

*Mr Бранислав Ристивојевић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ЦИВИЛНА ОДГОВОРНОСТ ЗА РАДЊЕ ПОТЧИЊЕНОГ (КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ) ПРЕ УСВАЈАЊА СТАТУТА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

***Сажетак:** Цивилна одговорност за радње потчињеног се појавила врло рано, већ у време настајања саме доктрине командне одговорности. У време озакоњења норми међународног права у годинама након Другог светског рата она није ухватила корен.*

***Кључне речи:** Командна одговорност, одговорност за радње потчињеног, Хашки трибунал, судска пресуда, међународни обичај, доктрина, Међународно кривично право, извори права, надређени.*

Једини акт на међународном нивоу који познаје одговорност за радње потчињеног пре оснивања Трибунала, Први допунски протокол, такође није обухватао цивиле као могуће субјекте ове врсте одговорности.

Одредба одговорности за радње потчињеног Статуа Хашког трибунала потиче из 1993. године и она представља благу прераду одредбе Првог допунског протокола. Проблем са тумачењем речи «superiors» коју користи одредба члана 7(3) Статута Трибунала решавала су судска већа овог правосудног тела. Тумачећи ову одредбу дошли су до закључка да она обухвата и цивилне надређене, поред војних, као субјекте командне

одговорности. Не спорећи да су судска већа Трибунала надлежна да тумаче његов Статут, показало се да позивање на утемељеност њиховог става у међународним обичајима не стоји. Не само да овакав став није утемељен у међународним обичајима, већ се у обичајном праву не могу пронаћи докази ни за супротно. Примене, која је неопходна за уобличавање међународног обичаја једноставно није било. Закључци о природи или садржини командне одговорности тешко се могу утемељити у међународним обичајима пре 1998. године и оснивања Међународног кривичног суда.

При свему овоме могуће је закључити, али не на основу обичајног права, да одредба Статута Хашког трибунала подразумева и цивилне надређене као субјекте командне одговорности. Ово стога што је могуће да су творци Статута желели да одредба обухвати и цивилне надређене као субјекте командне одговорности. У том случају није потребно позивање на обичајно право, већ је довољно, на пример, обично аутентично тумачење.

Мишљења смо да је позивање на обичајно право у пресудама служило да се судска већа заклоне од могућих примедби о ретроактивном примењивању права. Свесни да није сигурно право значење обухвата речи «superior» из члана 7(3) Статута и круга субјеката ове врсте одговорности, судска већа су се повукла у комфор и сигурност најнеодређенијег и најнејаснијег извора Међународног права—обичаја Из јасног писаног права повукли су се у нејасно неписано право.

Посебно смо имали примедбу на коришћене ставова доктрине међународног права у осмишљавању решења за ову правну недоумицу. У маси правних норми која нема изграђено устројство нити све потребне институте и појмове да би се могла назвати правном граном у пуном смислу тих речи, и које је оскудна правим значењима постојећих појмова, свако коришћене мишљења правне науке која немају ослонац на постојеће право може се назвати нормирањем.

Увод

Доктрина командне одговорности (или доктрина одговорности за радње потчињеног) се може поделити на више начина односно по више основа. Разлог је врло једноставан. У својој суштини она је вишезначно и сложено биће.

С једне стране могуће јој је прићи са становишта фаза у извршењу кривичног дела иако она, држимо, није кривично дело. У питању су фазе у извршењу кривичног дела потчињеног. Тако постоје командна одговорност за неспречавање, несузбијање и некажњавање кривичног дела подре-

ђеног. У првом случају није спречено кривично дело подређеног које се спремало, у другом није сузбијено кривично дело подређеног које је било у току. У трећем случају није кажњено кривично дело подређеног које се већ догодило.

С друге стране могуће је прићи јој са становишта субјекта командне одговорности. Субјект може бити војни, али и цивилни надређени.

Могуће је извршити поделу доктрине обзиром на облик кривице присутан код субјекта у тренутку пропуштања дужног надзора. Тако постоје умишљајна и нехатна командна одговорност.

Њена правна природа пружа основ за још једну поделу. Ова подела је чини нам се најважнија иако није изазвала толико пажње, нити у стручној, нити у лаичкој јавности. Овде би била у питању подела на командну одговорност као облик одговорности и на командну одговорност као кривично дело.

Постоји још једна могућа подела која је предмет највећих недоумица. У стручној јавности није изазвала нарочите полемике, али међународно и, до одређене мере, унутрашња права посветили су јој дужну пажњу. У питању је подела на командну одговорност за чињење и командну одговорност за нечињење односно пропуштање.

Предмет занимања овог рада је подела одговорности за радње подређеног с обзиром на субјект ове одговорности, пре оснивања Хашког трибунала. Она данас није толико спорна као што је то била 1993. године. Након оснивања Међународног кривичног суда и усвајања његовог статута ова подела се коначно усталила. Велик број држава у поступку спровођења обавеза преузетих потписивањем овог уговора прихвата ову поделу. Ипак остаје питање да ли она постојала пре 1998. године када је донет Статут Међународног кривичног суда? Ако је постојала, питање је када је настала, односно када је ова доктрина почела да важи и за цивилне надређене? Ово питање је тренутно од значаја обзиром да постоји велик број оптужених на основу ове врсте одговорности пред Хашким трибуналом који су били цивилни надређени у ратовима на простору бивше Југославије. Тачан одговор на ово питање говори о тренутку од којег нити један цивилни надређени не може приговорити ретроактивну примену права.

1. Претходно питање

Пре преласка на поделу командне одговорности морају се поређати према значају постојећи извори међународног кривичног права који познају речену доктрину.

Од више извора који познају одговорност за радње потчињеног најважнији од свих је Статут Међународног кривичног суда. Без обзира на чињеницу да међународно кривично право није уопште изграђено до такве мере да га можемо назвати заокруженом, уређеном и довршеном граном права, ипак се Статут Међународног кривичног суда издваја значајем који му придају државе оснивачи суда. Подршку је добио од толико великог броја држава и међународних организација да се може назвати и светски суд, иако му нико приликом оснивања није доделио ту улогу. Његов Статут се већ назива «малим озакоњењем Међународног кривичног права».

Зато би се претрага могућих подела одговорности за радње потчињеног у првом реду морала ослонити на одредбу дату у члану 28. Статута Међународног кривичног суда. Пошто је наше занимање ограничено на време пре оснивања Међународног кривичног суда ми се не можемо служити само његовим статутом, већ се морамо ослонити на друге изворе.

Први акт на међународној равни који познаје командну одговорност је Први допунски протокол из 1977. године. Овај акт је рађен као дорада Женевских конвенција из 1949. године. Он је незаобилазан у свакој претрази одговорности за радње потчињеног.

Иако се око Статута Међународног кривичног Трибунала и његовог правога важења стручне расправе вероватно скоро неће окончати, чињеница је да он јесте један правни акт на међународном нивоу и да познаје одговорност за радње потчињеног. За тумачење одредби Статута Хашког трибунала, сигурно је да нема бољег средства од пресуда тог правосудног тела.

