

Goran Dorđević\*

## DISKURS O KOMANDNOJ ODGOVORNOSTI – ODGOVORNOST ZA DELA PRE STICANJA STATUSA NADREĐENOG –

**Apstrakt:** Autor u članku analizira mogućnost da se u okviru postojećih relevantnih odredaba materijalnog prava, teorijskih stavova o komandnoj odgovornosti, kao i na osnovu postojeće sudske prakse primeni komandna odgovornost na nadređenog zbog propusta da kazni učinioce dela koja su se desila pre nego što je on stekao status nadređenog u odnosu na učinioce dela. Pozitivan odgovor na pitanje da li se ovaj institut proteže i na dela koja su podređeni počinili i pre nego što je komandant preuzeo komandu i formalno stekao status nadređenog ujedno bi pokazao svu kompleksnost instituta komandne odgovornosti, koja u postojećim teorijskim rešenjima i oblicima primene zahteva dalju razradu, sa ciljem da se omogući kažnjavanje za najteža krivična dela.

**Ključne reči:** komandna odgovornost, sudska praksa, nadređeni, podređeni, izvori prava.

### I. UVOD

Komandna odgovornost od svog nastanka predstavlja predmet brojnih kontroverzi i različitih razmatranja. Predmet ovog razmatranja predstavlja odgovor na pitanje da li se komandna odgovornost može primeniti na nadređenog zbog propusta da kazni učinioce dela koja su se desila pre nego što je on stekao status nadređenog, odnosno da li se komandna odgovornost proteže i na dela koja su podređeni počinili pre nego što je komandant preuzeo komandu i formalno stekao status nadređenog. Imajući u vidu da komandna odgovornost podrazumeva „odgovornost nadređenog, za krivična dela podređenog prouzrokovana ‘umišljajnim ili nehatnim nedostatkom nadzora koji je nadređeni bio obavezan da vrši’“<sup>1</sup> kao i „odgovornost za

\* Advokat, Niš  
e-mail: adv.goran.dj@gmail.com

1 Branislav Ristivojević, *Odgovornost za radnje potčinjenog u međunarodnom krivičnom pravu: komandna odgovornost*, Novi Sad 2003, str. 143.

propust da se kazni<sup>2</sup> ili „kao zanemarivanje dužnosti“<sup>3</sup> sa teorijskog kao i sa praktičnog stanovišta (imajući u vidu da je Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju [u daljem tekstu: MKSJ] u predmetu Enver Hadžihasanović i dr. zauzeo negativan stav po ovom pitanju<sup>4</sup>) može se postaviti pitanje postojanja krivične odgovornosti nadređenog koji je status nadređenog stekao nakon što su dela počinjena. Ovo je tek jedan od problema sa kojima se suočava komandna odgovornost, kako u teoriji tako i u praksi, pored niza drugih pitanja koja iz samog temelja ljujaju ovaj institut međunarodnog krivičnog prava.

## II. IZVORI PRAVA (RELEVANTNO MATERIJALNO PRAVO)

Ukazujemo na relevantne izvore materijalnog prava koji, uz sagledavanje sudske prakse i kritički odnos prema njoj, pružaju osnov za odgovor na pitanje i povod za dalja razmišljanja na ovu temu. Navedeni izvori prava ujedno ukazuju na nesavršenost normativnog uređenja komandne odgovornosti. Prvenstveno su značajne odredbe člana 86 (1) Protokola I,<sup>5</sup> kao i odredbe člana 87 (1) Protokola I.<sup>6</sup> Institut komandne odgovornosti posebno je postao značajan donošenjem Statuta Stalnog međunarodnog krivičnog suda i *ad*

2 Guenale Mettraux, *International crimes and ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2006, str. 306.

3 Amy J. Sepinwall, *Failures to punish: Command responsibility in domestic and international law*, str. 225.

4 Odluka po interlokutornoj žalbi kojom se osporava nadležnost s obzirom na komandnu odgovornost od 16. jula 2003. godine, paragraf 57.

5 Dopunski protokol uz ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 16/78).

„Visoke strane ugovornice i strane u sukobu suzbijaju teška kršenja i preduzimaju mere potrebne za suzbijanje svih ostalih kršenja konvencija ili ovog protokola, koja su rezultat nepreduzimanja mera za koje postoji dužnost da se preduzmu. Činjenica da je povredu konvencija ili ovog protokola izvršio neki potčinjeni, ne oslobađa njegove starešine krivične ili disciplinske odgovornosti, već prema slučaju, *ukoliko su oni znali, ili imali informacije koje su im omogućile da zaključe* pod okolnostima koje su vladale u to vreme, da je on izvršio ili da će izvršiti takvu povredu i ako nisu preduzeli sve moguće mere u granicama svoje moći da spreče ili suzbiju povredu.“

