

Komandna odgovornost kao oblik krivične odgovornosti

Milan Romanić

advokat, Banjaluka, Bosna i Hercegovina, romanic.m@teol.net

Rezime: Iako je "savremena komandna odgovorno" nastala nakon presude japanskom generalu Jamašiti 1945. godine, koju presudu su donijeli američki generali, a ne sudije, ova odgovornost se kroz nirnberški proces, procese pred međunarodnim sudom u Tokiju, a naročito pred Haškim tribunalom (član 7. stav 3. Statuta Haškog tribunala), a u BiH pred Sudom BiH (član 180. st. 1. i 2 KZBiH) izdefinisala kao odgovornost nadređenog za radnje potčinjenog i odgovornost za djela potčinjenog koja su rezultat propusta da se nadzire potčinjeni. Koliko god pravni eksperti zastupali i opravdavali postojanje ovog instituta, komandna odgovornost neodoljivo podsjeća na objektivnu odgovornost, a u krivičnom pravu, poznato je, objektivna odgovornost ne postoji.

Ključne riječi: komandna odgovornost, međunarodno običajno pravo, objektivna odgovornost

Datum prijema rada: 25. februar 2015.

Datum odobrenja rada: 2. mart 2015.

UVOD

Ovaj rad je dio završne riječi advokata Milana Romanića, branioca optuženog pukovnika Jovana Ostojića, koji je kao komandant 6. lake pješadijske krupske brigade VRS, bio optužen pred Sudom BiH za krivično djelo „zločin protiv Čovječnosti“ iz čl. 172 KZ BiH, a u vezi sa čl. 181. i 182. istog Zakona.

Konačan epilog ovog sudskog postupka je oslobađajuća presuda za optuženog Ostojića. Presuda broj X-KR-06/213, od 5. 11. 2010. godine.

Nastanak komandne odgovornosti

Prvi pomen odgovornosti koja ima sličnosti s komandnom odgovornošću potiče iz 1474. godine, kada je izvjesni Peter Fon Hagenbah po naredjenju nadvojvode austrijskog izveden pred lice pravde za silovanja, ubistva i druga djela protiv zakona boga i zakona ljudi počinjenih za vrijeme njegove uprave nad Gornjom Rajnom. Sudio mu je tribunal sastavljen od 28 sudija.

Drugi, slijedeći slučaj suđenja za propuste komandanta desio se u slučaju japanskog generala Yamashite (Jamašite). Taj slučaj se vodi kao prvi slučaj nastanka komandne odgovornosti kao posebnog oblika odgovornosti za radnje drugog, i to kada nije bilo znanja o radnji drugog na strani komandanta. Isti general je optužen zbog činjenice da je samo u Manili između 9. oktobra 1944. i 2. septembra 1945. godine, navodno ubijeno oko 8.000 Filipinaca – civila. Mjesec dana nakon zauzimanja Filipina general Jamašita je optužen za protivpravno zenemarivanje vojske, dozvolja-

vajući im da počine zločine i druga teška djela protiv Amerikanaca i njihovih saveznika Filipinaca. Sudila mu je Vojna komisija Glavnog štaba kopnene vojske SAD, i 1.10.1945. godine Komisija sastavljena od 5 generala, a među njima nije bilo pravnika po obrazovanju, je donijela osuđujuću odluku i kaznila je generala Jamašitu vješanjem. Komisija je našla komandanta odgovornim za kriminalne akte njegovih potčinjenih kada su ti kriminalni akti sveprisutnih i kada nema stvarnih pokušaja da se otkriju i stave pod nadzor. Komisija dalje izlaže da su zločini bili toliko brojni i prisutni da oni mora da su bili ili svjesno dozvoljeni ili da su bili tajno naredeni od strane optuženih. Istu odluku je dva puta pregledao Staff Judge Advocate i oba puta je potvrdio odluku Komisije uz zaključak da je general Jamašita ili (1) znao za zločine ili je (2) imao način da sazna za njih. Ovo drugo je značajna sadržinska promjena stava po pitanju svijesti Jamašite. Prema nalazu Komisije on je ne samo imao svijest o zločinima već ih je i tajno naredio, a prema reviziji, Jamašita je ili imao svijest ili je mogao da ima svijest, jer su mu bila na raspolaganju službena sredstava koja je mogao da iskoristi da se obavijesti. Činjenica da se nije obavijestio je, prema reviziji, kažnjivo propuštanje dužnosti.