Питање које постављамо је да ли су судска већа Трибунала доносећи ове пресуде прешле ону границу која дели тумача од творца права?

У вези са претходним поставља се и начелно питање да ли је могуће користити судске пресуде, међународних и унутрашњих правосудних тела као извор Међународног кривичног права? Да ли се ставови о поделама командне одговорности које можемо наћи у судским пресудама могу искористити и на који начин?

1.1. Судска пресуда као извор Међународног права

У Међународном праву судске пресуде, начелно, немају статус извора права. Иако пресуде, строго узевши, нису извор међународног права оне су показатељ праксе држава, односно, оне су један од два елемента потребна за уобличавање обичаја као извора Међународног права. Поред овога судије међународних правосудних институција ће се најнормалније

позвати на раније пресуде као да оне јесу извор Међународног права.¹ Теорија Међународног права је пронашла решење за ову нелогичну ситуацију тако што је пресуде назвала *материјалним* извором Међународног права, за разлику од осталих извора, који несумњиво јесу извори Међународног права (мисли се на попис извора међународног права у члану 38. Статута Међународног суда правде), и који се називају *формалним* изворима међународног права.

То значи да пресуде могу имати двојаку улогу као извор речене гране права. С једне стране служе приликом уобличавања обичаја као извора Међународног права, а с друге стране посредно се појављују као материјални извор Међународног права. Зато ће се извршити претрага пресуда да би се утврдило какво је стање са реченом поделом командне одговорности у примени. Без ове претраге познавање командне одговорности било би мањкаво.

1.2. Судске пресуде као извор Међународног кривичног права

Члан 21. Статута Међународног кривичног суда говори о изворима права које ће суд примењивати. На првом месту су наравно Статут, Елементи злочина и Правила поступка и доказивања. На другом су важећи међународни уговори и, начела и правила међународног права укључујући установљена начела Међународног хуманитарног права. Ако ту не нађе одговора на неки правни проблем Суд може да искористи начела и правила унутрашњих права и правних целина света, укључујући начела и правила права оних држава које би нормално имале надлежност над кривичним делом.

На последњем месту Суду је остављена могућност да примени начела и правила права како их је већ тумачио у претходним одлукама.

Овако уређење извора права које примењује Суд оставља могућност да се и судске пресуде, међународних и унутрашњих правосудних тела примене као извор права. Начела и правила Међународног права могла су бити установљена и судским пресудама међународних правосудних тела укључујући и *ad hoc* трибунале.² Даље, начела и правила унутрашњих

¹ За питање обавезности пресуда Трибунала у Хагу у смислу извора права погледати случај Алексовски: ICTY, Aleksovski IT-95-14/1 „Lasva Valley“, Appeals Chamber, *Judgment*, para. 92-115.

² «Комисија за прогресивни развој и кодификацију међународног права» је 1947. године од Генералне скупштине ОУН добила задатак да уобличи тзв. «нирнбершка наче-

права и правних целина света такође се могу установљавати судским пресудама. Знамо да постоје правне целине које судским пресудама дају значај извора права. Истина, то ће бити нека врста посредне, пре него непосредне, примене пресуда као извора Међународног кривичног права.

Треба поменути и нову врсту тзв. хибридних судова. У питању су међународно-домаћи судови. Институционално устројство и право које примењују ови судови је мешано, има и међународних и домаћих састојака. Служе, такође, за суђења наводним учионицима масовних кршења норми Међународног хуманитарног права када домаћи правосудни систем није дорастао таквом искушењу. За сада постоје три таква случаја: Космет, Источни Тимор и Сијера Леоне.³ Статут суда за Сијера Леоне изричито каже да ће се суд бити «руковођен» судским одлукама два ad hoc Трибунала у вези са тумачењем норми Међународног хуманитарног права.⁴ Ови судови могу да послуже, сматрају њихови заговорници, као спона између међународних и унутрашњих напора на гоњењу и кажњавању масовних кршења Међународног хуманитарног права.

Сасвим је јасно да ће у једној оваквој грани права, оскудној правим значењима појмова који се употребљавају, али и оскудној у појмовима и институтима уопште, судска пракса имати велики значај.⁵ Без обзира што

ла». Од седам начела пет се односило на кривичну одговорност, а два на елементе кривичних дела. Разлике између текста овог документа и Стаута Међународног војног суда у Нирнебергу незнатне су. «Имајући виду све изложено, може се без резерве констатовати да су тако уобличена начела постављена у нирнбершком процесу, подигнута на ниво општих принципа међународног права...»: Владан Василијевић, *Међународни кривични суд*, Докторска дисертација, Београд, 1965, стр. 183.

³ На Космету у питању је хибридни правосудни систем, на Источном Тимору у питању је посебно судско веће Округног суда у Дилију, главном граду Источног Тимора, а у случају Сијера Леонеа у питању је заокружено правосудно тело слично трибуналима за бившу Југославију и Руанду.

⁴ Наведно према: Laura A. Dickinson, *The Promise of Hybrid Courts*, AJIL, Vol. 97, No. 2, 2003

⁵ „Међународно кривично право нема свој аутономни систем симбола. Оно позајмљује симболе из различитих националних система, а сваки од симбола носи обележја своје историје и традиције. Следствено, међународни правници немају свој изворни, заједнички језик. Зато је у установљавању међународног кривичног права најважије стварање одговарајућег система комуникације односно заједничког језика. Најбољи пут би био упоредна претрага више правних система, њихових одредаба, концепата и терминологије. Исход ове претраге служио би као складиште одредаба будућег међународног кривичног права”: Ryu, Silving, *International Criminal Law-A Search for Meaning*, објављено у: M. Cherif Bassiouni, Ved P. Nanda, *A Treatise of International Criminal Law*, Springfield, 1973, стр. 34-35, наведено према: L.C.Green, *Book Review*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, No 2, 1974, стр. 393

нигде нема непосредног помена судских пресуда као извора права, оне се таквом положају приближавају, ако не у формалном, а оно у материјалном смислу.⁶

Мишљења смо да је потребно прегледати и пресуде односно примену Међународног кривичног права. Без обзира на све мањкавости које пресуде имају као могући извор права, ако се не би користили познавање командне одговорности било би недостатно.

2. Цивилна одговорност зарадње потчињених

2.1. Настанак

Иако је командна одговорност измишљења у случају једног војног команданта, она се врло брзо раширила и на цивилне надређене. Установљена је 1946. године у случају Јамашита, и исте године је употребљавана на Међународном војном суду у Токију. Треба истаћи да је Статут суда није познавао, већ се она налазила у оптужници. Две последње тачке оптужнице су теретиле су неке од оптужених да су наређивали, овлашћивали и:

„...и дозволили кршења закона и обичаја ратовања и безобзирно занемарили своју правну дужност, коју имају захваљујући својој служби, да предузму одговарајуће кораке да обезбеде надгледање и спрече повреду закона и обичаја ратовања.“⁷

⁶ «Многи правни посматрачи, нарочито из континенталне правне традиције, би очекивали од кривичног трибунала, због начела законитости, да покаже одређену уздржаност у ширењу права, нарочито у одмеравању казне и примени правних теорија које нису постојале када је кривично дело извршено»: Sassoli, Marco and Laura M. Olson, *International Decisions: Prosecutor vs. Tadic*, American Journal of International Law, Vol 94, No. 3, 2000, p. 577-578.