6 „Visoke strane ugovornice i strane u sukobu treba da nalože vojnim komandantima u pogledu pripadnika oružanih snaga pod njihovom komandom i ostalih lica pod njihovom kontrolom, da spreče i tamo gde je potrebno suzbiju povredu Konvencije i da o tome izveste nadležne vlasti [...] Visoke strane ugovornice i strane u sukobu treba da nalože svakom komandantu kome je poznato da će njegovi potčinjeni ili druga lica pod njegovom kontrolom izvršiti povredu konvencija ili ovog protokola, da preduzme mere koje su potrebne da se spreči takva povreda, a ako je povreda Konvencije ili ovog protokola izvršena, da pokrene disciplinski ili kazneni postupak protiv izvršilaca.“

*hoc* tribunala, koji su prekinuli višedecenijski empirijski vakum u primeni komandne odgovornosti koji je trajao od okončanja suđenja nakon Drugog svetskog rata do kraja Hladnog rata, što je lansiralo i pitanje postojanja komandne odgovornosti kao međunarodnog običaja u smislu izvora prava. Za predmet našeg bavljenja značajan je član 28. Statuta MKS-a (Odgovornost komandanata i ostalih vojnih zapovednika).<sup>7</sup>

Smatramo celishodnim ukazati i na odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu koja u članu 31 (1) daje odgovor na moguća tumačenja pravnih normi: „Međunarodni ugovor se mora tumačiti u dobroj veri u skladu sa uobičajenim značenjem koje valja dati izrazima iz ugovora u njihovom kontekstu i u svetlu cilja i svrhe ugovora“.<sup>8</sup> Navedeni međunarodnopravni akt značajan je za tumačenje prava u konkretnom slučaju.

### III. IZVORI PRAVA (SUDSKA PRAKSA)

Izneti izvori materijalnog prava ukazuju na legalističku paradigmu u kojoj će se kretati postupak utvrđivanja odgovornosti nadređenog u odnosu na problem o kojem je reč. Na osnovu navedenog, jasno je da se kriterijum sticanja statusa „vojnog zapovednika“ preklapa sa činjenicom saznanja za izvršena protivpravna dela, kao i sa propustom koji se ogleda u nekažnjavanju ili u neprepuštanju predmeta nadležnim organima za sprovođenje istrage i vođenje krivičnog postupka. Bez obzira na navedeno preklapanje, jasno je da propust da se vodi krivični postupak ili da se vođenje krivičnog postupka ustupi nadležnim organima (što ulogu nadređenog može svesti i samo na iniciranje krivičnog postupka) predstavlja osnov za prihvatanje zaključka o odgovornosti komandanta i za dela koja su počinjena pre sticanja statusa nadređenog. I statut MKSJ-a u članu 7. stav 3. takođe izjednačava čin kažnjavanja učinioca sa obavezom da se deluje *a posteriori*. Ovde se otvara i pitanje trenutka stupanja na dužnost, tj. u čemu je razlika između nadređenog koji stupa na dužnost pre počinjenog dela ili stupa na dužnost par dana nakon izvršenog dela (general Jamašita je stupio na dužnost devet dana pre izvršenja dela za koje je optužen; u slučaju *Mai Lai* pukovnik Henderson je stigao u Vijetnam i zauzeo pozicije nadređenog samo jedan dan pre masakra u Mai Leju;<sup>9</sup> kao i slučaj generala Radoslava Krstića, za koga je utvrđeno da je nadređeni jedinicama koje su vršile kažnjiva dela *de facto* postao 13. jula 1995. godine, a *de iure* dva dana kasnije 15. jula). Navedeno dodatno problematizuje odnos efektivne kontrole i formalne kontrole nadređenog što je, podsećamo, dovelo do proširenja granica komandne odgovornosti i na civilna lica. Ukoliko se pitanje efektivne kontrole postavi i u „našem“ slučaju, jasno je da efektivna kontrola obuhvata

7 „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“, broj 5/01.

8 „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi“, broj 30/72.

9 Amy J. Sepinwall, *op. cit.*, str. 283.

i mogućnost da se kažnjavanje izvrši i u odnosu na dela koja su počinjena pre nego što je nadređeni stekao takav status u odnosu na učinioce dela.

Odgovor se svodi na odgovornost u odnosu na prošle događaje, u odnosu na trenutak sticanja statusa nadređenog. Polazište predstavlja činjenica da su se kažnjiva dela desila pre nego što je nadređeni stekao takav status u odnosu na učinioce dela. Mora se poći od stava da svaki događaj predstavlja jednu objektivnu promenu u spoljnom svetu, odnosno da „krivično delo predstavlja jedan realni fenomen“<sup>10</sup> koji ima svoje trajanje i proizvodi svoje posledice ne samo u trenutku dešavanja, već i nakon toga. Imajući u vidu nečinjenje ili propust kao jedan od osnovna komandne odgovornosti, jasno je da se kažnjivo delo u smislu prostiranja odgovornosti za nadređenog ne završava faktičkim činom nastupanja zabranjene posledice. U odnosu na nadređenog, delo počinje da proizvodi posledice tek nakon izvršenja radnje dela.

