24 I 85.

могућност саучесништва или саизвршилаштва. Постоји мишљење да је могуће подстрекавање и нечињењем, тзв. негативно подстрекавање, тј. „неотклањање мотива“ за кривичну одлуку (при постојању обавезе на чињење).<sup>63</sup> Ако се има у виду правна природа подстрекавања (акцесорна) и појам радње којом се може остварити подстрекавање (социјално-персонално), веома је тешко схватити извршење радње нечињењем код подстрекавања.<sup>64</sup> Неотклањање мотива би могла бити форма помагања у смислу пасивног држања гаранта, а никако подстрекавање, јер је подстрекавање активна радња којом се ствара, изазива одлука или учвршћује колебљива. Но, овде постоји и структурални проблем, јер се мотиви код потенцијалног извршиоца налазе у његовој психи или удаљенијој форми у односу на извршење, дакле у сфери некажњивих припремних радњи, па се поставља питање обавезе подстрекача на интервенцију ради отклањања мотива. Ако су мотиви за одлуку испољени, онда је то одлука за извршење дела, па је навођење беспредметно. Отклањање уочених мотива (мотиви нису елемент дела) је врста спречавања извршиоца да проведе своју мотивацију у одлуку за извршење дела, а то може бити само помагач или саизвршилац. Онај ко је одлучан да изврши дело, не може се навести на извршење (*ominimodo facturus*). Иначе, подстрекавање се не може извршити у извршилачким формама. Уколико би било тако, онда би се радило о тзв. извршилачком подстрекавању нечињењем, односно извршењу, а не о подстрекавању (*Hans Welzel* и др).

## 6. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ИЗВРШИЛАШТВА И САУЧЕСНИШТВА КОД НЕЧИЊЕЊА

### 6.1. Критеријуми за разграничење

Не постоје генерални критеријуми за ово разграничење.<sup>65</sup> По мишљењу Роксина, до сада су пропали сви покушаји да се код дела нечињења разграничи извршење од саучесништва, према генералним критеријумима. Он истиче да се владавина над делом не може применити на кривична дела нечињења, и да су „сви други покушаји диференцијације до сада показали као неизводљиви“.<sup>66</sup> Ово горе развијено учење, да је гарант извршилац дела када повреди своју ван-

<sup>63</sup> Према мишљењу Живановића, „могуће навођење нечињењем, тзв. негативно подстрекавање, наспрот позитивном, али тада је тешко утврдити постојање узрочне везе, а још теже постојање виности“, Т. Живановић, I, 181.

<sup>64</sup> F. Liszt, E. Schmidt, 338, 169-173. Овде се говори о суштини тезе, *aus nichts kann nichts werden* – из ничег не може ништа бити. О узрочности нечињењем наука почиње да се бави тек у XIX веку. Сматра се да је то „најнеплоднија борба која се икада водила у науци кривичног права“.

<sup>65</sup> О овом детаљније К. Kühl, 575-582.

<sup>66</sup> С. Roxin, 703.

кривичноправну дужност, потиче од Грунвалда и Кауфмана (*Grünwald* и *Kaufmann*). Но, у ситуацији кад гарант нечињењем допринесе да активни извршилац учини кривично дело, гарант може бити само помагач и то је владајуће мишљење.<sup>67</sup> Но, код овог нема разлога да се искључи и могућност саизвршења. Шта више, по *Stratenwerth*-у, већ сама могућност деловања „чини лице, које је дужно да делује, принципијелно извршиоцем кривичног дела нечињења“!<sup>68</sup>