⁷ „...ordered, authorized, and permitted conduct in violation of the laws and customs of war and having recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the laws and customs of war.“; наведено према: Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law Review, 1985, Vol. 107, стрп. 116.

У пресуди се, слично одлуци Комисије у случају Јамашита, наводе извори Међународног права који говоре о дужностима односно обавезама команданата, али и цивилних вођа. Према пресуди, влада која има ратне заробљенике односно задржане цивиле, је одговорна према 4. Хашкој конвенцији из 1907. године и Женевској конвенцији Црвеног крста из 1929. године.⁸ Овде Суд разрађује наводе тужилаца о командној одговорности цивилних вођа. Суд сматра да су и војни командант и министар одбране једнако одговорни за ратне заробљенике.⁹ Суд даље развија командну одговорност кроз нове обавезе команданта у вези са надзором. Као прво командант (или цивилни надређени) одговоран за ратне заробљенике, морао је да успостави и обезбеди делотворну и сталну целину за чување ратних заробљеника.¹⁰ Ако га није успоставио, онда је пропустио своју дужност, и када дође до кршења ратног права над тим заробљеницима, он одговара за та кршења. Ако јесте успоставио такву целину, а није обезбедио да се она стално и делотворно спроводи, опет је пропустио своју дужност и опет одговара, уз услов да је неко правило ратног права повређено, за те повреде.¹¹ Када се командант и уверио да се његова наређења спроводе, онда је могао да одговара за злочине само ако је знао да се они дешавају, а није предузео такве кораке који су у његовој моћи да спречи чињење таквих злочина у будућности.¹² Последња могућност је била да је командант испунио све дужности напред поменуте, али није знао да се врше злочини. Тада ће одговарати ако је нехатно пропустио да обезбеди такво знање.¹³

Допринос тзв. Токијских суђења схватањима о командној одговорности је ограничен на ширење круга лица који могу да одговарају по доктрини командне одговорности. Осим војних команданата ту су и цивилни надређени који имају обавезе према ратним заробљеницима. Зашто, баш, према ратним заробљеницима? Вероватно зато што се само у случају злочина против ратних заробљеника, нису могла наћи наређења за вршење тих злочина, па се појавила потреба, као код Јамашите, да се примени командна одговорност. Дат је и круг лица која имају обавезе према заробљеницима. То су: чланови владе, пешадијски или морнарички официри у

⁸ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 116.

⁹ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 117.

¹⁰ W.J. Fenrick, *Some International Law Problems Related To Prosecution Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, Duke Journal of Comparative & International Law, No. 6, 1995, стр. 118.

¹¹ W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

¹² W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

¹³ „They are at fault in having failed to acquire such knowledge. If such a person had, or should, but for negligence or supineness, have had such a knowledge he is not excused...“: Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 117.

јединицама или командама које имају заробљенике, службеници у министарствима која су се бринула за „благостање/добробит“¹⁴ заробљеника, службеници-било цивилни, пешадијски или морнарички-који су вршили непосредан надзор над заробљеницима.¹⁵

Велико питање јесте да ли је доктрина, тада, 1948. године, несумњиво установљена и за цивилне надређене. Да јесте, требало би да та нова идеја буде изражена у пресудама других правосудних тела која су судила за злочине из Другог светског рата или писаним актима који познају командну одговорност.

На суђењу пред Међународним војним судом у Нирнбергу није било командне одговорности уопште. На тзв. Нирнбершким потпроцесима, суђењима устројеним на основу Закона контролног савета број 10, било је командне одговорности, само за војне надређене. Неколико врло ретких случајева командне одговорности после Другог светског рата, а пре оснивања Трибунала 1993. године, односили су се на војне надређене.

Предлог «Законика злочина против мира и безбедности човечанства» којег су израдиле ОУН 1953. године, који је замишљен као светски кривични законик, не познају никакву командну одговорност, нити за цивилне нити за војне надређене. «Конвенција о сузбијању и спречавању злочина геноцида» из 1948. године, иако врло темељно набраја могуће облике учествовања у извршењу геноцида, неме ни помена доктрине о одговорности за радње потчињеног. Исто се односи на Женевске конвенције од 1949. године.

2.2. Развој

1977. године израђени су Допунски протоколи на Женевске конвенције од 1949. године. Први допунски протокол у члану 86. садржи командну одговорност под називом «Пропуст да се делује»:

„Чињеница да је повреду конвенција или овог протокола извршио неки потчињени, не ослобађа његове *старешине* кривичне или дисциплинске одговорности, већ према случају, уколико су они знали или су имали обавештења које су им омогућиле да закључе, под околностима које

¹⁴ Овде користимо изворни израз (welf-being) из пресуде. Његов синоним је welfare. Заиста је лицемерно приписивати било којем државном органу било које државе да је био задужен за „благостање“ или „добробит“ ратних заробљеника. Ако је неки државни орган Јапана и био задужен да води рачуна о ратним заробљеницима, онда се то задужење, сигурно, није односило на „благостање“ или „добробит“ заробљеника.

¹⁵ W. J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

су владале у то време, да је он извршио, или да ће извршити такву повреду и ако нису предузеле све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду.“¹⁶

У изворном тексту на енглеском језику користи се енглеска реч «superiors». Овакав назив оних који носе одговорност предвиђену у параграфу 2. члана 86. може се превести у наш језик и као «старешине» и као «надређени». У зависности од превода тог појма на српски ми можемо укључити у њега поред војних и цивилне «надређене». На пример у пресудама Трибунала већ је уобичајено да се под тим појмом енглеског језика (superiors) подразумевају све врсте надређених и цивилни и војни, у множини. Међутим Протоколи су написани 1977. године. Чини нам се да је важније одредити шта су писци Протокола желели да обухвата појам «superiors». Питање је да ли су у време израде Протокола чланови комисије која је израдила текст подразумевали под тим појмом и цивилне надређене, поред војних на које су несумњиво мислили. Вероватно најбољи начин да то утврдимо јесте да консултујемо званични Коментар Допунских протокола које је израдио Међународни комитет црвеног крста.

