

СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ИНСТИТУТОМ КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ЗАКОНОДАВСТВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Апстракт: Рад се бави анализом постојеће начина прописивања институције командне одговорности у Кривичном закону Босне и Херцеговине у циљу разумевања његове правне природе и давања одговора на питање *de lege ferenda* – како би прописивање овој институције требало да изгледа. Кривични закон Босне и Херцеговине, преузимајући одредбу која се односи на командну одговорност из Статута Хашког трибунала у идентичном тексту, предвиђа институцију командне одговорности у посебном делу Закона, али не као посебно кривично дело већ као својеврсни облик одговорности надређеној. Поред тога што ова одредба није усклађена са одредбом из Римског статута, она одступа од више усвојених начела која делују унутар кривичноправног система у Босни и Херцеговини и представља прилично лоше решење. Први део рада посвећен је анализи постојеће начина прописивања командне одговорности, док је други део рада посвећен анализи решења која би подразумевала прихватљивију и усклађенију инкриминацију којом се не би урушавала кривичноправна начела.

Кључне речи: командна одговорност, Кривични закон Босне и Херцеговине, Римски статут, правна природа, Статут Хашког трибунала.

1. УВОД

Командна одговорност без сумње представља институт међународног кривичног права о којем је од времена његовог настанка и примене у случају Јамаиике до данас много написано. Иако историја овог института није

* Ауторка је виши асистент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци, olivera.sevo@pf.unibl.org.

баш толико кратка, он је и даље у многим сегментима нејасан. Управо због тога и не чуди што професор *Рисџивојевић*, реферишући се на *Дамашку* пореди командну одговорност са кишобраном под који се подводе различита кривичноправна бића и категорије.

Иако би се чинило да расправа о командној одговорности примарно има место у оквирима међународног кривичног права, она ништа мање није интересантна у контексту националних правних система. Полазећи од неких основних дилема у овом погледу попут оне која се односи на правну природу овог института, питање прописивања овог облика понашања у националним правним системима се чини важним.

Пристапањем Римском статуту државе чланице су започеле измене у својим законодавствима у циљу усклађивања са њим. Различите земље су то урадиле на различите начине. Босна и Херцеговина (даље: БиХ) се издваја на одређени начин у односу на државе у окружењу – командна одговорност је унесена у законски текст у идентичном садржају у којем она постоји у Статуту Хашког трибунала. Управо је то чини потпуно другачијом од решења у законодавствима земаља региона и доводи до низа спорних питања у вези са њеним постојећим прописивањем.

Уважавајући чињеницу да босанскохерцеговачко законодавство егзистира и следи континентални правни систем, стиче се утисак да постојећи начин прописивања командне одговорности у КЗ БиХ „потире“ неке од његових основних принципа, пре свега принцип индивидуалне и субјективне одговорности као јединог прихваћеног облика одговорности, али и начело легалитета. У раду се настоји дати не само преглед постојећих решења са указивањем на спорне сегменте истих, већ се настоји и *de lege ferenda* указати на адекватнији начин прописивања командне одговорности у законодавству БиХ.

2. КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Да би могло бити јасно шта је спорно у прописивању командне одговорности у БиХ на самом почетку неопходно је дати кратки преглед развоја овог института у међународном кривичном праву. Командна одговорност је институт о којем је расправа интензивно започела након пресуде јапанском генералу Јамашита од стране Америчке војне комисије. Данас, готово није могуће пронаћи рад који се на било који начин бави овим институтом а да не започиње анализом случаја *Јамашиџа*.¹ Од тада до данас овај институт

1 Вид. нпр.: М. Шкулић, *Међународно кривично љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 169; А. Касезе, *Међународно кривично љраво*, Београд, 2005, 236; М. Бабић, *Међународно кривично љраво*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2021, 106; И. Миљуш, Б. Станковић, „Командна одговорност – проблем доказивања у поступцима пред Међународним судом“, *Правни живић*, 9/2018, 584–585.

се мењао и надограђивао, стога не можемо рећи да га сви извори права једнако дефинишу.² Управо је за тему овог рада важно питање различитог дефинисања командне одговорности у различитим изворима права, преваходно због утврђивања значаја тих извора у погледу усклађивања БиХ законодавства са њима. Због чињенице да је прописивање командне одговорности у Кривичном закону Босне и Херцеговине (даље: КЗ БиХ) извршено на исти начин као у Статуту Хашког трибунала, посебно је важна анализа Статута Хашког трибунала и Римског статута, као и утврђивање разлика између њих.

2.1. Командна одговорност до Римског статута

Институт командне одговорности заправо прати развој међународног кривичног права. Идеја о стварању међународног кривичног права, праћена је идејом да је потребно примарно позвати на одговорност она лица која су обнашала високе функције у току ратова или оружаних сукоба. Иако се већ приликом закључења Версајског мировног споразума може назрети идеја о командној одговорности,³ много је важније суђење јапанском генералу Јамашита 1945. године. Иако је ово суђење обиловало правним проблемима,⁴ једно од централних повезано је са концепцијом командне одговорности којом се руководила Америчка војна комисија која је осудила генерала Јамашиту. Он је осуђен јер је у периоду чињења кривичних дела његових трупа пропустио да обезбеди ефективну контролу над њима.⁵ Побиијајући концепцију која кажњава лице због оног што је он „морао да зна“ (енг. *must have known*), одбрана је истицала да се окривљени не може

2 Може се приметити да Први додатни протокол уз Женевске конвенције не дефинише командну одговорност на исти начин као Статут Хашког трибунала или Римски статут. Такође, два потоња садрже разлике.

На овом месту ваља нагласити да овде није реч о оном што се подводи под појам *директне командне одговорности* а што је у ствари наређивање. Није било никада спорно да се тај облик учешћа у кривичном делу кажњава као само извршење. То је случај и са југословенским законодавством, вид.: М. Муниврана Вајда, „Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Међународна кривична дела*, Intermex, Београд, 2013, 272. Заправо, дилеме настају у погледу оног што се означава *индиректним командним одговорношћу* иако се заправо чешће само потоња и узима као садржај појма командне одговорности.

3 То се пре свега односи на позивање на одговорност немачког цара Вилхелма II, М. Бабић, „Командна одговорност у међународном и унутрашњем кривичном праву“, *Актуелна њишања у примјени кривичног законодавства*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011, 67.

4 Тако се наводи на пример да се ово суђење одвијало пред Америчком војном комисијом, да њени чланови нису били правног образовања, као ни његов бранилац и сл. Вид. више: М. Шкулић, *op. cit.*, 170.

5 Law reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume IV, London, 1948, 35.

кажњавати за оно што неко перципира да је он морао да зна, већ само за оно што је ван разумне сумње доказано да је знао, тврдећи да Јамашита нити је знао, нити је могао да зна за злочине његових подређених.⁶ Из тога што је Јамашита кажњен за пропуштање спречавања кривичних дела за које је „морао да зна“ произлази да је он кажњен за нехат, што доводи до низа проблема концепцијске природе са становишта кривичног права.⁷

Командна одговорност унесена је 1977. године у Протокол I уз Женевске конвенције. *Стојановић* одредбу о командној одговорности у Протоколу I означава као „непрецизну и двосмислену“ уз наглашавање да је подложна различитим тумачењима,⁸ што она без сваке сумње и јесте. Заправо, формулација командне одговорности из Протокола I⁹ предвиђа две врсте одговорности – кривичну и дисциплинску. То омогућава, како *Стојановић* наводи, да се телеолошким тумачењем дође до закључка да је у случају надређеног који је знао да ће његови подређени извршити кривична дела па то није спречио примењива кривична одговорност, док ће у случају оног надређеног који који то није знао (али је је то према околностима које су владале то могао да закључи) примењива дисциплинска одговорност.¹⁰ Међутим, иако би наведено *Стојановићево* схватање имало потпуно оправдање, није се кренуло тим путем – напротив. Тај пут је како истичу *Миљуш* и *Станковић* био повезан пре свега са проблемима на плану доказивања да је надређени учествовао у извршењу кривичног дела или да га је наредио.¹¹

Статут Трибунала за бившу Југославију у чл. 7, ст. 3 и Статут Трибунала за Руанду у чл. 6, ст. 3 регулишу питање командне одговорности и то чине на идентичан начин. Приметно је да се прописивање командне одговорности и у једном и у другом врши у оквиру одредбе која носи назив „Индивидуална кривична одговорност“¹² из чега произлази да су творци статута сматрали да је у овом случају реч о индивидуалној одговорности што се чини

6 *Ibid.*, стр. 26–27.