U tom smislu nadređeni jeste suočen sa događajem u vidu posledice koja je nastupila. U tom trenutku se pojavljuje novi osnov komandne odgovornosti, odgovornost zbog kršenja dužnosti u vidu „propusta da se kazne učinioći“.<sup>11</sup> Na ovom mestu predmet razmatranja nisu mehanizmi kontrole budući da za ovaj vid odgovornosti mehanizam kontrole nadređenog (p)ostaje bespredmetan, imajući u vidu delovanje *a posteriori*. Dakle, ne može se prihvatiti stav da u slučaju postojanja kršenja normi međunarodnog humanitarnog prava, ukoliko novi nadređeni sazna za postojanje kršenja, činjenica da nije bio nadređeni u vreme preduzimanja radnji dela može da kreira zakonski *inter regnum* u pogledu obaveze na kažnjavanje za počinjena dela. U ovom slučaju ne ulazimo u kvalitet i verodostojnost informacije o počinjenim delima, kao ni u krajnji ishod postupka kažnjavanja (koji može biti kako krivična tako i disciplinska odgovornost).<sup>12</sup> U ovom delu ukazuje se na predmet *Koki Hirohita* koji je proglašen odgovornim zato što, iako je primio izveštaje o zločinima japanske vojske u Nankingu, nije obavio svoju dužnost „propustivši insistirati u vladi da se preduzmu sve potrebne i brze akcije sprečavanja takvog stanja na terenu“<sup>13</sup>. U predmetu *Pukovnik Nejtan Sasaman*, nadređeni je disciplinski kažnjen zato što, iako je imao informaciju da na kontrolnom punktu iračke civile bacaju u reku (od kojih se jedan udavio), nije preduzeo ništa da kazni učinioce. Disciplinsko veće je našlo da je prekršen *Uniform Code of Military Justice (UCMI)* koji propisuje da „nadređeni oficir armije mora osigurati da ratni zločini počinjeni od strane njenih snaga protiv neprijatelja moraju biti brzo i adekvatno kažnjeni“.<sup>14</sup> Ukazujemo i na slučaj *Hadita*. Nakon ubistva jednog marinca, drugi marinac ubio je dvadeset četiri civila, uključujući

10 Toma Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd 1930, str. 46.

11 Guenale Mettraux, *op. cit.*, str. 307.

12 Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd 2008, str. 103.

13 Grupa autora, *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravne nauke Hrvatske, str. 37.

14 Amy J. Sepinwall, *op. cit.*, str. 260.

žene i decu. Portparol američkih snaga je u saopštenju izneo da su Iračani nastradali od podmetnute bombe. Nakon istrage, četiri marinca su optužena za „neplanirano“ ubistvo, a četiri oficira su optužena za zanemarivanje dužnosti zbog propusta da prijave incident pretpostavljenima i zbog propusta da pokrenu istragu. Najviši optuženi bio je potpukovnik zbog propusta da obavesti svoje nadređene i zbog propusta da otvori istragu iako je bio upoznat sa činjenicom da je reč o kršenju ratnog prava. Prvooptuženi se branio time da „njegovi ljudi nisu ubice“ zbog čega je odbio da sprovede istragu. Postupak je obustavljen zbog „nezakonitog konflikta interesa“.<sup>15</sup> Interesantan je i slučaj *General Šigeru Savada*. Savada je optužen zbog ilegalnih suđenja američkim pilotima tokom Drugog svetskog rata. Suđenja su se odvijala u odsustvu Savade, ali je on kasnije bio informisan o ishodima suđenja (izrečenim smrtnim kaznama) i o tome je obavestio nadležne prema lancu komandovanja. Vojna komisija u Šangaju (koja je vodila suđenje) zaključila je da je Savada „odobrio“ presude jer je „ratifikovao protivpravne akte koji su se dogodili u njegovom odsustvu i zbog toga snosi odgovornost“.<sup>16</sup>

O značaju saznanja i primljenoj informaciji, kao i o obavezi na činjenje u tom pravcu svedoči i stav žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Blaškić* i zaključuje:

„Žalbeno veće takođe primećuje da je dužnost komandanta da izveštava nadležne vlasti izričito propisana članom 87(1) Dopunskog protokola I i da se zaključak o postojanju te dužnosti može izvesti i iz člana 86(2) Dopunskog protokola I.“<sup>17</sup>

Pretresno veće MKSJ-a u slučaju *Kordić*<sup>18</sup> zaključuje:

„Dužnost kažnjavanja se prirodno pojavljuje nakon što je krivično delo počinjeno. Osobe koje preduzmu komandu nakon počinjenja pod istom su obavezom kažnjavanja. Ova dužnost uključuje u najmanju ruku obavezu preduzimanja istrage krivičnog dela u cilju utvrđivanja činjenica, te izveštavanja nadležnih organa o njima, ukoliko nadređeni nema ovlašćenja da sam preduzme sankcije.“

Ukazuje se i na suprotne stavove Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović*.<sup>19</sup>

15 *Ibidem*, str. 279.