2.2.1. Значење појма «superior» у Првом допунском протоколу

Параграф 3544 Коментара бави се одређивањем појма надређеног:

«То није чисто теоријска замисао која покрива сваког надређеног/старешину у ланцу командовања, већ се тиче само оног надређеног/старешине који лично одговара за извршиоца кривичног дела које је у питању, зато што потчињени јесте под његовим надзором. Непосредна веза која мора постојати између надређеног/старешине и потчињеног јасно следи из дужности да се делује која је постављена у првом параграфу члана 86. Даље, само тај надређени/старешина је, нормално, у положају да има обавештења које му омогућавају да закључи, у околностима које су владале у то време да је потчињени извршио или се спрема да изврши кривично дело. Ипак, не би требало из овога закључити да се ова одредба односи само на команданте под чијом непосредном командом се налази

¹⁶ „The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.“: W. J. Fenrick, наведено дело, стр. 119-120; Превод на српски језик смо узели из издања ових Протокола које је урадио Југословенски црвени крст 1997. године

потчињени. Улогом команданта као таквих бави се члан 87. Појам надређеног/старешине је шири и треба га схватити у границама хијерархије која садржава појам надзора.»¹⁷

Коментар нема изричит став о томе на које се врсте надређених односи одредба члана 86. Првог допунског протокола. Иако јасно говори да је појам надређеног/старешине шири од појма команданта, нисмо мишљења да то значи да су писци Протокола мислили на цивилне надређене. Кроз читав текст Коментара провејава идеја да су ти «superiors» уствари војни надређени. Тако, на пример, у параграфу 3547 Коментара који се бави мерама које је надређени обавезан да предузме да спречи или сузбије вршење кривичних дела од стране потчињеног (непредузимање којих је, према писцима Коментара, трећи услов за постојање одговорности по члану 86.) каже:

«То правило односи се на непосредног команданта и његове надређене/старешине.»¹⁸

¹⁷ International Humanitarian Law, *Commentaries*, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this protocol, Article 86, Failure to act, 'The qualification of superior', Para. 3544: «This is not a purely theoretical concept covering any superior in a line of command, but we are concerned only with the superior who has a personal responsibility with regard to the perpetrator of the acts concerned because the latter, being his subordinate, is under his control. (29) The direct link which must exist between the superior and the subordinate clearly follows from the duty to act laid down in paragraph 1. Furthermore, only that superior is normally in the position of having information enabling him to conclude in the circumstances at the time that the subordinate has committed or is going to commit a breach. (30) However, it should not be concluded from this that this provision only concerns the commander under whose direct orders the subordinate is placed. The role of commanders as such is dealt with in Article 87 (Duty of commanders). ' The concept of the superior is broader and should be seen in terms of a hierarchy encompassing the concept of control.»

¹⁸ International Humanitarian Law, *Commentaries*, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this protocol, Article 86, Failure to act, 'The obligation to take measures to prevent or repress breaches', Para. 3547: «This last clause deals with the central purpose of this paragraph: the superior who is responsible and who is aware of the facts must act to prevent or repress the breach. This rule concerns both the immediate commander and his superiors. However, the specific duties of commanders are further dealt with in the detailed provisions which will be examined under Article 87' (Duties of commanders). 'The present provision merely poses the principle of the indictment of superiors who have tolerated breaches of the law of armed conflict. This rule is not without precedent in national law. (40)»

Овај параграф Коментар пружа нам прилику да видимо како се схватају појмови надређеног/старешине и команданта код писаца Протокола. Чини се да је у ствари појам «команданта» схваћен у смислу непосредно командујућег надређеног, нпр. поручника који предводи вод пешадије у неком војном подухвату. Појам надређеног/старешине је шири и подразумева сваког надређеног/старешину који има обавезу (и право!) да надзире неког потчињеног без обзира што непосредно не командује. Изгледа да је замислио писаца Протокола (коју доследно разрађују писци коментара) била следећа: сваки командант јесте надређени/старешина, али није сваки надређени/старешина командант. Ако се појам надређеног/старешине у Првом допунском протоколу схвати на овај начин онда он не укључује цивилне надређене већ само војне. Треба истаћи да има и другачијих мишљења.¹⁹

Сличног мишљења су били и преводиоци Првог допунског протокола у Југословенском црвеном крсту када су се 1997. определили за превод појма «superiors» у српски као «старешине». Појам «старешине» је до одређене мере близак појму «надређеног», међутим нико их не би смели користити као синониме уколико појам «надређеног» подразумева и цивилне надређене.

2.2.2. Појам «старешине» у «Упутству о примени правила међународног ратног права у ОС СФРЈ»

На исти начин преведен је овај појам у «Упутству о примени правила међународног ратног права у ОС СФРЈ» из 1988. године. Изради Упутства се приступило након што је Југославија потврдила додатне протоколе.²⁰ Тада се сматрало да је неопходно нејасне текстове међународних уговора преточити у један, за просечног војника, јасан облик-Упутство.²¹ Од стручњака је оцењено као најсавременији и најбоље обрађени војни

¹⁹ W. J. Fenrick, *Responsibility of commanders and other superiors*, објављено у: *Otto Triffler, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517.

²⁰ Погрешно би било из овог податка извучити закључак да се овој грани права, у нас, није поклањала пажња и раније. Србија је 1877. године, као 4. земља у свету, донела правилник о ратном праву. Била су то „Ратна правила по међународном праву“. Издао их је „Министарство војено“ и имала су 92 члана. Пратило их је наређење министра да сваки официр српске војске мора, уз потпис, да их прочита: Гавро Перезић, *Међународно ратно право*, Београд, Војноиздавачки и новински центар, 1986, стр. 33.

²¹ Давор Видас, *Осврт на Упутство о примјени правила међународног ратног права у оружаним снагама СФРЈ из 1988. године*, *Наша законитост*, Бр. 11-12, 1991, стр. 1361.

приручник овог садржаја на свету.²² Издато је у облику књиге која је обухватала и наредбу о њеном спровођењу и само Упутство.²³ У уводу књиге стоји да је њен циљ да се припадници оружаних снага упознају са правима и обавезама бораца у оружаном сукобу.²⁴ У тачки 21. Упутства прописана је командна одговорност под називом: «Одговорност за поступке потчињених». На почетку текста се сасвим јасно каже:

«Војни старешина који...».²⁵

И да нема помена војних надређених, односно «старешина», било би сасвим јасно да се наше Упутство односи само на њих, јер оно и јесте акт који се односи на припаднике оружаних снага. У оружаним снагама, природно, нема других надређених осим војних.

2.2.3. Значење појма «*superior*» пре оснивања Трибунала

Све ово нам говори у прилог поставке да писци Допунских протокола нису имали, ни најмање, у виду цивилне надређене у време када су ти акти писани. Израз који потиче из енглеског језика «*superiors*» се у српски правилно преводи као «старешине», ако желимо да користимо војне стручне изразе. Може се превести као «надређени» ако се садржавамо у оквиру правнотеоријских израза које смо већ користили у нашим ранијим радовима на тему командне одговорности, али никако се не би смело схватити да тај израз подразумева и цивилне надређене. Стога је можда боље користити израз «старешине». Он не би остављао места сумњи да су у питању само војни надређени.

Постоје ставови који иду другом смеру. Мишљења смо да су они погрешни, а нарочито образложење које користе. Тако Fenrick држи да постоје назнаке да су на Токијском суђењу, и другде, и невојни надређени могли бити кривично одговорним за пропуст да делују под одређеним околностима:

«Те назнаке пружају основу за став да доктрина командне одговорности важи по аналогији за невојне надређене, под одређеним околности-

²² Владимир-Ђуро Деган, *Обичајно међународно ратно право*, Наша законитост, Бр. 11-12, 1991, стр. 1284.

²³ *Прописи о примени правила ратног права у оружаним снагама СФРЈ*, Београд, Војна штампарија, 1988.

²⁴ Наведено дело, стр. 9.

²⁵ Наведено дело, стр. 25.