7 Ти концепцијски проблеми су јасни уколико узмемо у обзир да се кажњава лице које је нехатно пропустило да спречи подређене да изврше кривична дела која по својој природи могу бити искључиво умишљајна. Поред тога, истиче се да није било никаквих доказа који говоре у прилог томе да су ти злочини настали услед радњи или пропуштања генерала Јамашите. М. Шкулић, *op. cit.*, 170.

8 З. Стојановић, *Међународно кривично љраво*, Правна књига, Београд, 2016, 76.

9 Чл. 86, ст. 2 Протокола I уз Женевске конвенције гласи: „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 имали информације које су им омогућиле да закључе под околностима које су владале у то време, да је он извршио или да ће извршити такву повреду и ако нису предузели све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду.“

10 З. Стојановић, (2016), *op. cit.*, 76–77.

11 И. Миљуш, Б. Станковић, *op. cit.*, 586.

12 Вид: Статут Међународног трибунала за бившу Југославију у: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf, 25. мај 2021. и Статут Међународног трибунала за Руанду у: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf 25. мај 2021.

спорним¹³ уколико узмемо у обзир да су надређени често одговарали за кривична дела учињена од стране подређених. О индивидуалној одговорности би могло бити речи само у случају постојања узрочне везе између пропуштања надређеног и учињених кривичних дела подређених, што би се сводило на саизвршилаштво или помагање нечињењењем¹⁴ или уколико би то било посебно кривично дело пропуштања (што како ћемо видети није било (бар не увек) доминантно схватање у пракси Трибунала). У другим случајевима, никако не би могло бити речи о индивидуалној субјективној одговорности.

У оба статута командна одговорност обухвата и војне и цивилне надређене без разлике, обухвата и умишљајну и нехатну командну одговорност и изједначава спречавање извршења дела од стране подређених са пропуштањем да они буду кажњени. Поред ширења командне одговорности на геноцид што *Сјојановић* сматра потпуно неприхватљивим,¹⁵ *Ристивојевић* истиче да је у овим статутима дошло до додатног ширења кривичне одговорности јер је Протокол I предвиђао у случају нехата да је надређени према информацијама које су постојале (прим. аут.) могао да зна да се његови подређени спремају да учине кривично дело, док одредба Статута Хашког трибунала као довољно прописује да је „имао разлога да зна“ што заправо још додатно проширује нехатну одговорност.¹⁶

2.2. Командна одговорност у Римском статуту

Римски статут у погледу прописивања командне одговорности није направио велики заокрет. Могло би се пре констатовати да је он само разрадио одредбу која се односи на њу у односу на његове претходнике, статуте *ad hoc* трибунала. Та разрађеност огледа се пре свега у томе што се

13 Овај став износимо под претпоставком да се под овим насловом подразумева индивидуална субјективна одговорност, јер нису ретка мишљења у литератури (посебно оној која је оријентисана на континенталну кривичноправну традицију) да се институт командне одговорности приближава објективној одговорности и одговорности за другог. Вид. нпр.: М. Бабић, *op. cit.*, 65–66.

14 Хашки трибунал није сматрао узрочну везу између пропуштања надређеног и кривичних дела његових подређених елементом командне одговорности. Вид. нпр. МКТЈ, Првостепена пресуда, *Тужилац против Делалића и других*, бр. IT-96-21-T, од 16. новембра 1998. године, пар. 398–400.

15 Два су основна аргумента која он истиче у овом правцу. Први се односи на природу кривичног дела геноцида у смислу његове субјективне усмерености, који поред директног умишљаја захтева и намеру што је неспојиво са концептом нехатне командне одговорности, док се други односи на непостојање овог облика одговорности за геноцид у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године. Вид.: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2019, 1131–1132.

16 Б. Ристивојевић, „Умишљајна и нехатна одговорност за радње подређеног (командна одговорност) са посебним освртом на решења унутрашњих правних система“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2004, 304.

командна одговорност издваја у посебан члан,¹⁷ потом у чињеници да Статут експлицитно препознаје војне (енг. *Military commander or person effectively acting as a military commander*) и цивилне (енг. *Superior*) заповеднике, као и да прецизира облике одговорности и једних и других. Тако се истиче да према Римском статуту војни заповедник одговора за умишљајно неспречавање извршења кривичних дела његових подређених и пропуштање кажњавања истих, као и оно из нехата (било свесног или несвесног) док је положај цивилног заповедника повољнији и он не одговара за несвесни нехат¹⁸ - што је другачије решење од оног у Статуту Хашког трибунала који предвиђа једнаку одговорност за све врсте надређених. Ипак, *McCarthy* је става да је Римски статут донео новину у погледу тога што захтева узрочност између радње пропуштања надређених и учињених кривичних дела од стране подређених.¹⁹

Додатно би на овом месту требало имати на уму да се нити у једном од наведених извора права не прави разлика у кажњавању²⁰, иако је чињеница да је умишљајна командна одговорност тежи облик одговорности од нехатне. То доводи до закључка да се у погледу казне могу изједначити умишљајна и нехатна командна одговорност, али исто тако да се изједначава лице које је нехатно пропустило да казни подређеног који је извршио кривично дело са лицем које је наредило или умишљајно извршило неко од кривичних дела. Из тога и произилази закључак да је имплементација оваквих одредби у домаћем кривичном законодавству изузетно изазовна, посебно ужавајући

17 Вид. чл. 28 Римског статута у: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> 24. мај 2021. Овај члан носи назив „Одговорност команданата и других надређених“ (енг. *Responsibility of commanders and other superiors*) из чега јасно прилази прављење разлике између војних и цивилних заповедника.

18 М. Шкулић, *op. cit.*, 176; *Ристивојевић* наводи да је то једина разлика између два параграфа који регулишу ове две врсте командне одговорности, вид.: Б. Ристивојевић, *op. cit.* 306. *Schabas* такође истиче да у погледу одговорности цивилног надређеног постоји виши стандард. Вид.: W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Law – second edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 107.

19 А. Н. McCarthy, „Erosion of the Rule of Law as a Basis for Command Responsibility under International Humanitarian Law“, *Chicago Journal of International Law*, 2/2018, 571–572. Овај став се може односити само на радње пропуштања надређеног које се односе на спречавање кривичних дела. Захтев за таквом узрочношћу у погледу кажњавања је логични неодржив. Заправо, због тога је и проблематично решење у Римском статуту које ове две радње изједначава. Са друге стране, појашњење дела одредбе која се односи на захтев да кривична дела буду извршена, даје и *Шкулић*, сматрајући то својеврсним објективним условом инкриминације (уз ограду да овде није реч о посебном кривичном делу) без којег понашање не може бити кажњиво је јер то *conditio sine qua non* постојања одговорности по овом основу. Вид. више: М. Шкулић, *op. cit.*, 175.

20 То је у великој мери и последица тога што је систем кривичних санкција у међународним кривичном праву рудиментаран и што се није развијао истим темпом као остатак међународног кривичног права. Тако ни Римски статут не одређује посебне минимуме и максимуме казне затвора, већ се задржава само на једном општем максимуму казне затвора за сва кривична дела.

континентално-европско полазиште да кривично право да би обављало своју заштитну функцију мора поштовати начело законитости нарочито у сегменту *lex certa*.²¹

3. КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ У КЗ БИХ

Појам командне одговорности је био одређиван као „оригинална креација међународног кривичног права“ која није позната националним правним системима.²² Ратификацијом Римског статута од стране БиХ²³ јавила се и потреба за усклађивањем домаћег законодавства са овим међународним уговором. У складу са принципом паралелно-подељене надлежности у области кривичног права између ентитета у БиХ и БиХ, надлежност за гоњење међународних кривичних дела припада Суду Босне и Херцеговине (даље: Суд БиХ). С тим у вези усклађивање је вршено у оквиру КЗ БиХ који је закон који примењује Суд БиХ.