Херцберг (*Herzberg*)<sup>69</sup> је изнео веома значајно учење које није сасвим оригинално, јер делимично следи Роксиново решење,<sup>70</sup> али представља вредан покушај разграничења саучесништва и извршилаштва, на основу разлика између „заштитничких гаранта“, који „са свих страна“ треба да заштите одређена правна добра и „надзорних гаранта“, који морају да контролишу само одређене „изворе опасности“. Према његовом виђењу, код прве групе повреда дужности кроз нечињење (уз ограничење захтева према обележју дела) представља увек извршење, док код друге групе представља само саучесништво. Тако, на пример, ако родитељи не заштите своје дете од угрожавања од стране трећег лица – они су, под претпоставком да делују с умишљајем, извршиоци кривичног дела нечињења. Када неко убици не склони из његовог домаћаја лоше заштићени отров, онда се он у односу на убицу сматра помоћником, иако је лако могао да га у томе спречи. Ово диференцирано учење је повезано са Херцберговим посебним појмом радње, према којем је „активно извршено кривично дело... и недостатак обавезног надзора над извором опасности, за коју је посебно одговорно лице, које је пропустило да изврши своју дужност“.<sup>71</sup> Ово учење је сигурно вредно пажње, али се до сада с правом није пробилло. Основни разлог је у томе што је практично немогуће разликовање „заштитничког“ од „надзорног гаранта“ и због тога није погодно као основа за свеопште диференцирање. Јакобс, наглашава врло упечатљиво да „се не могу утврдити систематичне консеквенце разликовања између заштитничког и надзорног гаранта, пошто се идентични задаци по правилу могу формулисати и као задаци *заштите* и као задаци *надзора*. *Заштита* једне особе је над-

<sup>67</sup> С. Roxin, 702 фн. 575 из које следи да су се овоме придружили и Bockelmann, AT3, 1979, 201 и даље мање убедљиво Bockelmann/Volk, AT4, 1987, 203; Н.Н. Jescheck, Т. Weigend, (1996) 696; Lackner/Kühl, StGB<sup>23</sup>, 1999., чл. 27, бр. 5; Ranft, ZStW 94 (1982), 815 и даље. За „Надзорне гаранте“ и Schmidhäuser, AT<sup>2</sup>, 1975, 17/12; StuB2, 1984., 13/13 (овде и за „Сигурносне гаранте из социјалног ранга владајуће области“), све према С. Roxin, 702, фн. 575.

<sup>68</sup> Ово схватање које заступа Рудолфи и Стратенверт (*Rudolphie* и *Stratenwerth*), се поклапа са Роксиновим како сам наводи, цит. према С. Roxin, 702.

<sup>69</sup> Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, München 1977, 82, нав. према С. Roxin, 703.

<sup>70</sup> С. Roxin, 703.

<sup>71</sup> R. Herzberg, 97 и др, нав. према С. Roxin, 703.



зор од опасности која јој прети, а *надзор* једног извора опасности је заштита дотично угроженог. На пример: да ли је спасилац на базену заштитник гостију од опасности воде или надзире ову опасност“?<sup>72</sup> Јакобс је сам изложио диференцирање, које има нешто више изгледа на успех. Он принципјелно следи схватање које је изнео Роксин,<sup>73</sup> да код деликта дужности сваки гарант који изврши дело нечињења представља извршиоца, уколико се обележја дела уопште могу реализовати путем нечињења. Али, он не сматра да свако неправо нечињење представља деликт дужности.

Јакобс, је изложио учење којим је скренуо пажњу научне јавности о разграничењу на основу „организационих кругова“ и „институционалних надлежности“.<sup>74</sup> Код *организационих кругова* ради се о обавези на основу организационе надлежности за одговорност за опасност (обавеза обезбеђивања саобраћаја, која је преузета у надлежност), а код *институционалних надлежности* кривичноправна одговорност лица које је извршило дело нечињења почива на „обавези на лично жртвовање, на гаранцији солидарности“ (на пример, однос родитеља и деце, брак, односи поверења, државни односи моћи, елементарне службене дужности). Деликти нечињења који се одликују повредама оваквих обавеза исти су као и радње код деликта дужности, тако да се овде у начелу може прихватити извршење. Гарант треба да брине о томе да у неком „организационом кругу“ други не буду оштећени, свеједно да ли ова штета настаје путем чињења или нечињења. На основу тога се може направити разлика између саизвршења и помоћи, као и код деликта кроз чињење: битно је само у којој мери лице које је одговорно за нечињење учествује у извршењу дела. Вредност овог Јакобсовог учења зависи од тога да ли ће се моћи јасно разликовати према одређеним и утврђеним критеријумима „организациони кругови“ од „институционалних дужности“. Ово Јакобсово учење, које у већини случајева води до утврђивања извршења код гаранта који није реаговао против извршења кривичних дела, се у полазишту и у резултату знатно поклапа са ставом који у овом заступа Роксин.<sup>75</sup>