ма, или за став да посебна доктрина која се може назвати «одговорност надређеног» постоји заједно са доктрином командне одговорности.»²⁶

Као прво, Fenrick сматра да на основу назнака да су цивилни надређени одговарали по основу командне одговорности на Токијском суђењу и «другде» можемо по аналогији извући закључак да командна одговорност важи и за цивиле надређене. Чак и када би Fenrick био у праву, извући такав закључак на основу аналогије је крајње проблематично. Писац је у овом случају аналогију применио као средство стварања права, а не тумачења, и тако је попунио једну правну празнину. Тако нешто је сасвим јасно, у кривичном праву, недопустиво.

Као друго, писац нам не образлаже где то «другде» осим на Токијском суђењу има назнака да су невојни надређени кривично одговарали. На међународној равни није било никаквих суђења по основу командне одговорности, нити војних нити цивилних надређених између окончања поратних суђења и оснивања Трибунала 1993. године.²⁷

Обзиром да је овом писцу образложење и закључивање за претходни став, како смо показали, потпуно мањкаво, претпостављамо да ни закључак није бољи.

2.3. Преломна тачка у развоју: Статут Хашког трибунала и његова примена

Статут Трибунала користи одредбу веома сличну одредби из Другог допунског протокола. Командна одговорност је прописана у ставу 3. члана 7. овог статута:²⁸

²⁶ W. J. Fenrick, *Responsibility of commanders and other superiors*, објављено у: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517.

²⁷ Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, American Journal of Comparative Law, Vol. 49, No 3, p. 485.

²⁸ Постоји неколико превода овог Статута на српски. Проф. Кокољ је урадио превод који је објављен у делу „*Међународни кривични суд за ратне злочине у бившој Југославији*“, уредника Милана Булајића у издању Музеја жртава геноцида, Београд, 1993. године. Други превод који смо нашли је урадио проф. Василијевић. Објављен је у делу „*Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре*“ уредника проф. Васиљевића у издању издавачке куће Прометеј, Београд, 1996. године. Осим ових постоји и превод у делу „*Хашки Трибунал*“ у издању Фонда за хуманитарно право, Београд, 1997. године, од неименованог преводиоца. Начелно немамо приговора на њих, али ћемо ипак дати наш превод.

„Чињеница да су нека од дела наведених у члановима 2. до 5. овог Статута извршена од стране потчињеног, не ослобађа његовог надређеног кривичне одговорности, ако је знао или имао разлога да зна да се потчињени спремао да изврши таква дела, или их је већ био извршио, а надређени је пропустио да предузме неопходне и разумне мере да спречи, или да казни извршиоце.“²⁹

Проблем који се појављује са тумачењем ове норме јесте исти којим смо се већ бавили тумачећи одредбу члана 86. Првог допунског протокола. Од превода речи «superior» зависи и домашај норме односно ширина криминалне зоне. Ако употребимо реч «надређени» остављамо простор да субјекти командне одговорности могу бити и цивилни надређени. Ако употребимо реч старешине, сужавамо домашај норме. Већ смо истакли да ове преводе не можемо радити произвољно, већ у складу са тумачењем које је норми већ дао њен творац. За Допунске протоколе користили смо званичне Коментаре Међународног комитета црвеног крста. За Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију најбоље је користити пресуде Трибунала у светлу нашег ранијег излагања о пресудама као изворима Међународног кривичног права.

2.3.1. Значење појма «superior» у пресудама Трибунала

Више правноснажних пресуда Трибунала дотакло је проблематику командне одговорности. Случај Алексовски је добар за претрагу са нашег становишта. У питању је управник затвора Каонику-цивилни надређени.

У вези са поделом командне одговорности која нас занима значајан је параграф 76 пресуде Жалбеног већа. Жалбено веће налази да:

«...није важно да ли је он био цивилни или војни надређени, ако може бити доказано да је, унутар затвора Каоник, он имао моћ да спречава [кривична дела] или да кажњава у границама члана 7(3).»³⁰

²⁹ „The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.“: www.un.org/icty/basic.htm

³⁰ «The Appeals Chamber takes the view that it does not matter whether he was a civilian or military superior, if it can be proved that, within the Kaonik prison, he had the powers to prevent or to punish in terms of Article 7(3).»: „Judgement“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Appeals Chamber, para. 76.

Нешто је већег значаја налаз Првостепеног већа у истом случају обзиром да се Жалбена већа трибунала ретко одвајају од правних закључака Првостепених већа. У овом случају десило се баш то. Првостепено веће је извршило претрагу коју је Жалбено веће сматрало ваљаном:

«Првостепено веће не дели овај став. Генерички појам «надређени» у члану 7(3) Статута може се тумачити само да значи да одговорност надређеног није ограничена на војне команданте, већ да важи и за цивилне власти. Комисија за међународно право тако објашњава да *«израз надређени јесте довољно широк да обухвати војне команданте и друге цивилне власти које су у сличној позицији команде и врше сличан степен надзора над потчињенима.»* - Ово тумачење, које одговара језику Статута, било је изабрано за коначни извештај Комисије експерата, и у складу је са међународним обичајним правом, како је Првостепено веће у случају Челебићи већ нашло.»³¹

Првостепено веће у случају Алексовски је како видимо урадило претрагу према којој није важно да ли је неко војни или цивилни надређени већ да ли је неко вршио овлашћења надзора над неким потчињенима. Првостепено веће нам, додатно, пружа објашњење да уопште није важно да ли је неко званично овлашћен или не. И незванични надређени носе одговорност:

«Одговорност надређеног није резервисана само за званичне власти. Свака особа поступајући као *de facto* надређени може бити одговорна по члану 7(3). Одлучујући критеријум у одређивању ко је надређени, према међународном обичајном праву, није само оптужеников формално-правни статус већ његова способност, приказана кроз његове обавезе и надлежност да врши надзор. Како је Првостепено веће у случају Челебићи нашло *«фактор који одлучује одговорност је ставарно поседовање или не поседовање власти надзора над поступцима потчињених. У складу с тим*

³¹ «75. The Trial Chamber does not share this view. The generic term „superior“ in Article 7(3) of the Statute can be interpreted only to mean that superior responsibility is not limited to military commanders but may apply to the civilian authorities as well. The International Law Commission thus explains that „the reference to ‘superiors’ is sufficiently broad to cover military commanders or other civilian authorities who are in a similar position of command and exercise a similar degree of control with respect to their subordinates.“—This interpretation, which corresponds to the wording of the Statute, was also the one chosen for the final report of the Commission of Experts and is in line with customary international law as the Trial Chamber in the *Celebici* case already noted.»: „*Judgement*“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 75.

формално постављење као команданта не треба сматрати као неопходни предуслов за утврђивање одговорности надређеног, пошто таква одговорност може бити утврђена на основу оптуженикове de facto, као и de jure, позиције команданта.»³²

Првостепено веће у случају Алексовски се ослонило на налаз Првостепеног већа у случају Челебићи. Оно је очито имало исти став. Није важна нечија формална позиција команданта или надређеног, већ његове моћи односно овлашћена надзора која је стварно вршио над потчињенима. При томе се Првостепено веће позива на «међународно обичајно право» као извор за ово решење. У свему овоме ово веће није само, већ се држи већ установљеног става Првостепеног већа у случају Челебићи, који је, јасно, исти.