Начин на који је командна одговорност унесена у БиХ законодавство је у најмању руку необичан²⁴. КЗ БиХ предвиђа командну одговорност у посебном делу закона, у члану 180, ставу 2. Одредба овог члана носи назив „Индивидуална и командна одговорност“²⁵. То решење је већ на први поглед необично јер се један општи институт – институт индивидуалне кривичне одговорности предвиђа у посебном делу. Из текста ове одредбе може се извести закључак да се он односи само на део међународних кривичних дела из главе у оквиру које је регулисан, оних који се традиционално називају међународним кривичним делима у ужем смислу²⁶.

Чл. 180 у целини представља преузету одредбу члан 7. Статута Хашког трибунала²⁷. Из тог произлази и да је став 2. у целини преузет из Статута

21 3. Стојановић, *Полијтика сузбијања криминалијетета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 28, 58–59.

22 V Nerlich, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007, 665.

23 Одлука о ратификацији Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени гласник БиХ – међународни уговори*, бр. 2/02.

24 Бабић истиче да се приликом уношења нових решења попут овог мора водити рачуна о општим принципима кривичног законодавства а да то у овом случају уопште није учињено. О овом ће бити више речи у тексту који следи. Вид.: М. Бабић (2011), *op.cit.*, 73.

25 Ова одредба се налази у оквиру Главе XVII КЗ БиХ која регулише кривична дела против човечности и добара заштићених међународним правом.

26 Вид.: М. Шкулић, *op.cit.*, стр.147.

27 Није споран само део одредбе који се односи на командну одговорност (став 2.). Овај члан је заправо у целини проблематичан јер се у ставу 1. наводе заједно облици учешћа у извршењу кривичног дела и поједини стадијуми у извршењу кривичног дела (sic!). Заправо, како Бабић наводи, усваја се монистички модел саучесништва (према којем се не разликују извршилац и саучесник) и не диференцира

Хашког трибунала. Он гласи: „Чињеница да је неко од кривичних дјела из чл. 171. до 175. и чл. 177. до 179. овог закона учињено од стране пооређеног, не ослобађа њему надређено лице од кривице уколико је то надређено лице знало или је могло знаћи да се њен пооређени спрема учинио такво дјело, односно да је већ учинио такво дјело, а надређено лице је пропустило да предузме нужне и разумне мјере да спријечи учинијење кривичног дела, односно да починилац тог дјела буде кажњен.“

Оваква формулација одредбе која се односи на командну одговорност упућује на неколико закључака. Пре свега, њена правна природа је нејасна²⁸ што произлази из тога што се налази у посебном делу, али по свему судећи се прописује као *sui generis* облик одговорности надређеног. Потом, иако разлике у одредбама које се односе на командну одговорност Статута Хашког трибунала и Римског статута нису велике, јасно је да она није усклађена са Римским статутом.²⁹ На крају, што је можда и најважније, ова одредба је супротна низу концепцијских правила кривичног права – од универзалности одредби општег дела³⁰ преко диференцијације облика кривице и сходно тој диференцијације врсте и висине кривичне санкције.³¹

њихова одговорност, а са друге стране се изједначавају све фазе у извршењу кривичног дела – пре свега фаза припремања са фазом извршење што је потпуно неприхватљиво имајући у виду да се радња припремања само изузетно кажњава јер се она налази ван бића кривичног дела. Вид. више: М. Бабић (2011), *op.cit.*, 73-74. Са друге стране, не треба заборавити да се поменути институти регулишу општим делом КЗ БиХ на потпуно другачији (уобичајен) начин. Стога, поред концептуалних проблема, ова одредба је вишеструко проблематична и са легислативног аспекта.

- 28 Неспорно је да је правну природу командне одговорности тешко одредити. Међутим, законодавац би у сваком случају требало да приликом прописивања одређеног понашања има став у погледу тога – крећући се између командне одговорности као облика одговорности и посебног кривичног дела. Из овакве одредбе видно је колебање или чак непромишљеност БиХ законодавца у овом погледу из чега прилази још већа конфузија.
- 29 На истом становишту је и Бабић, иако он сматра да та неусклађеност није највећи проблем у погледу прописивања командне одговорности у законодавству БиХ. Вид.: М. Бабић (2011), *op. cit.*, 117.
- 30 На овакав начин није до краја јасно да ли би ова одредба по свом карактеру требало да буде у општем делу (иако би и тада била супротна неким начелима кривичног права).
- 31 Такође, треба имати на уму да је процес имплементације међународних уговора готово увек врло захтеван процес. У вези са имплементацијом Римског статута, Деренчиновић наводи да имплементација његових одредби захвата све поре правног система државе, неретко и уставне измене. Он наводи пример Немачке која је приликом имплементације Римског статута извршила опсежне измене законодавства, па и самог Устава. За разлику од тога, чини се да законодавац у БиХ није водио толико рачуна о усклађености измена у законодавству са њеним постојећим правним системом. Вид.: D. Derenčinović, „Implementacija materijalnopравних одредaba Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003, 877–878.

Остаје помало нејасно питање зашто се БиХ законодавац определио да у свој текст преузме одредбу из Статута Хашког трибунала а не ону из Римског статута.³² Одговор би се могао тражити у међусобној вези између Хашког трибунала и суђења за ратне злочине у БиХ.³³ С обзиром да је гоњење лица по основу командне одговорности и више него уобичајна пракса у БиХ а по угледу на праксу Хашког трибунала, могуће је да се БиХ законодавац руководио тиме да ће уношењем идентичне одредбе у неку руку олакшати примену овог института по узору на постојећу праксу Трибунала. Томе говори у прилог и то што је не само ова одредба већ комплетан члан преузет из Статута Хашког трибунала, на основу чега је дошло и до суђења по основу командне одговорности али и удруженог злочиначког подухвата у БиХ.

4. ДА ЛИ ЈЕ КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ У КЗ БИХ ПОСЕБНО КРИВИЧНО ДЕЛО ИЛИ ОБЛИК ОДГОВОРНОСТИ?

4.1. Правна природа командне одговорности у међународном кривичном праву

Питање правне природе командне одговорности је засигурно једно од најконтроверзнијих питања. На овом месту због недостатка простора биће изнесени само уопштени ставови у погледу овог питања а у циљу бољег разумевања проблематике повезане са темом овог рада. У својој монографији посвећеној командној одговорности, која је уједно и једна од најважнијих и најсвеобухватнијих у погледу овог питања, *Mettraux* истиче да без обзира на то што командна одговорност има одређене примесе одговорности за саучесништво она треба да буде посматрана као „*sui generis* облик одговорности за скривљено пропуштање“,³⁴ што потврђује

32 Ово посебно изненађује имајући у виду да је КЗ БиХ усвојен 2003. године када је већ било актуелно усклађивање законодавстава земаља потписница Римског статута са њим.

33 Таква пракса је и формализована, на пример усвајањем Закона о уступању предмета од стране Међународног кривичног суда за бившу Југославију Тужилаштво Босне и Херцеговине и кориштењу доказа прибављених од Међународног кривичног суда за бившу Југославију у поступцима пред судовима у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 61/04.

34 G. Mettraux, *Command responsibility in international law - the boundaries of criminal liability for military commanders and civilian leaders*, The London School of Economics and Political Science (doctoral thesis), 2008, 27-29. Maloni закључује да је реч о хибриду који је сачињен од неколико концепата одговорности који је непознат домаћим правним системима. C. Meloni, „Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007, 623.