16 *Ibidem*, str. 291.

17 Presuda Apelacionog veća MKSJ-a u predmetu *Blaškić*, paragraf 69.

18 Presuda Pretresnog veća MKSJ-a u predmetu *Kordić*, paragraf 446.

19 Prema utvrđenom činjeničnom stanju, Hadžihasanović je sa ubistvom pripadnika hrvatske vojske upoznat dve nedelje nakon ubistva. Takođe je bio upoznat da su vojnici koji su pretukli i ubili vojnika kažnjeni samo disciplinski, ne i krivično. Prvostepeno veće MKSJ-a je zaključilo da je okrivljeni propustio da obavlja svoju dužnost zato što nije pristupio krivičnom procesuiranju. Apelaciono veće je usvojilo žalbu u delu u kome je odbrana ukazala da se Hadžihasanović ne može smatrati odgovornim za dela za koja u vreme izvršenja nije bio nadređen.

„U ovom konkretnom slučaju, ne može se naći primer iz prakse, niti postoji bilo kakav dokaz u vezi sa *opinion iuris* koji bi potkrepljivao tvrdnju da komandant može biti smatran odgovornim za krivična dela koja njegov podređeni počini pre nego što je taj komandant preuzeo komandu nad tim podređenim“ kao i: „Drugo, tumačiti tekstove koji govore o komandnoj odgovornosti kao da se njima propisuje dužnost kažnjavanja, nakon preuzimanja komande, za zločine počinjene pre preuzimanja komande, kontraintuitivno je i suprotno običnom značenju pojma ‘komandne’ odgovornosti. Iako se dužnost sprečavanja i dužnost kažnjavanja mogu razdvojiti, i jedna i druga poklapaju se sa mandatom komandanta. Treće, ekspanzivnim čitanjem krivičnih tekstova narušava se princip legaliteta, koji je globalno priznat kao preemptorna norma međunarodnog prava, a time i ljudskih prava optuženih.“<sup>20</sup>

U cilju ukazivanja na kompleksnost problema, upućujemo na sudsku praksu nakon Drugog svetskog rata. Prvi presedan predstavlja presuda Međunarodnog vojnog suda za Daleki istok iz 1948. godine u vezi sa predmetom protiv bivšeg premijera *Hidekija Toja*. Osnov za utvrđivanje odgovornosti jeste zaključak da Tojo „nije preduzeo adekvatne mere da kazni počinioca i da spreči počinjenje sličnih krivičnih dela u budućnosti“. Međutim, u presudi se tada konstatuje Tojov propust da zatraži izveštaj o jednom ranijem incidentu, poznatom pod nazivom „Batanski marš smrti“[...] Dakle, Međunarodni vojni sud je propust da se kazni smatrao nezavisnim osnovom krivične odgovornosti.“<sup>21</sup>

Međutim, postavlja se pitanje da li se ovakav oblik komandne odgovornosti može primeniti i na druge nadređene budući da sudska praksa odavno poznaje mogućnost da po komandnoj odgovornosti bude odgovorno više nadređenih u odnosu na jednog počinioca kažnjivog dela. Tako MKSJ u svojoj praksi na više mesta ističe:

„Dva ili više nadređenih mogu se smatrati odgovornim za isti zločin koji je počinio isti pojedinac, ako se pokaže da je glavni počinitelj u predmetno vreme bio pod komandom obojice nadređenih“<sup>22</sup>, kao i da se „obojica mogu smatrati odgovorni za isti zločin koji je počinio isti pojedinac, ako se dokaže da je glavni počinitelj u vreme izvršenja dela bio pod komandom obojice.“<sup>23</sup>

Nesporno je da se dužnost kažnjavanja za učinjena dela javlja nakon što su dela počinjena. Međutim, da li se dužnost kažnjavanja prostire i na

20 Presuda Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i dr.*, paragraf 55.

21 Ovakav stav ponovljen je i od strane Apelacionog veća MKSJ-a u predmetu *Blaškić*, paragraf 81.

22 Presuda Pretresnog veća MKSJ-a u predmetu *Čelebić*, paragraf 93; prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*, paragraf 303; prvostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, paragraf. 106.