Вагнер (*Wagner*)<sup>76</sup> је посебно у области *злоупотребе службеног положаја* обрађивао питање разграничења између извршења и

<sup>72</sup> С. Roxin, 703. Још пре њега Arzt (JA 1980, 55) је истакао своју критику, да недостаје „практично раздвајање између заштитничког и надзорног гаранта“; поред тога се „није пронашло убедљиво објашњење за то да ова разлика треба да утиче на извршење односно саучесништво“, нав. према С. Roxin, 704.

<sup>73</sup> С. Roxin, 702-707.

<sup>74</sup> С. Roxin, 704.

<sup>75</sup> У односу на ово учење Роксин наводи: „оно ми се чини као важан допринос даљем развоју учења о деликтима дужности“, С. Roxin, 704

<sup>76</sup> Heinz Wagner, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot; Berlin 1975, 256-253.

саучесништва код нечињења. Он сматра да онај који је „вршилац одређене дужности за коју се може рећи да се врши као дужност државе, па пропусти да спречи повреду индивидуалног права трећег лица, сматра се извршиоцем дотичног деликта против државне обавезе“. Вагнер жели, наравно, да „за коинцидентно нечињење службене дужности“ у два случаја истакне другачије решење. Када подређени и надређени заједно пропусти да спрече кривично дело, надређени треба да буде извршилац кривичног дела нечињења, док подређени треба да се казни само због пружања помоћи нечињењем. Исто тако, када од два вршиоца дужности истог ранга само један носи пиштољ, у случају обостраног нечињења, извршилац кривичног дела је онај наоружани, док је насупрот томе, онај ненаоружани, који је требало и морао да подстакне овог другог на успешно чињење, само помоћник кроз нечињење. Пошто се вршилац дужности, који је супротно својој обавези пропустио да спречи кривично дело, посматра као извршилац у Вагнеровом учењу, онда у случајевима када постоји активни вршилац радње између њега и успеха, није потпуно јасно због чега би код постојања још једног лица које врши нечињење требало да важи нешто друго.<sup>77</sup> Велики подухват за спасавање тезе да гарант који није реаговао против извршиоца кривичне радње може да буде само помоћник, предузео је Ранф (*Ranf*).<sup>78</sup> Међутим „главни разлог“ који он наводи не делује уверљиво. Он сматра да се нечињење гаранта у спречавању деликта у односу на извршиоца неке радње мора обрађивати *акцесорно* и да се гарант на основу тога може сматрати само помоћником. Као доказ за то наводи да позиција гаранта зависи од умишљаја извршиоца дела: „Да ли мајка, која се са шалом у рукама приближава детету, жели да га загреје или да га угуши – од тога зависи обавеза оца да реагује“. Али, у овом случају, истиче Роксин, као и у другим случајевима које Ранф наводи, не ради се о акцесорности, већ о томе, да мора постојати *опасност* за правно добро заштићено обележјима дела. За постојање такве опасности може, наравно, бити важно постављање циља од стране оних лица против којих треба да се реагује. Али, оно ни у ком случају то не мора: отац наравно треба да спречи и убиство детета из нехата од стране мајке. Ако је отворених очију пусти да то уради, онда је он извршилац убиства путем нечињења. Обавеза гаранта није, дакле, акцесорна и ова околност пружа аргумент против решења да се ради о помоћи.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> С. Roxin, 705, 706 наводи да му *Wagner* ова напомена уз чл. 357 КЗ не делује уверљиво. Ако претпостављени дозвољава да његови подређени врше дела против дужности и због тога буде кажњен као извршилац, тада то само потврђује појам извршиоца деликта дужности, али не објашњава ништа о чистој помоћи подређеног нити оног који је одговоран за нечињење извршено у сарадњи са подређеним.

<sup>78</sup> ZStW 94 (1982), 815 и др, нав. према, С. Roxin, 706,

<sup>79</sup> С. Roxin, 706.