и Cassese наводећи да је њена природа *sui generis*.³⁵ Meloni, анализирајући суђења после Другог светског рата, закључује да није било униформног правила по којем су лица позивана на одговорност по овом основу – нека лица су била одговорна као саучесници у кривичном делу њихових подређених (дакле одговорали за сама та дела) а некада се она заснивала на концепту „викарне одговорности“.³⁶ Она истиче да нису реткост ни различита схватања у оквиру судске праксе истог суда. Ту пре свега наводи да је Хашки трибунал у делу пресуда био става да је реч о индивидуалној кривичног одговорности за дела подређених, док је од предмета *Орић* сматрао да је реч о посебном кривичном делу пропуштања што је резултовало и значајно блажим кажњавањем.³⁷ Sepinwall наводи да Статут Хашког тирбунала остаје недоречен у погледу правне природе дела за које се надређени сматра одговорним.³⁸

Усвајањем Римског статута, чини се да је дошло до мало стабилнијег става у погледу овог питања и он се креће на линији става који је Mettraux изнео – да је реч о *sui generis* облику одговорности.³⁹ Ипак, тај стабилнији став постоји у контексту командне одговорности у овом извору права.⁴⁰ Шкулић сматра да је командна одговорност један од три проширена облика одговорности за међународно кривично дело.⁴¹

У погледу националних правних система Mettraux истиче да постоје законодавства у којима се прави разлика између две врсте одговорности надређеног – он у случају пропуштања дужног надзора над подређенима који учине одређена кривична дела одговара за она кривична дела која су они учинили, док у случају других кривичних дела он одговора за учињено пропуштање да спречи/казни своје подређене.⁴² Анализа коју износи Ристић-војевић говори у прилог томе да постоји низ различитих начина третирања

35 A. Cassese, *International Criminal Law – third edition*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 191.

36 C. Maloni, *op. cit.*, 632. Ambos је става да је таква природа овог вида одговорности заступљена и у постојећој инкриминацији у Римском статуту. Вид.: K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law – Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 206.

37 Бачић износи став, иако уз ограду непознавања праксе Хашког трибунала, да Статут Хашког трибунала прописује одговорност за нечињење по основу гарантне обавезе коју надређени има. Вид.: F. Bačić, „Zapovjedna odgovornost posebno s obzirom na ratne zločine prema četirima Ženevskim humanitarnim konvencijama iz 1949“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2001, 142-143.

38 A. J. Sepinwall, “Failures to Punish: Command Responsibility in Domestic and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 2/2009, 261.

39 То произлази и из дела одредбе о командној одговорности у Римском статуту „In addition to other grounds of criminal responsibility...“.

40 Вид. нпр. D. Derenčinović, *op. cit.* 897.

41 Поред командне одговорности, то су и покушај међународног кривичног дела и одговорност због другог доприноса кривичном делу које је извршено од стране групе. М. Шкулић, *op.cit.*, 163.

42 G. Mettraux (2005), *op. cit.*, 64.

командне одговорности у националним правним системима.⁴³ Основно питање које већина аутора на почетку анализе овог института поставља у настојању да пронађе одговор на њега или да укаже на нејасност одредаба које га регулишу у изворима међународног кривичног права, јесте питање да ли командна одговорност подразумева одговорност надређеног за дела његових подређених или је у питању одговорност због сопственог пропуштања?⁴⁴ Већ из овог произлази да је могуће командну одговорност третирали на два могућа начина – као облик одговорности и као посебно кривично дело пропуштања. Остаје отворено питање да ли је могуће командну одговорност схваћену на први начин имплементирати у националне правне системе, посебно имајући у виду сложеност таквог питања у оним системима који су опредељени за континенталну правну традицију и у којима је индивидуална кривична одговорност њихов основни темељ?⁴⁵ Чини се да то не би било својствено континенталним правним системима јер би довело до урушавања основног постулата који се односи на забрану одговорности за дело другог. Поред овог питања, једнако је важно и питање да ли и ако је то могуће, то треба чинити по цену урушавања кривично-правних принципа на којима одређено законодавство почива?

Баш због тога што је историја суђења по овом основу била шаролика у погледу образложења правне природе командне одговорности⁴⁶ што може бити спорно на различите начине,⁴⁷ приликом уношења оваквих института у националне правне системе треба испољити изузетно велики опрез. Такав опрез није испољен код увођења овог института у законодавство БиХ.

4.2. Да ли је командна одговорност у КЗ БиХ индивидуална одговорност?

Наслов члана у оквиру којег се регулише командна одговорност указује на то да она није индивидуална кривична одговорност. То се може закључити

43 Он наводи да је на пример Велика Британија изједначила командну одговорност са помагањем. Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 307–315.

44 Вид. нпр: Beatrice I. Bonafe, "Finding a Proper Role for Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007, 603.

45 У англосаксонском правном систему постоје значајни изузеци од овог правила који се односе на *strict liability*. Вид. више: М. Шкулић, *op. cit.*, 33.

46 Вид. стр. 3.. Вид. више: С. Meloni, *op. cit.*, 624–628.

47 Легитимно је поставити питање поштовања већине сегмената начела легалитета. На пример, КЗ СФРЈ није предвиђао овај облик одговорности нити ову врсту кривичног дела пропуштања. С тим у вези може се поставити питање ретро-активне примене командне одговорности. Вид. више: М. Бабић, „Материјално кривично законодавство у Постдејтонској Босни и Херцеговини (питање надлежности и примјена)“, *Crimen*, 3/2016, 300. Ништа мање није спорно ни питање које се односи на *lex certa* јер ова дефиниција командне одговорности из Статута Хашког трибунала оставља простор за различите интерпретације.

на основу језичког тумачења наслова овог члана у којем се оне врло јасно раздвајају. На овом месту не треба заборавити да то раздвајање није толико необично, посебно уважавајући чињеницу да је у литератури као једна од највећих мана суђења пред Хашким трибуналом истицана неусаглашеност у погледу примене командне одговорности са „начелом кривице“,⁴⁸ а ова одредба је директно преузета из Статута Хашког трибунала.

Према месту у КЗ БиХ командна одговорност би се могла схватити као посебно кривично дело – међутим из текста одредбе произлази баш супротно – да је реч о једном институту општег дела, посебном облику одговорности надређеног за дела његових подређених која наступа у случају пропуштања да спречи подређене да учине кривична дела или да их казни. Без обзира на то што се ова врста одговорности установљава само у погледу таксативно набројаних кривичних дела из главе КЗ БиХ у оквиру које се и она регулише, она је своје место требало да заузме у општем делу,⁴⁹ пре свега због тога што она представља одступање од основног правила о одговорности из општег дела.

Уколико анализирамо саму одредбу која се односи на командну одговорност јавиће се још спорних питања. Наиме, део који гласи „...не ослобађа њему надређено лице од кривице...“ доноси низ дилема. Поставља се једно сасвим логично питање, каквог облика кривице и за коју радњу или пропуштање? У прилог ставу да КЗ БиХ командну одговорност предвиђа као посебан вид одговорности, говори и то што се експлицитно наводи да у случају неспречавања или некажњавања у погледу таксативно набројаних дела надређени неће бити ослобођен кривице. Није могуће пронаћи другу кривицу осим за кривична дела на која се сама ова одредба реферише (таксативно набројана кривична дела подређених). Овај став је поткрепљен и чињеницом да се у овом члану не предвиђа посебна санкција из чега је јасно да ово није посебно кривично дело пропуштања које има своје самостално биће и санкцију, већ да ће надређени бити кажњен казном која је предвиђена за посебна кривична дела која изврше подређени. Из тог произилази, да заправо, иако се налази у посебном делу КЗ БиХ ова одредба има општији карактер.

48 Вид.: D. Derenčinović, *op. cit.*, 898.

49 Овај став се износи само у погледу тренутног стања у КЗ БиХ. Ауторка је става да би прописивање командне одговорности требало да буде решено на потпуно другачији начин од постојећег. Вид. стр. 24.

Ово се може упоредити са *Бачићевим* ставом поводом једног другог института који је постојао у југословенском праву, реч је о организовању злочиначког удружења као облику саучесништва. *Бачић* је био става, иако начелно против овог облика саучесништва јер значајно одступа од општеприхваћених правила о одговорности и сматрао да га треба рестриктивно тумачити, да се он мора предвидети као посебан облик одговорности, јер одступа правила која се односе на индивидуалну и субјективну одговорност учиниоца/саучесника. Нав. према.: З. Стојановић (2016), *op. cit.*, 110.