23 Presuda Pretresnog veća MKSJ-a u predmetu *Krnjajelac* od 15. marta 2002. godine.

lica koja su status nadređenog u odnosu na učinioce stekla nakon izvršenja dela. Navedenom u prilog jeste i zaključak MKSJ-a u predmetu *Čelebić* (paragraf 94).<sup>24</sup>

„Mora biti pokazano da je nadređeni znao ili da je imao razloga da zna da se njegov podređeni sprema počiniti neki zločin ili ga je već počinio. Mora biti dokazano[...], ili (ii) da je imao u posedu informacije takve prirode da je u najmanju ruku mogao biti upozoren da postoji opasnost činjenja takvih krivičnih dela, jer su mu te informacije ukazivale na potrebu da sprovede dodatnu istragu da bi utvrdio da li su njegovi podređeni počinili zločine ili da li se spremaju da počinje zločine.“

Navedeni stav jasno ukazuje da je reč o nadređenom za koga obaveza na činjenje, tj. utvrđivanje krivice i kažnjavanje počinje od momenta dobijanja informacija o počinjenom delu, iz koga dalje „proističe potreba za istragom“.<sup>25</sup> Informacije o delu su od značaja budući da i same karakteristike dela (nije svejedno da li se radi o ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti, imajući u vidu razlike između navedenih dela u pogledu osnovnih karakteristika dela, a koje se odražavaju i na uslove i mogućnosti primene komandne odgovornosti) mogu da budu preovlađujuće i u pogledu utvrđivanja odgovornosti. Uostalom, u (danas već kontroverznom) predmetu *Jamašita* upravo su informacije o rasprostranjenosti i masovnosti zločina bile osnov za utvrđivanje odgovornosti po osnovu statusa. Na drugoj strani sudske prakse je suđenje *generalu Listu*, na kome sud zauzima stav da se odgovornost feldmaršala Lista ne temelji na rasprostranjenosti zločina već upravo na „dostupnosti konkretnih informacija o zločinima“.

Činjenje nadređenog se jasno prostire u vreme nakon izvršenja dela, što pitanje samog statusa nadređenog u vreme izvršenja dela čini bespredmetnim budući da ne umanjuje obaveze nadređenog. Zato se može govoriti o „pozitivnoj dužnosti činjenja“. Ukazuje se da obaveza na „pozitivno činjenje“ predstavlja opšte mesto u međunarodnom krivičnom pravu.<sup>26</sup>

Iz karaktera nadređenog, i to nezavisno od vremena sticanja statusa, proističe i mogućnost saznanja i dostupa informacijama o delu. Tako MKS zaključuje: „sama činjenica da neka osoba ima položaj nadređenog predstavlja ozbiljnu indikaciju da ona ima saznanja o krivičnim delima koja su počinili njeni podređeni.“<sup>27</sup>

24 Ovaj stav se ponavlja i u drugostepenoj presudi MKSJ-a u predmetu *Delalić*, par. 223–226.

25 Guenale Mettraux, *op. cit.*, str. 309.

26 Videti odredbe čl. 19. i 20. Druge ženevske konvencije o ranjenicima, bolesnicima i brodolomnicima na moru; član 32 (5) Prve ženevske konvencije o postupanju sa osobljem neutralnih zemalja koje pruža pomoć zaraćenim stranama; odredbe čl. 69–77. Treće ženevske konvencije o ratnim zarobljenicima, Prvi dopunski protokol.

27 Presuda Apelacionog veća MKSJ-a u predmetu *Blaškić*, paragraf 56.

## IV. PROBLEM VOLJE

Ne prenebregavajući nijednog trenutka činjenicu da se komandna odgovornost zasniva na nečinjenju ili propuštanju, jasno je da je teško pristupiti utvrđivanju psihičkih činjenica kao neizostavnog dela vinosti, posebno u odnosu na delo koje se desilo ranije u vremenu u odnosu na mogućnost da se deluje. Polazeći od nedostatka pristajanja (kao neizostavnog fragmenta umišljaja) jasno je da celokupan voljni elemenat kod komandne odgovornosti postaje veoma kompleksan. Odnosno, veoma je opasno da se odsustvo pristajanja usled propuštanja svodi na pristajanje na posledicu (koja se ovde javlja kao propust da se kazni), posebno u uslovima kada se kvalitet indicija zasniva na „znao je ili mu je moralo biti poznato...“, a ovo na nikada identifikovanim niti propisanim mehanizmima kontrole nad nadređenima koje je sudska praksa MKSJ-a izjednačila sa efektivnom kontrolom (time ne samo da je sprečila stvaranje preciznih kriterijuma za identifikovanje nosioca komandne odgovornosti već je omogućila beskonačno širenje kruga lica koja mogu doći pod udar komandne odgovornosti).

Razmotrićemo potreban *mens rea* za ovaj oblik komandne odgovornosti.