Branici generala Jamašite su podnijeli žalbu Vrhovnom sudu SAD, a 4. februara 1946. godine Vrhovni sud je odlučio glasanjem 6:2. Sud je odbio da raspravlja o tome da li je Jamašite kriv, već je samo odlučivao o tome da li je Komisija bila nadležna, da mu sudi i da li je on imao dužnost o ratnom pravu, da preduzme odgovarajuće mjere koje su

u njegovoj moći da nadzire jedinice. Isto tako odlučivali su i o tome, da li se Jamašita može držati lično odgovornim za propust da preduzme takve mjere. Sud je našao da je Komisija mogla suditi Jamašiti i da je postojala obaveza prema ratnom pravu na strani komandanta da preduzme mjere koje su bile u njegovoj moći da zaštiti civile i zarobljenike. Kao podlogu ovakve svoje odluke Vrhovni sud navodi odredbe haških konvencija iz 1907. godine i Ženevske konvencije od 1929. godine. Međutim, dvoje sudija (sudija Marfi i sudija Ritdž) su dali izdvojena mišljenja.

Jamašita je obješen 23. februara 1946. godine. Nakon suđenja generalu Jamašiti poznat je i slučaj Vrhovne komande, koji slučaj pripada skupini mirnodopskih podprocesa. Nirnberški sud je pooštrio zahtjev u vezi sa sviješću – znanjem komandanta i jasno traži da je komandant imao svijest odnosno znanje u vezi s djelima učinjenim od strane potčinjenih, **a odbacuje samu činjenicu, da je komandant bio u položaju, da sazna o djelima kao dovoljnu.**

Drugi značajan slučaj je slučaj talaca u kom slučaju je suđeno njemačkim generalima za djela koja su bila učinjena u Jugoslaviji gdje se sprovodilo čuveno naređenje o strijeljanju 100 talaca za jednog mrtvog njemačkog vojnika. U tom suđenju sud je zaključio, da je veća odgovornost komandanta koji komanduje zaposjednutim područjem nego komandanta koji zauzima područje, jer prvi ima obavezu da održava red i mir, kažnjava krivična djela ili štiti ličnu i imovinsku sigurnost.

Još jedno suđenje koje se desilo tokom 1948. godine, je suđenje japanskom admiralu Toyodi pred Savezničkim vojnim tribunalom kome je predsjedavao australijski brigadir i šest američkih oficira kao članova. Za ovo suđenje je značajno da je prvi put jasno proširena doktrina komandne odgovornosti i na odgovornost komandanta za radnje potčinjenog koje je potčinjenom naredio, pored onih koje nisu bile naredene. Sud je na kraju odustao od optužnice. Treba istaći, da tvorci doktrine komandne odgovornosti nikad nisu pomenuli naziv „Komandna odgovornost“ u odluci Komisije u slučaju Jamašita govori se o odgovornosti komandanta ili o komandantu koji je odgovoran. Izraz komandna odgovornost je nastao kasnije i stvoren je od ljudi koji nisu pravnici po obrazovanju (generali koji su sudili u slučaju admirala Toyode). Taj izraz sam po sebi ne ukazuje ni našta tačno, komandant može da odgovara i na različite načine i po različitim osnovama. **Može biti odgovoran npr. moralno, disciplinski, prekršajno i krivično.** Može biti odgovoran za krivično djelo i za građansku štetu. Može odgovarati za svoje radnje, a prema članu 7. stav 3. Statuta Haškog tribunala i za radnje drugog, kasnije je prošireno značenje odgovornosti za radnje potčinjenog i odgovornost za djela potčinjenog koja su rezultat propusta da se nadzire potčinjeni.