Други разлог за акцесорност нечињења гаранта Ранф види у његовој зависности од кривице главног извршиоца дела. Али у овом, као и у другим случајевима које наводи Ранф, се не ради о акцесорности, већ о томе да мора постојати опасност за правно добро заштићено обележјима дела. За постојање такве опасности може, наравно, бити важно постављање циља оних лица против којих треба да се реагује. Констелација случаја нема никакве везе са акцесорношћу нечињења гаранта.<sup>80</sup> У концепцији акцесорности сходно КЗ Србије, овде се не би могла повезивати кривица извршиоца с одговорношћу саучесника, јер је она индивидуална и лична.

## 6.2. Однос неких института код дела нечињења

У погледу осталих општих института из КЗ Србије који се не могу заобићи код дела нечињења у различитим облицима, одредбе о *умишљају* су исте као и код дела чињења: дакле „свест о последици и хтење последице“ постоји код кривичних дела нечињења, независно од тога што код „радње извршења“ која се састоји у „невршењу очекиваног понашања“, односно „дужног чињења“, недостаје „вољно активно чињење“.<sup>81</sup> *Стварна и правна заблуда* код кривичних дела нечињења се примењује у пуном законском смислу. Наиме, заблуда о стварним околностима из којих произлази обавеза гаранта да спречи наступање последице поистовећује се са стварном заблудом, а заблуда о дужности на чињење са правном заблудом.<sup>82</sup> Код неправих кривичних дела нечињења могућ је *покушај*, како свршени тако и несвршени,<sup>83</sup> док права кривична дела пропуштања не могу бити покушана. Овакво становиште које је прихваћено не само у нашој

<sup>80</sup> Вид. опширно, С. Roxin, 706. Овде се мисли на пример који наводи *Ranft*, када особу А нападне 14 годишњи син особе Б, тада особа Б не би смела да реагује у корист свог сина и да спречи особу А у извршењу законите радње самоодбране.

<sup>81</sup> Овакво становиште произлази из више одлука Савезног суда Немачке. У једној одлуци се истиче да је умишљај нечињења „заправо одлука између нечињења и могућег чињења (учинилац је одлучан да не изврши радњу коју је могао и био дужан да изврши)“. У другој одлуци истог суда „умишљај постоји када је учинилац изразио вољу на нечињење и поред тога што је био свестан свих објективних обележја дела, своје обавезе на чињење и чињенице да је отклањање последице било могуће“, одлуке BGHSt 299, BGHSt 795.

<sup>82</sup> Овакви ставови Великог кривичног сената Савезног суда изнети су у BGHSt GRSt 84, I 155.

<sup>83</sup> Велики кривични сенат (веће) Савезног суда се у једној одлуци изјаснио о покушају код кривичних дела нечињења. По становишту Великог кривичног сената покушај постоји само ако је одлука на чињење била уочљивим поступцима манифестована на јасан начин. Несвршени покушај постоји када се према представи учиниоца последица могла отклонити накнадним предузимањем радње која је првобитно (код благовременог чињења) могла и требало да се предузме. Свршене покушај постоји када према представи учиниоца, накнадно предузимање радње