У погледу оваквог прописивања командне одговорности и реперкусија⁵⁰ које то има по кривичноправни систем треба раздвојити две ситуације:

- 1) Прва се односи на случајеве у којима овај институт није уопште потребан.⁵¹ Та ситуација ће постојати онда када је надређени својом радњом пропуштања са умишљајем омогућио да кривична дела буду извршена, дао свој битан допринос наступању последице која се огледа у вршењу кривичних дела његових подређених, чиме је он саизвршилац у кривичном делу својих подређених или евентуално помагач, уколико нема доказа да је реч о битном доприносу.⁵² Оваква ситуација није проблематична са аспекта правила о узрочности, односно општем правилу да мора постојати узрочна веза између радње учиниоца кривичног дела и наступеле последице (наравно уколико се докаже да таква узрочност постоји). Заправо, у оваквим случајевима питање одговорности надређеног може да се реши путем постојећих правила у кривичном законодавству БиХ.
- 2) Друга ситуација је знатно комплекснија и управо због ње је овакво прописивање командне одговорности проблематично. Она обухвата случајеве у којима нема умишљаја на страни надређеног или нема узрочности која се захтева према општим правилима кривичног права.⁵³ Уколико се радња надређеног састоји у пропуштању кажњавања подређених за дела која су они извршили, онда је врло тешко такву радњу (или заправо немогуће) посматрати као узрок наступеле последице (кривичног дела његових подређених). Слично томе, уколико надређени поступа нехатно, он не може бити кажњен за кривично дело које је по својој природи умишљајно. Тренутна одредба КЗ БиХ омогућава кажњавање надређеног и у овим ситуацијама, и не прави никакву разлику у погледу кажњавања.

50 У литератури се у вези са командном одговорношћу у Статуту Хашког трибунала поставља питање какав однос треба да постоји између радње пропуштања надређеног и кривичних дела подређених. То је заправо питање које се даље грана на два потпитања: 1) Да ли треба да постоји узрочна веза између радње надређеног и кривичних дела подређених? и 2) Да ли субјективним елементом (*mens rea*) надређеног треба да буду обухваћени сви елементи кривичног дела које је учинио подређени? Та питања су јако важна са становишта схватања командне одговорности као облика одговорности за радње подређених. Вид. више: С. Maloni, *op.cit.*, 628.

51 На истом становишту стоје Бабић и Стојановић. Вид. више: М. Бабић (2011), *op.cit.*, 70; 3. Стојановић (2016), *op.cit.*, 79.

52 И Cassese сматра да се у оваквим случајевима надређени може сматрати „учесником у кривичном делу“, док у случају пропуштања кажњавања то није могуће јер се заправо његова кривица темељи на нечему што је уследило након предузимања радње извршења кривичног дела. А. Cassese (2013), *op.cit.*, 191.

53 М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право – оштри дио*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2019, 141–146.

Ценећи горенаведено, а пре свега изједначавања свих надређених без обзира на степен њихове кривице⁵⁴ и њихово недиференцирање у погледу казне, постаје јасно да прописивање командне одговорности у БиХ није вршено тако да буде посебна инкриминација, односно посебно кривично дело чија је радња по свом карактеру радња пропуштања. Тенденција преузимања кривичноправних норми из међународних извора права без превише промишљања није ништа што је посебно ново, било да се врши из незнања или из жеље да буде остављен простор за арбитрерно поступање, али без обзира на то остаје питање легитимности ове одредбе и чуђење што она и даље опстаје у кривичноправном систему БиХ.

5. СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА КОМАНДНОМ ОДГОВОРНОШЋУ У КЗ БИХ

Као што је већ речено прописивање командне одговорности као облика одговорности надређеног није идеално решење. Не само због несвојствености оваквог начина прописивања овог института кривичноправном систему БиХ, већ и због низа концептуалних проблема који из њега произлазе, важно је указати на основне мањкавости у овом погледу. На овом месту биће наведени основни недостаци у погледу одредбе о командној одговорности, док ће потенцијално боља решења бити предмет наредног поглавља.

5.1. Неусклађеност са Римским статутом

Иако је БиХ законодавац испољио начелну тенденцију да БиХ законодавство усагласи са међународним изворима права, што је видљиво и из његовог текста, у погледу командне одговорности је само делимично деловао у том правцу. Такав закључак се изводи из тога што је у КЗ БиХ унесено више одредби као део међународноправних обавеза БиХ, нарочито у главу XVII која регулише кривична дела против човечности и добара заштићених међународним правом. Тако је законодавац у текст КЗ БиХ унео међународна кривична дела у готово идентичном тексту као у што су она прописана у Римском статуту.⁵⁵ Велики изузетак у том погледу представља члан

54 *Martinez* на почетку свог чланка наглашава да је питање субјективног елемента (*mens rea*) најкомплексније питање код института командне одговорности и да је оно са историјског аспекта било заправо најконтроверзније. Стиче се дојам да се у БиХ није уопште водила значајнија дискусија у погледу овог питања. *Jenny S. Martinez, "Understanding Mens Rea in Command Responsibility – From Yamashita to Blaškić and Beyond", Journal of International Criminal Justice, 3/2007, 640.*

55 Упореди нпр. чл. 171-172 КЗ БиХ са чл. 6-7 Римског статута. Уношење кривичних дела у идентичном тексту се такође може показати као проблематично. Тако можемо приметити уношење специфичног субјективног елемента у виду „знања

180. КЗ БиХ који је у целини преузет из Статута Хашког трибунала а не Римског статута. Ауторка не стоји на становишту да би било пожељно унети командну одговорност у текст КЗ БиХ на идентичан начин како је она уређена у Римском статуту, управо јер би и у том случају дошло до готово истих концептуалних проблема. Међутим, како је већ напред речено, одредба Римског статута значајно разрађује институт командне одговорности⁵⁶ што је свакако пожељно и у погледу прописивања исте у КЗ БиХ.

5.2. Неразликовање војних и цивилних надређених

Иако је од времена усвајања Римског статута до данас много тога написано о питању укључивања и војних и цивилних заповедника у одредбу о командној одговорности, то није утицало на БиХ законодавца да у овом погледу уреди одредбу у командној одговорности. Само се може претпоставити, јер би то било и на линији става који постоји у међународном кривичном праву да су овом одредбом обухваћени и војни и цивилни заповедници.⁵⁷ То је свакако повезано и са питањем усклађености КЗ БиХ у погледу степена кривице ових лица са одредбом у Римском статуту. Римски статут, јасно раздвајајући ове две врсте надређених, прави и разлику између одговорности ових лица. Тако, прописујући одговорност војног заповедника у простору од директног умишљаја до несвесног нехата, он прописује строжи облик одговорности него за цивилног заповедника – који ће одговарати за свесни али не и за несвесни нехат.⁵⁸ Како у КЗ БиХ нема ове поделе, нема ни диференцијације у погледу њихове одговорности и последично разлике у кажњавању. Заправо, у овом се огледа и највећа неусклађеност КЗ БиХ са Римским статутом.

5.3. Изједначавање надређених који нису спречили извршење кривичног дела са онима која нису казнила учиниоце

У погледу овог, али и питања у наставку текста, проблем прописивања командне одговорности у БиХ је проблем у домену односа са начелом кривице⁵⁹

о нападу“ код злочина против човечности које је такође произвело низ дилема у судској пракси.

56 *Ambos* такође истиче прецизност одредбе која се односи на командну одговорност у Римском статуту у односу на оне у статутима *ad hoc* трибунала, посебно у погледу услова који морају бити испуњени за њено постојање. Вид.: K. Ambos, *op. cit.*, 206.

57 Више о томе вид.: М. Бабић (2021), *op. cit.*, 112.

58 М. Шкулић, *op. cit.*, 176.

59 *Касезе* сматра да би било корисно раздвајање у овом погледу, наводећи да не би било оправдано (а ни праведно) стати на становиште да је неки официр одговоран

и са тим повезаним проблемом у домену кажњавања. У том смислу, уочљиво је да је у КЗ БиХ директним преузимањем одредбе из Статута Хашког трибунала (ситуација би била иста и да је реч о одредби из Римског статута, зато ауторка и сматра да то није идеално решење) довео до тога да се надређени који није спречио извршење кривичног дела изједначи у смислу његове одговорности (а последично и кажњавања) са надређеним који није казнио подређене који су извршили дела.⁶⁰ *Ambos* стоји на становишту да се такво решење (говорећи о оном у Римском статуту) тешко може ускладити са начелом кривице. Његов став је да је неопходно раздвајање ова два облика, а по узору на немачко законодавство у овом сегменту⁶¹ је свакако оно што ће се заступати и у делу овог рада који се односи на *de lege ferenda* решења у погледу овог института у КЗ БиХ.