Da pojednostavimo, širenje shvatanja o komandnoj odgovornosti iz odluke u odluku dolazi kao sasvim normalna posljedica anglosaksonskog shvatanja o sudskoj odluci kao izvoru prava kao i neodređenosti pojmova upotreblje-

nih u jedinom presedanu (slučaj Jamašita), koji je stajao na raspolaganju sudijama u Nirnbergu. Kad se tome dodaju neka posebna shvatanja anglosaksonskog krivičnog prava - rezultat je izraz kao što je „Doktrina komandne odgovornosti“. **U slučaju Jamašita ovakva doktrina o odgovornosti komandanta stvorena je za to što nije bilo moguće naći Jamašitina naređenja za vršenje zločina.**

U slučaju Tojoda Komisija je na samom početku odredila dva neosporna elementa komandne odgovornosti. Prvi neophodni element je su učinjeni zločini, a drugi element je izdato naređenje. Ako se ne može van svake sumnje dokazati da postoji naređenje, onda se prelazi na ostale elemente komandne odgovornosti. U ovom slučaju je prvi put upotrijebljen izraz komandne odgovornosti, a shvaćen je kao odgovornost za djela potčinjenih po naređenju pretpostavljenog i odgovornost za djela potčinjenih, kada se ne može van svake sumnje utvrditi postojanje naređenja, da se izvrše zločini, ali je komandant imao dužnost da spriječi zločine ili da kazni izvršioce – svoje potčinjene.

Po mišljenju nekih savremenih autora sa prostora bivše Jugoslavije (Mr. Branislav Ristojević) iz Novog Sada, po komandnoj odgovornosti odgovara komandantu koji propusti dužnost nadzora nad potčinjenima jer taj propust navodno dovodi do vršenja ratnih zločina od strane potčinjenih. Iz ovog slijedi da je radnja komandanta usljed koje dolazi do njegove komandne odgovornosti ista kao i radnja izvršenja kod krivičnog djela nečinjenja. Činjenja kakva god bila ne mogu dovesti do komandne odgovornosti.

Komandna odgovornost nije dio međunarodnog običajnog prava

Svi anglosaksonski teoretičari slažu se da je komandna odgovornost dio međunarodnog običajnog prava, tako i sudska vijeća Haškog tribunala smatraju da je komandna odgovornost dio međunarodnog običajnog prava. Ipak ima i suprotnih mišljenja, na koje treba, svakako ukazati, i to iz slijedećih razloga:

1. Komandna odgovornost se primjenjivala na poratnim suđenjima ratnim zločincima a stvorena je u slučaju Jamašita. Nakon ovoga osvježena je na nirnberškim podprocesima i pred Međunarodnim vojnim sudom u Tokiju. Posljednja pravosnažna presuda po osnovu komandne odgovornosti bio je slučaj Toyoda iz 1949. godine. Bilo bi normalno, da se ovakva primjena, koja je tada možda i bila dio međunarodnog običajnog prava odrazi na međunarodno ugovorno pravo?. Međutim, to nije bio slučaj. Ova doktrina nije prihvaćena u međunarodnom ugovornom pravu, a neki autori, kao što je Damaška smatraju, da je **komandna odgovornost postala dio međunarodnog običajnog prava tek u posljednjoj deceniji dvadesetog vijeka**, kada je našla svoje mjesto u Statutu Haškog tribunala i Statutu Međunarodnog krivičnog suda. Da ova doktrina nije prihvaćena u međunarodnom ugovornom pravu svjedoči i činjenica da je već 1948. godine donijeta Konvencija o

sprečavanju i suzbijanju zločina genocida i nije sadržavala ovu doktrinu. To nam jasno govori, da komandna odgovornost nije bila prihvaćena na međunarodnom nivou ni u vrijeme kada su je isključivo američki vojni sudovi i komisije primjenjivali.