Već je rečeno da se radi o odgovornosti koja se zasniva na veoma široko određenom dijapazonu subjektivnog stanja svesti prema delu koja se kreće od eventualnog umišljaja do nehata, svesnog nehata<sup>28</sup> ili čak i nesvesnog nehata.<sup>29</sup> Citirani izvori materijalnog prava ne sadrže striktno elemente na osnovu kojih bi se moglo zaključiti o potrebnom *mens rea* za uspostavljanje odgovornosti nadređenog u konkretnom slučaju. Polazna osnova je stav da „oblike vinosti sa kojima se vrši propuštanje dužosti treba ograničiti na umišljaj“.<sup>30</sup> U tom smislu kreće se od uslova na osnovu kojih se može govoriti o odgovornosti nadređenog zbog nekažnjavanja, a koji podrazumevaju pre svega postojanje informacija na nivou spoznaje o protivpravnim delima koja su počinjena od strane podređenih, iako u vreme počinjenja tih dela, nadređeni nije imao takav status u odnosu na učinioc. U ovom delu ukazuje se na zaključak Kaseze da „u najvećem broju slučajeva saznanje ne treba smatrati za autonomno zločinačko stanje svesti, nego samo za sredstvo za utvrđivanje postojanja umišljaja ili eventualnog umišljaja“.<sup>31</sup>

Može se zaključiti da kod nadređenog postoji svest o mogućnosti da su dela izvršena (svest o mogućnosti da su dela izvršena nastala je nakon sticanja statusa nadređenog u odnosu na počinioce dela, dok je svest o kažnjivosti protivpravnih dela, kao i svest o potrebi iniciranja postupka kažnjavanja prisutna i pre sticanja „statusa“) ali da nadređeni nasuprot tome ne preduzima

28 Dragan Jovašević, *Međunarodna krivična dela: Odgovornost i kažnjivost*, Pravni fakultet Niš, 2010, str. 187.

29 Zoran Stojanović, *op. cit.*, str. 105.

30 Branislav Ristivojević, *op. cit.*, str. 158.

31 Antinio Kaseze, *op. cit.*, str. 193.



nijednu radnju (koja može biti ili radnja obaveštavanja svojih nadređenih ili radnja pokretanja disciplinskog ili krivičnog postupka). Na ovom mestu ukazuje se na to da se u svakom konkretnom slučaju mora poći od razlike između dužnosti da se prikupljaju informacije o aktivnostima podređenih, koje se mogu odrediti kao redovne aktivnosti podređenih, i dužnosti da se informacije prikupljaju samo onda kada postoje indicije o protivpravnim delima. Zaključuje se da se kao oblik vinosti ovde zahteva eventualni umišljaj. Potvrda ovog zaključka može se naći i u članu 30. Statuta MKS-a, koji kao subjektivne elemente zločina tretira umišljaj i saznanje.

Komandna odgovornost je karakteristična po tome što se krivica ne zasniva na htenju, nego na znanju, ali ne samo na znanju već i na neznanju (u uslovima kada je neznanje posledica ličnog postupanja svedenog na pasivan odnos komandanta). Kada je reč o nehata, respektabilan je stav Leflera, koji ukazuje da „ishod nije hoten ni predviđen, ali je morao i trebalo da bude predviđen i izbegnut“.<sup>32</sup> Imajući u vidu prirodu nehata kod komandne odgovornosti, koji može biti svestan i nesvestan, to je jasno da je u ovom slučaju nehat kao deo krivice pravno etičke prirode, u kome se mogu i tražiti osnove za kažnjavanje po osnovu komandne odgovornosti. Zato je potpuno primenljiv zaključak Hansa Kelsena (koji stavljamo kao prilog dodatnoj problematizaciji komandne odgovornosti) da „se pojam krivice ne utvrđuje putem eksplikativnog razmatranja bivstvovanja (kao odnosa uzroka i posledice), nego putem normativnog razmatranja trebanja..., to se mora pokazati i za ostale oblike krivice, samo ako je pojam krivice po svojoj metodskoj strukturi jedinstven, ako čovek neće da se zadovolji time da se pod krivicom jednom podrazumeva psihološko činjenično stanje, realno psihički proces, a drugi put etičko pravna konstrukcija (ili etičko pravna očekivanja)“.<sup>33</sup>

Prihvatanje teze o odgovornosti nadređenog za dela koja su počinjena pre nego što je on stekao status nadređenog, a sa kojima je upoznat, predstavlja potrebu da se voljni elemenat poveže sa aktima znanja (a u slučaju našeg problema sa momentom saznanja) i faktičkom radnjom pokretanja postupka utvrđivanja odgovornosti. Navedeno pokazuje da se voljni elemenat u ovom slučaju javlja kao neodvojivi deo krivice uz činjenično stanje koje čine informacija, saznanje i radnja pokretanja postupka.