5.4. Изједначавање кажњавања за умишљајни и нехатни пропуст заповедника

Претходном нераздвајању облика одговорности војних и цивилних надређених као и неправљењу разлике између надређених који нису спречили извршење дела и оних који нису казнили учиниоце, треба додати и питање неразликовања у домену кажњавања између умишљајне и нехатне командне одговорности. Наиме, како овакво прописивање командне одговорности за последицу има да начелно исто може бити кажњено лице које са умишљајем не спречи подређене да учине кривична дала и оно лице које то не учини из нехата. Тако, хипотетички би се могло замислити на основу ове одредбе да надређени који је деловао са директним умишљајем и није спречио своје подређене да учине кривична дела буде исто санкционисан као наређени који је нехатно пропустио да казни подређене.⁶²

Иако би судска пракса у овом пољу требало да буде та која ће се руководити правилом сразмерности између кривице и тежине учињеног кривичног

за геноцид само зато што је пропустио да казни своје подређене који су то кривично дело извршили. Вид.: А. Касезе, *op. cit.*, 239.

60 Чини се да ово изједначавање није спорно само са аспекта националних правних система. У делу који посвећује односу између командне одговорности и принципа кривице, *Ambos* као први проблем у овом односу истиче стављање у исту раван оних надређених који нису спречили извршење кривичних дела својих подређених и оних који их нису казнили. К. *Ambos*, *op. cit.*, 230.

61 *Ibid.*, 230–231. *Cassese* сматра да задржавајући то решење постоји ризик од повреде принципа *nullum crimen sine culpa*. А. *Cassese* (2013), *op. cit.*, 192.

62 Такво изједначавање је несвојствено домаћем кривичном законодавству. Правило је, а што показује низ инкриминација у посебном делу, да се умишљајни облик кривичног дела прописује као основни облик и предвиђа се санкција, док уколико законодавац предвиђа одговорност за нехат он је прописује или у посебном ставу или чак у посебном члану (као нпр. нехатно лишење живота) и предвиђа блажу казну.

дела и казне, требало би ова питања уредити и самим законским текстом. Управо у овом домену највише долази до изражаја проблем правне природе командне одговорности у КЗ БиХ.

6. КАКО ПРОПИСАТИ КОМАНДНУ ОДГОВОРНОСТ У КЗ БИХ?

6.1. Усклађивање националног законодавства са Римским статутом – општа питања

Критика која је дата у претходном тексту не би имала своју сврху уколико овим радом не би било понуђено решење проблема због којих постоји критика. На самом почетку овог дела рада, као својеврсно „претходно питање“ намеће се утврђивање постојања обавезе усклађивања националног законодавства са Римским статутом⁶³ али ништа мање важно и питање начина на који се то усклађивање врши. Одговор на њега представља почетну тачку у тражењу одговора на питање какво прописивање је за кривично законодавство БиХ (што важи и за сваку другу државу потписницу) најадекватније. Тенденција да се одговори на ово питање може се приметити код немачких аутора, што ни најмање не изненађује уколико узмемо у обзир чињеницу да би било изузетно тешко пуким „преписивањем“ одредби Римског статута⁶⁴ одржати усклађен кривичноправни систем који не одступа од водећих начела немачког кривичног права. Werle и Jessberger као и Новоселец⁶⁵ истичу да Римски статут сам по себи не захтева никакво усклађивање националних законодавстава земаља потписница Статута, међутим таквим поступањем држава се у случају негођења лица доводи у ситуацију да Међународни кривични суд преузме гоњење сходно принципу комплементарности. Стога Werle и Jessberger сматрају да такво усклађивање, без обзира

63 Ово поглавље је посвећено решењу у кривичном законодавству у БиХ *de lege ferenda* а у вези са обавезом усклађивања са Римским статутом с обзиром на то да је БиХ потписница истог. Таква обавеза, не само што не постоји у погледу усклађености са Статутом Хашког трибунала, него није ни очекивана узимајући у обзир да БиХ (нити друге земље бише Југославије) нису приступиле овом Статуту нити он има карактер међународног уговора.

64 То пре свега због чињенице да у изворима међународног кривичног права егзистирају решења која нису у потпуности компатибилна са решењима у великим правним системима, пре свега она су заправо мешавина једних и других. Исто је и са Римским статутом, у неким својим деловима он „нагиње“ ка решењима у континенталним правним системима, док у у неким другим нагиње онима у англосаксонским. Вид. нпр.: М. Шкулић, *op. cit.*, 52.

65 G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law – third edition*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 144–145; P. Novoselec, „Temeljne crte novele Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003, 283.

на то што Римски статут није експлицитан у том погледу, треба извршити.⁶⁶ Са друге стране, *Шкулић* је става да постоји обавеза усклађивања са Римским статутом, која произлази из начела комплементарности, али да оно не мора бити извршено на начин да национално законодавство садржи идентичне норме као оне у Римском статуту.⁶⁷ *Werle, Jessberger* и *Satzger* наводе више могућих модела усклађивања са Римским статутом - од оних који подразумевају директну примену Римског статута или дословно уношења његовог текста, па до измена у постојећем кривичном законодавству или доношења потпуно нових закона који регулишу ту област.⁶⁸ Чињеница је да су различите државе приступиле овом питању на различите начине.⁶⁹ Ипак, тај приступ зависи у доброј мери и од правила постојећег правног система. Решења која би значила умањење поштовања начела законитости, пре свега у оном делу који се односи на *lex certa* и *lex scripta*, а који би се десио у случају примене правила међународног кривичног права директно, можда (иако је питање у којој мери) може бити прихватљив за неке од земаља англосаксонске правне традиције, али никако за оне оријентисане ка континенталној.⁷⁰ Стога, чини се јасним да би и БиХ као земља континенталне кривичноправне традиције требало да се окрене ка моделима који се односе на измену постојећег кривичног законодавства или доношење сасвим новог закона који би регулисао област међународног кривичног права чиме би се извршило усклађивање са Римским статутом.⁷¹

Друго једнако важно питање је да ли уношење измена у домаће законодавство подразумева уношење садржаја Римског статута у идентичном тексту? Као што је већ речено, *Шкулић* наводи се не очекује да се измене изврше у идентичном тексту, посебно наглашавајући да то омогућава државама чланицама да остану „верне и својој традицији“⁷². *Бабић* стоји на истом становишту.⁷³ Исти став може се пронаћи и код претходно цитираних аутора. Заправо на овај начин се омогућава да се поједини аспекти „правне културе“ конкретне

66 G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.* 145.

67 *Шкулић* говори о преузимању „битне садржине релевантних норми“. М. Шкулић, *op. cit.* 37–38.

68 G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 146–150; H. Satzger, *International and European Criminal Law*, C. H. Beck. Hart. Nomos, Munich, 2012, 278–280.

69 О томе вид. више код Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 307–316.

70 H. Satzger, *op. cit.*, 278.

71 БиХ је у овом погледу специфично поступила, пре свега због тога што је унела одредбу из Статута Хашког трибунала. Одступања између ова два статута нису велика, тако да бисмо донекле постојећу одредбу могли да посматрамо као вид усклађивања. То би понајвише одговарало моделу „преписивања“ (енг. *Copying*) који наводе *Werle* и *Jessberger* (G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 147) што је изазвало проблем неусклађености са домаћим правним системом о којем је било речи у претходним поглављима.

72 То подразумева да национално законодавство буде усклађено тако да у њему не буде правних празнина. М. Шкулић, *op. cit.*, 37–38.

73 М. Бабић (2021), *op. cit.*, 121.

земље узму у обзир.⁷⁴ Овакво схватање додатно учвршћује став да није било потребе да прописивање командне одговорности у БиХ буде извршено на постојећи начин јер притисак у погледу уношења потпуно идентичног текста не постоји. То такође учвршћује став да ова одредба треба да буде промењена.

6.2. Прихватљиви начини прописивања командне одговорности - законодавства Србије, Хрватске и Немачке

Обим овог рада не дозвољава да буду изложени разни начини на који су државе чланице Римског статута извршиле усклађивање свог законодавства у погледу командне одговорности⁷⁵. Због тога, задржаћемо се на два решења земаља у окружењу – Србије и Хрватске и на решењу у немачком законодавству јер су решења садржана у њима производ промишљања о усклађености са кривичноправним принципима на којима почива континентални правни систем и могу да служе као идеја водиља приликом измена КЗ БиХ.