2. Dokaz za ovu tvrdnju je su i Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata iz 1949. godine, koje takođe nisu sadržavale doktrinu o komandnoj odgovornosti, kao ni zakonik zločina protiv mira i bezbjednosti čovječanstva iz 1954. godine i Nirnberška načela koja je izradila Komisija za kodifikaciju i progresivni razvoj međunarodnog prava, **razlog za to da komandna odgovornost nije svrstana u načela tako važnih zakona i dokumenta je da komandna odgovornost nije bila priznata na međunarodnom nivou i to se odrazilo u međunarodnim aktima.**

Dakle komandna odgovornost se uglavnom primjenjivala pod okriljem američkih sudova i komisija. Jedino je Međunarodni sud u Tokiju imao međunarodni karakter ali je i on bio pod presudnim američkim uticajem.

OD TADA, 1949. GODINE PA DO 2.000. GODINE NIJE BILO NITI JEDNE PRAVOSNAŽNE MEĐUNARODNE PRESUDE PO OVOJ DOKTRINI. Doduše bilo je slučajeva u kojima se postavljalo pitanje komandne odgovornosti kao što je slučaj generala Kostera i generala Vestmorlenda koji nisu stigli pred vojne sudove već su završavali pred komisijama. Slučaj pokolja u palestinskim izbjegličkim logorima Sabra i Šatila 1982. godine završio se pred Kahanovom istražnom komisijom, a ne pred Izraelskim sudom. Ovakve komisije su sigurno manjeg značaja u postupcima stvaranja međunarodnog prava od pravih sudova. Drugih slučajeva komandne odgovornosti od tad pa do Haškog tribunala nije bilo. Pravog, istinskog postupanja država u oblasti kršenja ženevskih konvencija uopšte je teško pronaći. Svi sadašnji slučajevi komandne odgovornosti koji su pravosnažno završeni, pojavili su se pred Haškim tribunalom. Komandna odgovornost se pojavila u dodatnim protokolima na Ženevskoj konvenciji 1967. godine, međutim, ovi protokoli nisu dio običajnog međunarodnog prava već su dio ugovornog međunarodnog prava.

Dakle, dodatni protokoli iz 1977. godine nisu unijeli u međunarodno pravo kažnjavanje za kršenje njegovih odredbi, već je on samo propisao norme međunarodnog humanitarnog prava.

Po nekima autorima kažnjavanje je ustanovljeno običajnim pravom. Međutim, poseban dokaz u prilog tvrdnje, da komandna odgovornost nije međunarodni običaj jeste činjenica, da naziv komisije koja je pripremala prijedlog dodatnih protokola iz 1977. Jeste „Komisija za reafirmaciju i razvoj međunarodnog humanitarnog prava“.

Statut Haškog tribunala takođe poznaje komandnu odgovornost, **ali ni on nije dio međunarodnog običajnog prava, a ni dio međunarodnog ugovornog prava.** Države nikad nisu potpisale međunarodni ugovor o osnivanju Haškog tribunala. Isti je nametnut od strane Savjeta be-

zbjednosti UN, iako Savjet bezbjednosti nema legislativna ovlašćenja. Obavezujuće međunarodno pravo mogu stvarati samo države, a Savjet bezbjednosti se ne može smatrati državama. Ovo potvrđuje i činjenica, da je nekoliko članica Savjeta bezbjednosti (Kina, Brazil i dr.) nakon usvajanja Rezolucije o osnivanju Haškog tribunala i Međunarodnog krivičnog suda, izdalo saopštenje, **da je ovo poseban slučaj i da na toj osnovi ne može nastati nikakav presedan.** Samo Generalna skupština UN-a može osnovati svojom rezolucijom neki međunarodni krivični sud, jer su rezolucije jedini zakonodavni akti međunarodnog prava, pod uslovom da se rezolucijama istovremeno sa međunarodnim krivičnim djelima odrede i sankcije.