Право питање није какви су ставови Првостепених већа у случајевима Алексовски и Челебићи, он су јасни, већ да ли су већа погрешила у својим налазима.

3. Да ли судска већа Трибунала греше?

Позивање на међународно обичајно право није снажан закључак у овом случају. Међународно обичајно право прво се позива као меродаван извор за тумачење да, не само војни, него и цивилни надређени јесу обухваћени одредбом члана 7(3) Статута. Затим је оно извор и за тумачење да норма подразумева да оптужеников формалноправни статус није важан, већ његов способност да врши надзор. Нисмо сигурни да је међународно обичајно право утврдило ове ставове баш тако како их овде тумаче, или боље рећи, нисмо сигурни да их је међународно обичајно право уопште утврдило.

³² «76. Superior responsibility is thus not reserved for official authorities. Any person acting *de facto* as a superior may be held responsible under Article 7(3). The decisive criterion in determining who is a superior according to customary international law is not only the accused's formal legal status but also his ability, as demonstrated by his duties and competence, to exercise control. As the Trial Chamber already noted in the *Celebici* case, „the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for superior responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's *de facto*, as well as *de jure*, position as a commander“: „Judgement“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 76.

3.1. Како настаје Међународно обичајно право?

Подсетићимо да члан 38. Статута Међународног суда правде одређује међународни обичај као „доказ опште праксе која је прихваћена као право“.

„Из ове дефиниције се јасно издвајају два елемента међународног обичаја: 1) материјални или објективни и 2) психички или субјективни. Први је, у ствари, општа пракса а други свест о обавезности неког понашања. Први захтева једнообразно и сукцесивно понављање истог спољног акта од стране чланова међународне заједнице. *Једнострано понављање од стране само једног или мањег броја држава, или повремено, испресецано, не може створити опште или универзално обичајно правило.*“³³

Kunz пише да ни пракса „већине држава“ није довољна за успостављање међународног обичаја.³⁴ Потребно је да пракса буде „општа“.³⁵ У пракси Сталног суда међународне правде односно Међународног суда правде указује се на потребу „константне“, „једнообразне међународне праксе“, „на праксу готово универзалну“, „на континуирану праксу“ или „на константну праксу“.³⁶

Сасвим је јасно да се свега неколико случајева примене командне одговорности у 50 година не може обележити као „константна, једнообразна међународна пракса“, или као „пракса готово универзална“. Сигурно није ни „континуирана пракса“ или „константна пракса“. Посебно напомињем да није било нити једног случаја командне одговорности цивилног надређеног између пресуде Међународног војног суда у Токију 1948. године и пресуде Трибунала у случају Блашкић 2000. године. У питању је временски распон од 52 године!

Обичајно правило настаје поступањем у одређеном правцу дуже време, али тако да нема супротног поступања и тако да се родило уверење да се таквим поступањем испуњава дужност.³⁷ Питање које постављамо, на основу овог запажања, је колико се ратова догодило од Другог светског рата до данас, и у колико случајева је примењена доктрина командне одговорности на суђењима за кршење ратног права? У десетинама ратова

³³ Смиља Аврамов и Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, Савремена администрација, 1997, стр. 47.

³⁴ Jozef L. Kunz, Editorial Comment: *The Nature of Customary International Law*, American Journal of International Law, Vol. 47, No 4, 1953, стр. 666.

³⁵ Jozef L. Kunz, наведено дело, стр. 666.

³⁶ Смиља Аврамов, Миленко Крећа, наведено дело, стр. 48.

³⁷ Juraj Andrassy, *Међународно право*, Загреб, Школска књига, 1976, стр. 16.

и оружаних сукоба од 1945. године на овамо догодиле су се небројене повреде и кршења хуманитарног права, међутим једва да је било икаквих суђења за ратне злочине.³⁸ Ово је општепозната чињеница и нема потребе доказивати је.³⁹

3.2. Да ли се подела на војну и цивилну одговорност за радње подређеног усталила пре оснивања Трибунала?

Стога је право питање када се створило то међународно обичајно право о коме говори пракса Трибунала? Није било никаквих случајева командне одговорности у којима би се тумачиле норме о командној одговорности. Таман и да их је било, питање шта би тумачили судови када није било нити једне одредбе о командној одговорности на међународном нивоу? Једино што би могли да тумаче је одредба члана 86. Првог допунског протокола. У вези са Првим допунским протоколом треба истаћи да ни он сам није јасно постао међународни обичај. Извештај Генералног секретара УН, чији је саставни део Статут Трибунала, и који је усвојен за-

³⁸ Деспот образлаже да су чланови Комисије тада (1971-72.) сматрали „да постоји универзално *opinio iuris* да праксу некажњавања команданата за непредузимање мера да се зауставе криминална понашања, треба правно спречити инкриминацијом омисивних кривичних дела као ратних злочина“. Писац нам потврђује да је универзално мишљење Комисије било да постоји пракса некажњавања команданта за „непредузимање мера“: Миливој Деспот, *Омисивна кривична дела као ратни злочини*, ЈРМП, Бр. 1-2, 1996, стр. 166; Wilkitzki мисли да за победника не постоји таква ствар као што је осуда за агресију и да је велик број ратних злочина од 1945. године на овамо остао некажњен: Peter Wilkitzki, *National report: Efforts to Recognize and Codify International Crimes*, *Revue Internationale de Droit Penal*, Vol 60, No 1-2, 1989, стр. 267; Главни и одговорни уредник АЈП, Jonathan I. Charney, у свом излагању на тему напретка у међународном кривичном праву, каже да је ова област међународног права слабо кориштена од Нирнберга на овамо. Тек је скоро дошло до промена на овом плану: Jonathan I. Charney, *Progress in International Criminal Law*, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No 2, 1999, стр. 452; Већина одредби међународног права о међународним кривичним делима није никад употребљена, или је употребљена у веома мало случајева: P.O. Traskman, *National Report: Legal Problems Emerging from Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law*, *Revue Internationale De Droit Penale*, Vol. 60, No 1-2, 1989, стр. 310; Гоце-Гучетић пише да се многа правила ратног права доследно крше и заобилазе и у стварности непоштују и то од свих зараћених страна. Он одваде извлачи вредан закључак. Норме међународног ратног права су „дефектне, несавремене и неприменљиве“: Вуко Гоце-Гучетић, *Рад на ревизији међународног ратног права и нове тенденце његовог развоја*, Зборник Правног факултета у Загребу, Бр. 1-2, 1972, стр. 134.

³⁹ Деспот нам даје податке о уделу цивилних жртава у укупном броју жртава ратова у овом веку. Први светски рат-5%, Други светски рат-45%, Корејски рат-85%, Вијетнамски рат-95%: Миливој Деспот, наведено дело, стр. 167.