Стојановић поглавље о командној одговорности у Кривичном закону Републике Србије (даље: КЗ РС) започиње констатовањем да се законодавство Републике Србије може ускладити са Римским статутом без повреде начела индивидуалне субјективне одговорности само уколико се пропуштање спречавања кривичног дела (нарочито нехатно) од стране надређеног схвати као посебно кривично дело нечињења, а не као одговорност за та дела.⁷⁶ Управо на линији тог става био је српски законодавац, када је командну одговорност прописао у посебном делу КЗ РС као кривично дело „Неспречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом“ у чл. 384.⁷⁷ Овај члан има три става. Два се односе на војне и цивилне надређене или лица која фактички обављају ту функцију, која поступају са умишљајем и за њих законодавац предвиђа кажњавање казном предвиђеном за кривична дела која су извршили подређени.⁷⁸ Трећи став се односи на нехатни облик кривичног дела из прва два става и за њега законодавац предвиђа значајно блаже кажњавање.⁷⁹ Како *Стојановић* наводи, обухваћене су две ситуације – прва, у којој се подређени спремају да изврше кривично дело, где заправо може доћи до

74 G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 148.

75 Темељан преглед решења у великом броју држава даје *Ристивојевић*. Вид.: Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 307–315.

76 З. Стојановић (2016), *op. cit.*, 82.

77 Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

78 З. Стојановић (2016), *op. cit.*, 82. Први став се односи на војне заповеднике, а други на цивилне. Вид.: чл. 384, ст. 1-2 КЗ РС.

79 Чл. 384, ст. 3 КЗ РС.

спречавања извршења кривичног дела у потпуности, и други у којем су подређени већ започели извршење кривичног дела, где надређени може да спречи само његово довршење.⁸⁰ Уз то, захтева се да постоји узрочност између непредузимања радњи у правцу спречавања кривичних дела од стране надређеног и учињених кривичних дела подређених.

Касезе је у својој монографији истакао како би било пожељно да пропуштање надређеног да казни подређене, као другу врсту командне одговорности, предвидети као посебно кривично дело.⁸¹ Управо је тако поступио и српски законодавац када је други део командне одговорности (који се односи на некажњавање подређених) инкриминисао у оквиру кривичног дела „Непријављивање кривичног дела и учиниоца“ као један од (тежих) облика тог кривичног дела⁸² али са знатно блажом казном од оне прописане за неспречавање извршења кривичног дела – казном од једне до осам година.

Казнени закон Хрватске (даље: КЗ ХР) прописује „Одговорност заповједника“ у чл. 96.⁸³ Иако је постојеће место у КЗ ХР последица измена које су начињене 2011. године, ова инкриминација је унесена у КЗ ХР 2004. године.⁸⁴ Руководећи се управо концептуалним проблемима који би настали пуким преписивањем одредбе о командној одговорности из Римског статута, хрватски законодавац се одлучио за опцију коју *Деренчиновић* назива „имплементацијским минимумом“ а која подразумева да се у Казнени закон унесе командна одговорност (али и све остале измене које имају за циљ усклађивање са Римским статутом) али да се то учини на онај начин и у оној мери која неће пореметити постојећи кривичноправни систем.⁸⁵ Први облик из Казненог закона представља начин извршења међународних кривичних дела у ужем смислу, док су остала два посебне инкриминације које се заснивају на кршењу дужности надзора.⁸⁶

80 У случају већ започетог извршења кривичног дела, уколико надређени спречи његово довршење неће бити остварено биће овог кривичног дела. Стојановић (2016), *op. cit.*, 82.

81 А. Касезе, *op. cit.*, 192.

82 Вид.: Чл. 332, ст. 3 КЗ РС.

83 Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19.

84 Основни садржај инкриминације је унесен 2004. године, док је 2011. године дошло до измена у положају целокупне главе у оквиру које се прописије командна одговорност, тако да се она сада налази на почетку посебног дела. Поред тога, дошло је и до пренумерације, тако да се сада командна одговорност инкриминише у чл. 96, док је раније била у оквиру чл. 167а. Поред ових легислативно-техничких измена, у литератури се наглашава да је дошло до одређених корекција у самој инкриминацији како би она била у већој мери усклађена са Римским статутом – тако је нпр. направљена разлика између војних и цивилних заповедника у смислу њихове кривице. Вид. више: J. Perić, „Kritički osvrt na implementaciju i praktičnu primjenu instituta zapovjedne odgovornosti u hrvatskom kaznenom pravu“, *Pravnik*, 95/2014, 135.

85 D. Derenčinović, *op. cit.*, 905.

86 М. Муниврана Вајда, *op. cit.*, 273.

Први облик командне одговорности⁸⁷ односи се на надређене⁸⁸ који су знали да се подређени спремају да изврше кривично дело па их нису спречили и у том случају хрватски законодавац надређене третира као саизвршиоце који радњу врше нечињењем. Надређени у том случају одговара као (са) извршилац тог дела што значи да се кажњава казном прописаном за то дело. Други облик⁸⁹ представља посебну инкриминацију која се заснива на „кршењу дужности надзора“⁹⁰ и на њој се заснива одговорност надређених „који су морали знати“ или „су свесно занемарили информације које указују“ да подређени намеравају да учине кривична дела.⁹¹ Изменама из 2011. године, овај облик је подељен на два става – први, који подразумева одговорност војних надређених и обухвата умишљај, свесни и несвесни нахат и други облик, који обухвата „све друге надређене“ који одговарају само за умишљај и свесни нехат. За оба облика је предвиђена казна од три до петнаест година. Трећи облик подразумева један посебан облик кривичног дела помоћи учиниоцу након извршеног кривичног дела или непријављивања учиниоца и кривичног дела, који је прописан у чл. 96, ст. 5 Казненог закона и за њега се прописује значајно блажа казна – од једне до пет година.

Када се говори о начинима имплементације одредби Римског статута у национална кривична законодавства у форми доношења посебног закона увек се као пример за то наводи Међународни казнени законик⁹² (нем. *Völkerstrafgesetzbuch*) који је усвојен у Немачкој. Бивајући у ситуацији као и остале потписнице Римског статута, немачки законодавац се одлучио за доношење посебног закона из ове области.⁹³ На овом месту, ипак биће речи само о оним деловима Закона који се односе на командну одговорност.

87 Чл. 96, ст. 1, Kazneni zakon Republike Hrvatske.

88 Изједначавају се *de iure* и *de facto* надређени, а у овом ставу у смислу одговорности и војни и цивилни надређени.

89 Новоселец истиче да је одговорност када је надређени „могао и морао знати“ да се подређени припремају да изврше кривична дела заправо највећи камен спотицања између међународног и хрватског права. Он наглашава да први облик командне одговорности, када је надређени „знао“ није споран и увек је могао бити гоњен и без измена КЗ ХР јер у таквом случају постоји саизвршилаштво извршено радњом нечињења, док је у случају нехата са аспекта хрватског права незамисливо да лице одговора за међународна кривична дела и када је почињено из нехата, с обзиром да она према КЗ ХР могу бити само умишљајна. Р. Novoselec, *op.cit.* 286.

90 Р. Novoselec, *op. cit.*, 287; Ј. Perić, *op. cit.*, 135.

91 Чл. 96, ст. 3-4, Kazneni zakon Republike Hrvatske.

92 Code of Crimes against International Law, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.pdf 22. јун 2021. Превод наслова закона је учињен по узору на Шкулића.