Zbog toga obrana Ostojić Jovana smatra sa se čl. 4.a KZ BiH, povređuje načelo zakonitosti,

Naime, ovaj čl. 4a) KZ BiH, kao i čl. 7. stav 2. Evropske konvencije o osnovnim ljudskim pravima, kojim članom je predviđeno izuzetak od poštivanja načela zakonitosti, u slučajevima kad je djelo koje je počinjeno, iako nije propisano u domaćem zakonodavstvu u vrijeme počinjenja, **bilo predviđeno kao kažnjivo po međunarodnim normama i međunarodnim običajnim pravima.**

S obzirom da član 38. Statuta Međunarodnog suda pravde određuje međunarodni običaj kao „dokaz opšte prakse koja je prihvaćena kao pravo“.

Iz ove definicije se jasno izdvajaju dva elementa međunarodnog običaja:

1. Materijalni ili objektivni
2. Psihički ili subjektivni.

Prvi je u stvari opšta praksa, a drugi svijest o obaveznosti nekog ponašanja. Prvi zahtijeva jednoobrazno i sukcesivno ponavljanje istog spornog akta od strane članova međunarodne zajednice. Jednostrano ponavljanje od strane samo jednog ili manjeg broja država, ili povremeno, ispresijecano, ne može stvoriti opšte ili univerzalno običajno pravilo.

Tako prema nekim autorima (Jozef L. Kunz) piše, da ni praksa većine država nije dovoljna za uspostavljanje međunarodnog običaja. **Potrebno je da praksa bude opšta, konstantna i jednoobrazna međunarodna praksa koja je kontinuirana.**

Iz dosadašnjeg iskustva u suđenju za ratne zločine po komandnoj odgovornosti može se zaključiti sasvim suprotno:

1. To nije bila opšta praksa,
2. To nije bilo ponavljanje od strane većine država
3. Ta praksa nije bila konstantna i jednoobrazna
4. Ta praksa nije bila kontinuirana, niti univerzalna.

Praksa za suđenje zbog komandne odgovornosti je bila praksa samo jedne države, SAD, i to zbog osвете generalu Jamašiti za poraz na Filipinima 1942., i pokušaj suđenja admiralu Toyodi, koji je ipak oslobođen. Samo je Stalni međunarodni sud i Nirnberški sud u svojim suđenjima upotrebjavao kao presedan presudu iz slučaja generala Jamašite, a znamo da su i ti sudovi bili pod presudnim uticajem SAD.

I u zadnjem desetljeću dvadesetog vijeka Savjet bezbjednosti, opet pod presudnim uticajem SAD (tadašnjeg ambasadora SAD u Savjetu bezbjednosti (Medlin Olbrajt) donosi Statut Haškog tribunala i u Statutu odredbe o komandnoj odgovornosti.

Kao takva komandna odgovornost, sve do većeg broja pravosnažnih presuda pred Haškim tribunalom, dakle, sve do 2005. I 2006. godine, nije bila niti je mogla biti dio međunarodnog običajnog prava, pa se ni suđenja pred Sudom BiH, po shvatanju odbrane Jovana Ostojića, ne mogu voditi za djela počinjena prema članu 180. stav 2. KZ BiH, odnosno član 4a) istog zakona je u suprotnosti s načelom legaliteta – zakonitosti i ne može se podvesti pod izuzetak člana 7. Stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Naime, odredba člana 4 a) KZ BiH, određuje koja je identična sa članom 7. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i članom 15. stav 2. Međunarodnog pakta o građanskim političkim pravima. Ista odredba glasi: „Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s opštim principima međunarodnog prava. Tako Sud BiH izvodi ovlaštenje za ove opšte principe međunarodnog prava, ne samo iz inkriminacije zločin protiv čovječnosti, u skladu s običajnim međunarodnim pravom, nego i iz uvrštavanja principa međunarodnog prava u Rezoluciju broj 95. Generalne skupštine. Sud BiH se nadalje poziva na principe međunarodnog prava priznate u Statutu Nirnberškog suda, tako da ova dva principa glase: „svako lice koje počinji djelo koje predstavlja krivično djelo po međunarodnom pravu odgovorna je prema tome i podliježe kažnjavanju“ i „činjenica da domaći zakon ne predviđa kaznu za djelo koje je kažnjivo po međunarodnom pravu, ne oslobađa osobu koja je počinila to djelo odgovornosti prema međunarodnom pravu.