једно са Резолуцијом 827 којом је основан Трибунал, дао је попис норми које су несумњиво постале обичајноправне норме. На том попису норми Међународног права које су постале обичајне нема Првог допунског протокола.⁴⁰ Такође, никад није било никаквих суђења за кршење одредби тих Протокола. Што се тиче тумачење саме одредбе члана 86. већ смо се обавестили код званичних Коментара поменутих Протокола које је израдио Међународни комитет црвеног крста. Подсетићемо, у њима нема ни помена цивилног надређеног, а камоли врсте и степена овлашћења које он мора да има да би одговарао. Ми смо закључили да одредба Протокола није ни обухватала цивилне надређене када је писана. На доказ за тај наш став наишли смо у самој пресуди Првостепеног већа у случају Блашкић. У параграфу 78 судско веће заузима следећи став:

«Требао би истаћи да је доктрина командне одговорности била првобитно замишљена само за војне власти.»⁴¹

О тренутку у којем командна одговорност престаје да важи само за војне надређене, и почиње да важи и за цивилне надређене, пресуда Првостепеног већа не говори. Тај тренутак је изузетно важан јер уколико је тај тренутак дошао после завршетка рата у Босни, онда се овим тумачењем крши начело законитости, односно забрана ретроактивне примене права. На ратне злочине из рата у Босни примењивало би се право настало након самог рата. Наглашавамо да је мишљење Међународне правне комисије, на које се позивају Судска већа у случајевима Челебићи и Алексовски, како реч «*superior*» означава и цивилне надређене потиче из 1996. године.⁴² Рат у Босни је окончан 1995. године.

Чини нам се ближе стварности да целокупна доктрина командне одговорности није била међународни обичај у време оснивања Трибунала.⁴³ Изгледа да су се судска већа Трибунала покушала сакрити иза тврдње да је командна одговорност добро утемељена у обичајном праву од приговора да крше начело законитости примењујући ретроактивно право.⁴⁴ У прилог

⁴⁰ *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) (S/25704), Appendix B*, para. 35: www.un.org/icty/legal/doc/index.htm

⁴¹ «...It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities...»: „*Judgement*“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 78.

⁴² Draft articles of the ILC, official document of the General Assembly, 51st session, UN DOC. A/51/10 (1996); наведено према: „*Judgement*“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, footnote 99

⁴³ Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No 3, p. 493.

⁴⁴ Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No 3, p. 484.

овог закључка највише говори чињеница да саме пресуде Трибунала немају никакве претраге у примени међународног права или примени унутрашњег права која би потврдила обичајно правну утемељеност командне одговорности. Оне садрже једноставни закључак да командна одговорност јесте обичај и ништа више. Слични су и ставови доктрине који се саглашавају са обичајно правним пореклом доктрине.

3.2.1. Доктрина правне науке као извор међународног права и њена улога у уобличавању ставова судских већа Трибунала

Првостепено веће, позивајући се на горе поменуто мишљење Међународне правне комисије из 1996. године⁴⁵, каже како је, наводно, баш то мишљење изабрано за Завршни извештај Комисије експерата из 1994. године.⁴⁶ Како је могуће да је мишљење из 1996. године изабрано за писање извештаја из 1994. године? Како је могуће да експерти који пишу Завршни

⁴⁵«78. This approach is appealing but raises the question of the nature of the powers in fact and in law which an accused's functions confer on him. Hierarchical power constitutes the very foundation of responsibility under the terms of Article 7(3) of the Statute. In order to entail his responsibility under Article 7(3), whatever his status, the accused must first have superior authority. In this respect, the International Law Commission's conclusion that civilian authorities are superiors if they exercise a degree of control with respect to their subordinates similar to that of a military person in an analogous command position is a particularly relevant analytical aid. In the opinion of the Trial Chamber, a civilian must be characterised as a superior pursuant to Article 7(3) if he has the ability *de jure* or *de facto* to issue orders to prevent an offence and to sanction the perpetrators thereof. A civilian's sanctioning power must however be interpreted broadly. It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities. Although the power to sanction is the indissociable corollary of the power to issue orders within the military hierarchy, it does not apply to the civilian authorities. It cannot be expected that a civilian authority will have disciplinary power over his subordinate equivalent to that of the military authorities in an analogous command position. To require a civilian authority to have sanctioning powers similar to those of a member of the military would so limit the scope of the doctrine of superior authority that it would hardly be applicable to civilian authorities. The Trial Chamber therefore considers that the superior's ability *de jure* or *de facto* to impose sanctions is not essential. The possibility of transmitting reports to the appropriate authorities suffices once the civilian authority, through its position in the hierarchy, is expected to report whenever crimes are committed, and that, in the light of this position, the likelihood that those reports will trigger an investigation or initiate disciplinary or even criminal measures is extant.»: „Judgement“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 78.

⁴⁶ Final report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 780 (1992), UN. Doc. S/1994/674 (27 May 1994), para. 57, p. 16: „Political leaders and public officials have also been held liable under this doctrine in certain circumstances“; наведено према: „Judgement“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, footnote 120

извештај 1994. године користе мишљење Комисије написано 1996. године, две године касније?

Такође, треба истаћи да ставови и доктрине правне науке и правних научника не могу бити извори међународног права:

«Њихова се мишљења могу само онда узети у обзир када излажу и колико излажу постојеће право.»⁴⁷

Посебно наглашавамо речи «постојеће право». Мишљење Међународне правне комисије из 1996. године је донето уз нацрт *«Законика злочина против мира и безбедности човечанства»*. У питању није постојеће право, већ нацрт законика који никад није ни постао право. Како је онда могуће да то мишљење буде наведено у пресуди као меродавно?

Исто важи и за мишљење наведено у Завршном извештају Комисије експерата из 1994. године. И оно се може сврстати у мишљење науке и није излагало постојеће право. Овлашћење Комисије није ни било да доноси мишљење о правним питањима. Она је имала овлашћење само да прикупи податке о кршењима Међународног хуманитарног права у рату на просторима бивше Југославије. Сама Комисија изричито ограничава значај и домет својих ставове око правних питања које је унела у Завршни извештај. Она наводи да је на Трибуналу да пронађе решења за поједине правне проблеме:

«Комисија је одабрала да образлаже изабрана правна питања због њиховог нарочитог значаја за разумевање правног окружења у вези са кршењима Међународног хуманитарног права учињеним у бившој Југославији. Комиисијино овлашћење је да обезбеди Генералном секретару своје закључке о доказима таквих кршења, а не да обезбеди претрагу правних проблема. На Трибуналу је да изнађе правна решења у вези са појединим случајевима.»⁴⁸

Како је могуће да судско веће узме као меродавно мишљење Комисије о неком правном питању, која није имала овлашћење да решава правна питања, и која се сама оградила од значаја свог мишљења?

⁴⁷ Јурај Андраши, наведено дело, стр. 21.

⁴⁸ Final report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 780 (1992), UN. Doc. S/1994/674 (27 May 1994), Part II, *Applicable Law*: «The Commission has chosen to comment on selected legal issues because of their particular significance for understanding the legal context related to violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia. The Commission's mandate is to provide the Secretary-General with its conclusions on the evidence of such violations and not to provide an analysis of the legal issues. It will be for the International Tribunal to make legal findings in connection with particular cases.»