науци, аргументовано је оспоравао Кауфман,<sup>84</sup> свдећи идеју на то да „пропуштање није могуће код покушаја“. У погледу *одговорности и кажњивости*,<sup>85</sup> код извршилаштва и саучесништва нечињењем важе општа правила о одговорности и кажњивости са свим специфичностима одређеним у чл. 36 и 37 Кривичног законика.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Кривична дела остварена нечињењем, односно пропуштањем дужног чињења, имају бројне специфичности у односу на дела чињења, па се због тога сматрају структурално различитим и не могу се изједначити. Извршилаштво нечињењем је законом предвиђена могућност извршења дела одређена у чл. 15 КЗ, док се у закону не говори о саучесништву нечињењем (подстрекавању и помагању). Зато се саучесништво нечињењем одређује према теоријским схватањима која се темеље на општим и посебним одредбама КЗ и на судској пракси. Нечињење од стране саучесника представља допринос извршењу дела кроз одређено нечињење дужног чињења. Правне дужности су функционално везане за одређеног гаранта тих дужности и пропуштањем вршења преузетих или законски наметнутих обавеза гарант постаје извршилац дела. И у овој ситуацији гарант као саучесник нечињењем (и то изричито помагач) може доћи у обзир и дати свој допринос извршењу дела. Одговорност гаранта (извршиоца или саучесника) може бити утемељена како на императивним, тако и на прохибитивним нормама. Тако се, поред неспорних случајева који се темеље на императивним нормама, све више проширује одговорност гаранта и на дужности засноване на прохибитивним нормама, на „правне дужности“ које представљају одређене „друштвене дужности“ (заједница живота, крвно или тазбинско сродство и сл.), али се не може одредити генерална обавеза на дужности чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. У КЗ се налазе основи за шире „правне дужности“ и шире основе за одговорност и кажњивост гаранта (извршиоца и саучесника) за нечињење. Саучесништво нечињењем могуће је, иначе, код извршења дела чињењем и нечињењем и то изричито помагањем, док је искључена могућност

чињења више није довољно за отклањање последице, већ су за то потребне друге мере. Вид. Д. Павловић, 62-63.

<sup>84</sup> Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959. Његова логична теза је да „без почетка нема ни краја“, 316, 221 и др. Ова теза је неприхватљива, јер код свршеног покушаја убиства пропуштањем, где смрт још није наступила, не би се могло квалификовати као убиство у покушају.

<sup>85</sup> М. Ђ. Ђорђевић, 59; Мирослав Ђорђевић, „Утицај личних околности на кривичну одговорност и кажњивост саучесника“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1963, 548.

подстрекавања нечињењем. Иако се сматра да не постоје генерални критеријуми за разграничење извршилаштва и саучесништва, после изложених аргумената чини се да је ипак најадекватније оно које би се вршило на основу социјално-персоналне теорије. У најновијим научним дискусијама о разграничавању између извршења и саучесништва код нечињења постоје различита мишљења, која своје корене немају у учењу о саучесништву, већ у неразјашњеним основним питањима догматике нечињења.

Dr. Nedeljko Jovančević

Belgrade-based Attorney

## COMMISSION AND COMPLICITY BY OMISSION

### *Summary*

Criminal offences committed by omission or failure to act duly are in many respects specific and distinct from offences committed by acts and are, therefore, considered structurally different and cannot be equalled. Commission by omission is stipulated as a criminal offence in Article 15 of the Criminal Code, while the law makes no mention of complicity by omission to act (instigating and aiding). Complicity by omission is, therefore, determined by theoretical considerations which are based on general and specific provisions of the Criminal Code and jurisprudence. Omission by an accomplice to act contributes to the commission of an offence through some form of failure to act duly. Legal duties are functionally associated with a specific guarantor of such duties and by omitting to act on any duties assumed or imposed by the law such guarantor becomes an offender. In this context, the guarantor as an accomplice by omission (explicitly abettor) may become relevant and contribute to the commission of an offence. The liability of the guarantor (offender or accomplice) may be based both on imperative and on prohibitive norms. Thus, in addition to the undisputed cases based on imperative norms, the liability of the guarantor is increasingly interpreted to also include duties based on prohibitive norms, i.e. „legal duties“ which represent specific „social duties“ (community of life, blood or in-law relationship, etc.). However, it is not possible to provide for a general obligation based on the duty to act; instead, this is defined according to the circumstances of each individual case. The Criminal Code incorporates the foundations for broader „legal duties“ and broader grounds for liability and punishability of a guarantor (offender or accomplice) for omission. Complicity by omission is possi-

ble in committing an offence by acting and failing to act, explicitly in the form of aiding, while the possibility of instigation by omission is ruled out. While it is accepted that there are no general criteria for distinguishing commission from complicity, the most plausible ones appear to be those based on the social and personal theory. The latest scientific discussions of the distinctions between commission and complicity by omission have offered various opinions, rooted not in the theory of complicity, but in the unresolved core issues of the dogmatics of omission.

Key words: *Commission. – Complicity. – Omission. – Guarantor. – Imperative and Prohibitive Norms. – Social and Legal Duties.*