Na osnovu ovih principa, Sud BiH je u predmetu Boban Šimšić zaključio da se zbog toga krivično djelo zločin protiv čovječnosti može podvesti pod opšte principe međunarod-

nog prava iz člana 4. a) KZ BiH neovisno od toga da li bi oni bili mjerodavni prema običajnom međunarodnom pravu ili principima međunarodnog prava.

Iz svega gore navedenog, izvlačimo zaključak, da komandna odgovornost nije dio međunarodnog običajnog prava.

Na potvrdu ovog stava naišlo se u jednoj odluci sudskog vijeća MKSJ u slučaju Krajišnik kada je jedan sudija iz sudskog vijeća (sudija Bennouna) izdvojio mišljenje u kom mišljenju je gradio stav, da komandna odgovornost nije dio međunarodnog običajnog prava.

Međutim, pitanje je, da li Jovan Ostojić mogao te 1992. godine znati da je komandna odgovornost dio međunarodnog običajnog prava, jer doktrina komandne odgovornosti, kao oblik krivične odgovornosti ne spominje se u preuzetom Krivičnom zakonu SFRJ, koji je tada, 1992. godine bio na snazi u BiH.

ZAKLJUČAK

Komandna odgovornost –odgovornost za dijela drugoga je u stvari objektivna odgovornost, a savremeno krivično pravo ne poznaje objektivnu odgovornost.

Zbog te činjenice, kao i zbog činjenice da je savremena komandna odgovornost rezultat pobjede američke nad japanskom vojskom na pacifičkom ratištu i da je presudu generalu Jamašiti donijela dana 1. 10. 1945. godine Vojna komisija Glavnog štaba kopnene vojske SAD Komisija sastavljena od 5 generala, a među njima nije bilo pravnika po obrazovanju, govori u prilog tome da isti oblik odgovornosti treba ukinuti u predstojećim izmjenama BH krivičnog pravnog zakonodavstva.

LITERATURA

- Mettraux, G. (2010). *Pravo komandne odgovornosti*, Sarajevo: Fond za humanitarno pravo.
- Komentar KZ BiH. (2005). Sarajevo: Savjet Evrope i Evropska komisija.
- Branislav, R. (2003). *Komandna odgovornosti*, Novi Sad.

Command Responsibility as a Form of Criminal Responsibility

Milan Romanić

Abstract: While “the modern command responsibility” was born after the ruling against Japanese General Yamashita in 1945, which was issued by American generals, rather than Judges, this responsibility, through the Nuremberg process, the proceedings before the international Tribunal in Tokyo, and, in particular before the Hague Tribunal (Article 7, paragraph 3 of the Statute of the Hague Tribunal), and before the Court of Bosnia and Herzegovina in Bosnia and Herzegovina (Article 180, paragraphs 1 and 2 of the BiH Criminal Code), has defined itself as the responsibility of the superior for acts of the subordinate and the responsibility for subordinate’s acts resulting from the omission to control the subordinates. Whatever the extent to which legal experts advocate and justify the existence of this legal concept, the command responsibility is irresistibly reminiscent of objective responsibility, and the objective responsibility is known not to exist in the criminal law.

Key words: command responsibility, customary international law, objective liability