## V. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na osnovu navedenog može se zaključiti da se odgovornost za kažnjavanje ne prostire samo u odnosu na trenutak kada je jedno lice imalo komandu u odnosu na počinioc dela, već i u odnosu na kasniji trenutak, odnosno na trenutak kada je nadređeni saznao za učinjeno delo. Međutim,

32 Hans Kelsen, *Glavni problemi teorije države i prava*, Službeni list SRJ, Beograd, str. 130.

33 *Ibidem*, str. 132.

trenutak saznanja se poklapa sa trenutkom kada nadređeni već ima status nadređenih u odnosu na počinioc. Naravno, saznanje o delu, kao jedan od osnova uspostavljanja odgovornosti nezavisno od statusa nadređenog u vreme izvršenja dela, paradoksalno ograničava *actus reus* nadređenog i svodi ga na radnju propuštanja da se kazni. Za razliku od odgovornosti koja se zasniva na kriterijumu „znao ili ima razlog da zna“, koja se kreće od umišljaja do nesvesnog nehata,<sup>34</sup> u ovom slučaju nehat je isključen budući da se radi o saznanju na osnovu činjenica, nakon kojih nije preduzeta nijedna radnja u prilog kažnjavanju za izvršena dela. Da bismo dali odgovor na pitanje s početka rada, pored formalno-normativnog pristupa, potrebno je sagledati institut i sa drugog aspekta, odnosno krenuti od razloga ustanovljenja komandne odgovornosti.

Šta je *ratio legis* komandne odgovornosti? Izvesno je da je komandna odgovornost nastala kao posledica proširenja važenja i prostiranja principa *ius in bello*, koji se kasnije pretvorio u imperativ poštovanja normi međunarodnog humanitarnog prava kao kontrapunkt tezi *inter arma silent leges* (u vreme rata zakon ćuti). Polazimo od toga da rat obuhvata ne samo vođenje borbi već vođenje rata u jednoj sveobuhvatnosti i celovitosti, kao čitav konglomerat prava i obaveza ne samo pravne već i ratno utilitarističke prirode.

Nesumnjivo je da je sama komandna odgovornost uvedena sa ciljem da se krivci za najteža krivična dela pronađu kako među neposrednim izvršiocima tako i među izdavaocima naređenja, kao i među nosiocima ovlašćenja komandovanja nad podređenima. Ne treba prenebregnuti činjenicu da „država ima kolektivnu odgovornost da omogući i sprovodi pravila ratovanja“<sup>35</sup>, te da se i nosioci državne vlasti mogu suočiti sa krivicom putem komandne odgovornosti. Moralni diskurs je trijumfovao u odnosu na prirodu rata u kome je ljudsko ponašanje svedeno na nivo instinkta i najgrublje ljudske prirode. U okolnostima kada nadređeni saznaje za počinjena dela, da li obaveza da deluje ne postoji usled činjenice da nije bio statusno određen–nadređen u odnosu na počinioc. Čemu se pridaje značaj – činjenici da nadređeni nije imao status nadređenog u odnosu na počinioc ili spoznaji nadređenoga da su dela počinjena? Na ovo se nadovezuje pitanje kako se u ovom slučaju obezbeđuje poštovanje normi međunarodnog humanitarnog prava (koje podrazumevaju i kažnjavanje za zločin) i kako se obezbeđuju sankcije za nepoštovanje normi. Da li se odgovor traži u oslobođenju po osnovu formalne nenadležnosti, ili u osudi po osnovu učešća u zajedničkom zločinačkom poduhvatu ili u odgovornosti po osnovu neprijavlivanja krivičnih dela?

Ali, vratimo se na početak „rata“!

34 Zoran Stojanović, *op. cit.*, str. 105.

35 Lari Mej, *Kolektivna odgovornost, čast i pravila ratovanja* u: *Odgovornost: individualna i kolektivna*, priredili Petar Bojanić i Predrag Krstić, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 327.

Pošli smo od šireg shvatanja prema kome je institut komandne odgovornosti sredstvo jednog šireg i sveobuhvatnijeg cilja koji se ogleda u sprovođenju određenih pravila ratovanja. Ukoliko pojedinac – izvršilac nije u stanju da sprovodi pravila ratovanja, onda se mora kroz postojeći mehanizam organizovanja oružanih snaga uspostaviti sistem koji osigurava uspostavljanje i poštovanje određenih pravila ratovanja. Na drugom mestu jeste sprečavanje vršenja konkretnih krivičnih dela i vođenje računa o objektu zaštite kod svakog od međunarodnih krivičnih dela. Izvodi se zaključak da je neophodno da se odgovornost nadređenog u vidu odgovornosti za nekažnjavanje proširi i na događaje koji su se desili pre nego što je stekao status nadređenog u odnosu na počinioc dela. Ovo se može shvatiti kao jedna vrsta nedistributivne komandne odgovornosti. Ona podrazumeva da se u slučaju nekažnjavanja za učinjena dela čije je počinjenje poznato ili nije ostalo nepoznato nadređenom proširuje i na nadređene koji su imali određeni kvalitet saznanja o događajima, a nisu pokrenuli postupak za kažnjavanje odgovornih.