Ако се вратимо у време оснивања Трибунала сетићемо се да је он основан Резолуцијом Савета безбедности број 827 од 3. маја 1993. године, а на основу Извештаја Генералног секретара УН. Резолуцијом број 808 од 27. марта 1993. године Генерални секретар је добио задатак да изради Извештај чији је саставни део требао да буде Статут Трибунала. Генерални секретар је завршио Извештај у задатом времену од 60 дана и сачинио је Статут будућег Трибунала. Параграф 29 овог Извештаја каже:

«Треба истаћи да, у придавању Међународном трибуналу задатка гоњења особа одговорних за тешка кршења Међународног хумитарног права, Савет безбедности не установљава нити намерава да «ствара» право. У ствари, задатак Међународног трибунала јесте да користи постојеће Међународно хумитарно право.»⁴⁹

3.2.2. Пресуде Трибунала и њихова улога у уобличавању међународног обичаја

Слично важи и за позивање на већ пресуђене Хашке случајеве као аргумент. Сви Хашки случајеви су пресуђени после завршетка рата у Босни и као такви не могу утицати на уобличавање међународног обичајно-правног правила у годинама када је трајао рат у Босни. Наравно да оне могу да послуже за уобличавање обичаја за будућност. Међутим ако би послужиле на начин на који покушавају да се њима послуже на Трибуналу, постоји опасност да се прекораче границе начела законитости односно његовог подначела-забране ретроактивности.

Примедба да својим правним закључивањем често прелазе границу тумачења и прелазе у стварање права није једном упућена на рачун судских већа Трибунала.⁵⁰

⁴⁹ *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993): 29.* «It should be pointed out that, in assigning to the International Tribunal the task of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law, the Security Council would not be creating or purporting to „legislate“ that law. Rather, the International Tribunal would have the task of applying existing international humanitarian law: www.un.org/icty/legaldoc/index.htm

⁵⁰ «Многи правни посматрачи, нарочито из континенталне правне традиције, би очекивали од кривичног трибунала, због начела законитости, да покаже одређену уздржаност у ширењу права, нарочито у одмеравању казне и примени правних теорија које нису постојале када је кривично дело извршено»: Sassoli, Marco and Laura M. Olson, *International Decisions: Prosecutor vs. Tadic*, American Journal of International Law, Vol 94, No. 3, 2000, p. 577-578.

Закључак

Ми не споримо ставове судских већа Трибунала и мишљења Међународне правне комисије и Комисија експерата. Она су сасвим јасна. Израз «*superior*» подразумева и војне и цивилне надређене. Оно што споримо, у првом реду, је исправност закључака судских већа обзиром на неутемељеност одговорности за радње потчињеног у обичајном праву пре оснивања Хашког трибунала. У другом реду споримо правну снагу ставова Комисије експерата и Међународне правне комисије.

Из претраге коју смо извели чини нам се ближи истини закључак да судска већа Трибунала у случајевима Алексовски и Челебићи греше када се безрезервно ослањају на став да је међународно обичајно право утврдило домашај значења речи «*superior*». Показали смо као настаје међународни обичај и утврдили да међународно обичајно право, не само да није утврдило наведено тумачење на начин који му приписију судска већа, већ није заузело никакав став у погледу ове правне недоумице.

Ставови судских већа не могу бити од значаја за утврђивање постојања међународног обичаја у време рата у Босни (1992-1995.) јер су све пресуде донете касније.

Пресуде Трибунала би могле бити значајне за утврђивање значења појма «*superior*» из одредбе члана 7(3) Статута Трибунала. Међутим ми нисмо усамљени у мишљењу да судска већа Трибунала, често, тумачећи право прелазе границе начела законитости и залазе у стварање права. Чини нам се да је то случај и са тумачењем одредбе члана 7(3) Статута у вези са врстом субјеката ове врсте одговорности.

Сасвим је јасно да би се та тумачења могла односити само на време након оснивања Трибунала односно после 1993. године. Будући да је временска надлежност Трибунала његовим Статутом одређена од 1. јануара 1991. године сасвим је јасно да би примена ових тумачења одредби Статута на време пре оснивања представљала ретроактивну примену права.

Доктрина (правна наука) међународног права, у коју сврставамо мишљења Међународне правне комисије и Комисије експерата, не може бити од значаја уопште у поступку уобличавања међународног обичаја као извора међународног права. Она може бити једино помоћно средство у изналажењу међународног права и то само уколико тумачи постојеће право, што овде није био случај. Прво је било мишљење дато уз предлог Законика злочина против мира и безбедности човечанства који никад није ступио на снагу, а друго је било чисто правно размишљање, које чак није дато ни уз образлагање или тумачење неког постојећег права.

*Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

**Civilian Responsibility for the Acts of a Subordinate
(Command Responsibility) Prior to the Adoption of The Statute
of the International Criminal Court**

Abstract

Civilian responsibility for the acts of a subordinate came about rather early, at the very time of origin of the command responsibility doctrine. It has since taken root during the time of codification of international law norms in the years that followed the Second World War.

The sole act on the international level that recognizes responsibility for acts of a subordinate prior to the establishment of the Tribunal, the First Additional Protocol, also did not encompass civilians as possible subjects of this type of responsibility.

The provision on responsibility for the acts of a subordinate in the Statute of the Hague Tribunal originates from 1993 and represents a mild adaptation of the provision of the First Additional Protocol. The problem of interpreting the word 'superior' as utilized by Article 7(3) of the Tribunal Statute was subsequently resolved by the trial chambers of this judicial body. By interpreting this provision they came to the conclusion that it encompasses civilian superiors, in addition to military persons, as subjects of command responsibility. While it is without contest that the trial chambers of the Tribunal have jurisdiction to interpret their own Statute, it has been demonstrated that such a position does not have a basis in international custom. Not only is this position unfounded in international custom, but no evidence to the contrary can be found either. Implementation, which is necessary for the formation of international custom, simply does not exist. Conclusions on the nature or content of command responsibility can hardly be based on international customs prior to 1998 and the establishment of the International Criminal Court.

Hence, it can be concluded, but not based on customary law, that the provision of the Hague Tribunal Statute entails civilian superiors as subjects of

command responsibility. This is because, quite possibly, the creators of the Statute wanted the provision to encompass civilian superiors as subjects of command responsibility. In that case it is unnecessary to cite customary law, but sufficient to have, for example, a simple authentic interpretation.

In this author's opinion, the citing of customary law in judgments has served the trial chambers in avoiding any possible complaints regarding the retroactive implementation of law. Being aware that this surely is not the actual meaning of the word 'superior' in Article 7(3) of the Statute and the range of subjects encompassed by this type of responsibility, the trial chambers moved to the more convenient and safe point of the most unspecific and unclear source of international law – custom. They moved from the distinctly written law to the ambiguous unwritten law.

A particular complaint had to do with the use of international law doctrinal grounds in conceiving solutions for this legal query. For a bulk of legal norms without a developed structure and all of the necessary institutes and concepts to be called a branch of law in the full sense of that word, and which is rather scarce in legal meanings of existing concepts, any utilization of positions taken by legal science which are not based on existing law can safely be designated as nomography.