Možemo zaključiti da i kažnjavanje za dela koja su počinjena pre nego što je komandant (nadređeni) stekao status nadređenog u potpunosti odgovara odveć kompleksnoj strukturi komandne odgovornosti, koja se u ovom slučaju (odgovornost nadređenog za krivična dela koja su se desila pre) potpuno nadovezuje na sve one razloge i motive koji su kreirali komandnu odgovornost. Uostalom, ako je suština komandne odgovornosti proširenje prostornog, personalnog važenja pravila ponašanja u cilju sprovođenja pravila ponašanja, zašto onda to ne bi obuhvatilo i kriterijum vremenskog. Sve to predstavlja doprinos stvaranju i očuvanju poretka u uslovima rata i ratnih sukoba međunarodnog ili nemeđunarodnog karaktera. Potvrđan odgovor na pitanje sa početka teksta, ujedno je i pokazatelj osnovanosti svih onih teorijskih rasprava koje su ukazivale na kompleksnost i nesavršenost sistema utvrđivanja krivice po osnovu komandne odgovornosti. Sve ovo potvrđuje stav da je aktuelna praksa primene komandne odgovornosti „prešla Rubikon“ zato što krivicu izvodi iz niza nedefinisanih elemenata kao što su postojanje kontrole, postojanje informacija, faktička kontrola, „znao ili trebalo da zna“, koje se na kraju previše slobodno svodi na nehat. U tom smislu značajno je zapažanje sudije Marfija, koji je već u prvom precedentu, *Jamašita*, ukazao da je „optužnica u stvari omogućila Vojnoj komisiji da proglašava za zločin sve što želi, a na osnovu svog pristrasnog stava o obavezama žalioca i njegovog zanemarivanja dužnosti.“<sup>36</sup> Potvrđan odgovor na pitanje sa početka teksta ujedno predstavlja prilog dodatnoj problematizaciji koncepta komandne odgovornosti koja na početku XXI veka, usled nepostojanja preciznih regula i postojanja nekonzistentne sudske prakse, pretila da se krivična odgovornost

36 Branislav Ristivojević, *Komandna odgovornost u savremenom krivičnom pravu* – referat na Savetovanju Srpskog udruženja za krivično pravo „Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu, Beograd, 2002, str. 34.

pretvori u „metafizičku odgovornost“ koja seže do Dostojevskog prema kome „svi smo krivi za sve“!

## LITERATURA

1. Dopunski protokol uz ževenske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 16/78.
2. Grupa autora, *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravne nauke Hrvatske.
3. Dragan Jovašević, *Međunarodna krivična dela: Odgovornost i kažnjivost*, Pravni Fakultet Niš, 2010.
4. Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
5. Hans Kelsen, *Glavni problemi teorije državnog prava*, Službeni list SRJ, Beograd, 2001.
6. Guenale Mettraux, *International cimes and ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2006.
7. *Odgovornost: individualna i kolektivna*, priredili Petar Bojanić i Predrag Krstić, Službeni glasnik, Beograd 2008.
8. Odluka MKSJ po interlokutornoj žalbi kojom se osporava nadležnost s obzirom na komandnu odgovornost od 16. jula 2003.
9. Branislav Ristivojević, *Komandna odgovornost u savremenom krivičnom pravu – referat na Savetovanju Srpskog udruženja za krivično pravo „Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu*, Beograd, 2002.
10. Branislav Ristivojević, *Odgovornost za radnje počinjenog u međunarodnom krivičnom pravu: komandna odgovornost*, Novi Sad, 2003.
11. Amy J. Sepinwall, *Failures to punish: Command responsibility in domestic and international law*.
12. Zoran Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2008.
13. Toma Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930.

## A DISCOURSE ON COMMAND RESPONSIBILITY – RESPONSIBILITY FOR ACTS PRECEDING THE ACQUIRING THE STATUS OF A SUPERIOR –

Goran Đorđević

### SUMMARY

The author analyzes the possibility of applying command responsibility, within the existing relevant provisions of the law, the theoretical point of view of command responsibility and given the existing case law, to a superior for

failing to punish acts that occurred before the acquiring of the status of a superior in relation to the perpetrators of acts. A positive answer to the question also shows the degree of complexity of the institute of command responsibility, which, in absence of precise mechanisms, threatens to result in unlimitedly wider field of application of command responsibility.

**Key words:** command responsibility, superior, subordinate, jurisprudence, source of law.

Rad dostavljen Redakciji: 2. aprila 2012. god.

Rad prihvaćen za objavljivanje: 24. maja 2012. god.