93 Werle и Jessberger истичу четири основна разлога за ову одлуку. Прво, кривично законодавство Немачке није било усклађено са Римским статутом. Друго, сматрано је да ће доношење посебног закона допринети „јасности и лакшој примени“. Треће, Немачка је желела да избегне правне празине које ће довести до тога да Међународни кривични суд преузме надлежност и четврто, доношењем Закона

У том смислу, можемо уочити да се норме које имплементирају Римски статут у делу који се односи на командну одговорност налазе у оквиру три одвојена члана. У Првом делу који има општи карактер у Одељку 4 прописује одговорност војног и цивилног надређеног и лица који фактичку врше ту функцију као саучесника-саизвршилаца у делу подређених уколико они пропусте да спрече извршење кривичних дела од стране подређених, за шта у овом случају они одговарају као извршиоци дела и кажњавају се казном предвиђеном за та дела. Ову одредбу из „општег дела“ Закона, допуњују две одредбе из Другог дела који је посебни део закона. У Одељку 14 прописује се „Кршење дужности надзора“ према којем се предвиђа кажњавање војног или цивилног заповедника који умишљајно или нехатно пропусти дужност надзора над својим потчињеним па они изврше кривична дела. Одељак 15, предвиђа још једно посебно кривично дело – „Непријављивање кривичног дела“, којим се имплементира други део командне одговорности и предвиђа блаже кажњавање⁹⁴. Из овог можемо видети, да се хрватски законодавац у великом мери угледао на немачки модел⁹⁵ приликом прописивања командне одговорности. Основа разлика се огледа у томе што је у Хрватској модификација вршена у оквиру постојећег закона и што су сва три „немачка“ облика из три посебна члана, предвиђена у једном члану.

6.3. Којим путем би требало да крене законодавство БиХ?

Из претходног текста, као и из примера законодавстава земаља у региону могу се извести два закључка – да институт командне одговорности у законодавству БиХ није имплементиран на начин који омогућава поштовање основних кривичноправних начела и друго, да је из примера усклађивања законодавстава земаља са истом правном традицијом то могуће урадити на адекватнији начин.

Којим путем ће БиХ законодавац кренути, путем доношења потпуно новог закона или путем измена постојећег, мање је важно питање. Иако би то, уважавајући став који износе *Werle* и *Jessberger* у погледу прецизности и олакшавања практичне примене законодавства које се односи на међународна кривична дела⁹⁶, а с обзиром на то да се у БиХ и даље суди велики

настојао се пружити допринос ширењу међународног хуманитарног права. G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 154–155.

94 Code of Crimes against International Law, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.pdf 22. јун 2021.

95 Ваља нагласити да је *Satzger* става да и поред оваквог усклађивања постоји још увек део који није усклађен, али због уставних ограничења он то и не може бити. H. Satzger, *op. cit.*, 284–285. *Darge* такође наводи да одредба из Римског статута „превазилази“ ону из немачког закона. Вид.: T. Darge, *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht*, Springer, New York, 2009, 406.

96 G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, 154–155.

број предмета ратних злочина, доношење посебног закона било корисно, не чини се да је та врста законодавне делатности извесна. Стога, било да се у погледу измене законодавства БиХ определи за опцију којој су се приклониле Немачка и Хрватска (уз одређена међусобна одступања) или Србија решење ће бити много боље и усклађеније од постојећег.

7. ЗАКЉУЧАК

Адекватно кажњавање учинилаца најтежих облика кривичних дела је несумњиво један од најважнијих циљева како националног тако и међународног кривичног права. Међутим, вишедеценијски развој кривичног права донео је одређене тековине које не смеју да буду урушене под притиском „кажњавања по сваку цену“. Управо због тога, овај рад је и имао за циљ да прикаже институт командне одговорности у КЗ БиХ како би показао да олако ослањање на „кажњавање по сваку цену“ може да буде опасно по дуго изграђиван правни систем. Са друге стране, циљ овог рада је и да покаже да у погледу овог института постоје и боља, адекватна, решења која ће уважити потребу да лица на највишим положајима буду кажњена, али не занемарујући основна кривичноправна начела – пре свега начело индивидуалне и субјективне одговорности и начело законитости.

Тренутни начин прописивања командне одговорности у КЗ БиХ је неприхватљив са више становишта. На првом месту, положај одредбе о командној одговорности у КЗ БиХ је у легислативно-техничком смислу необичан, усудићемо се да кажемо и погрешан. Друго, и због претходно реченог али и због садржаја ове одредбе, правну природу овог института у КЗ БиХ је тешко прецизно одредити. Треће, ова одредба одступа у одређеној мери од Римског статута и својим садржајем доводи до нарушавања принципа индивидуалне и субјективне одговорности и начела праведности и сразмерности, као начела које из претходнонаведеног начела исходује. То нас наводи на закључак да су измене у погледу овог института нужне. Једнако тако, остаје и питање зашто оне до сада нису наступиле? Адекватно и једноставно решење била би измена КЗ БиХ на начин који ће командну одговорност у делу који се односи на пропуштање спречавања подређених да изврше кривична дела третирати као посебно кривично дело нечињења и за које ће бити предвиђена адекватна кривична санкција. Уз то, таквом одредбом треба предвидети и лакше облике овог дела, онда када су учињени их нехата. Са друге стране, потребно је и легислативно, али и у смислу висине запређене казне издвојити други део командне одговорности – онај који се односи на пропуштање кажњавања и за такво понашање предвидети блажу казну јер је то понашање мање друштвено опасно.

Говорећи о изазовима кривичног права данас, професор *Симојановић* критикује концепт „транзицијске правде“ истичући да су заговорници овог концепта орпедељени „за „смелије“ напуштање и релативизовање „превазиђених“

принципа који су постали цивилизацијска тековина⁹⁷. Чини се да се то дешава и са институту командне одговорности у БиХ и притиском да се појача ефикасност кажњавања лица која су учинила кривична дела током оружаног сукоба у БиХ. Кажњавање мора постојати, међутим тековине кривичног права обавезују да се то врши на начин који је прихватљив домаћем правном систему.

ЛИТЕРАТУРА

- Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law - Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Бабић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2021.
- Бабић, М., Марковић И., *Кривично право – општи и дво*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2019.
- Бабић, М., „Материјално кривично законодавство у Постдејтонској Босни и Хецеговини (питање надлежности и примјена)“, *Crimen*, 3/16.
- Бабић, М., „Командна одговорност у међународном и унутрашњем кривичном праву“, *Актуелна питања у примјени кривичног законодавства*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука.
- Bonafe, Beatrice I., „Finding a Proper Role for Command Responsibility“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007.
- Bačić, F., „Zapovjedna odgovornost posebno s obzirom na ratne zločine prema četirima Ženevskim humanitarnim konvencijama iz 1949“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2001.
- Darge, T., *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht*, Springer, New York, 2009.
- Derenčinović, D., „Implementacija materijalnopравних одредба Statuta Међународног казненог суда (Римски статут) у хрватском казненом законодавству“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003.
- Касезе, А., *Међународно кривично право*, Београд, 2005.
- Law reports of Trials of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume IV, London, 1948.
- Martinez, Jenny S., „Understanding Mens Rea in Command Responsibility – From Yamashita to Blaškić and Beyond“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007.
- Meloni, C., „Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007.
- Mettraux, G., *Command responsibility in international law - the boundaries of criminal liability for military commanders and civilian leaders*, The London School of Economics and Political Science (doctoral thesis), 2008.
- Mettraux, G., *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

97 3. Стојановић (2016), *op. cit.*, 126.

- Миљуш, И., Станковић, Б., „Командна одговорност – проблем доказивања у поступцима пред Међународним судом“, *Правни животи*, 9/2018.
- Муниврана Вајда, М., „Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“ *Међународна кривична дела*, (ур. С. Ного), Intermex, Београд, 2013.
- McCarthy, A. H., „Erosion of the Rule of Law as a Basis for Command Responsibility under International Humanitarian Law“, *Chicago Journal of International Law*, 2/2018.
- Nerlich, V., „Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?“, *Journal of International Criminal Justice*, 3/2007.
- Novoselec, P., „Temeljne crte novele Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003.
- Perić, J., „Критички осврт на имплементацију и практичнупримјену института заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Pravnik*, 95/2014.
- Ристивојевић, Б., „Умишљајна и нехатна одговорност за радње подређеног (командна одговорност) са посебним освртом на решења унутрашњих правних система“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Сагу*, 2/2004.
- Sepinwall, A. J., „Failures to Punish: Command Responsibility in Domestic and International Law“, *Michigan Journal of International Law*, 2/2009.
- Satzger, H., *International and European Criminal Law*, C.H.Beck.Hart.Nomos, Munich, 2012.
- Стојановић, З., *Коментар Кривичној законика*, Службени гласник, Београд, 2019.
- Стојановић, З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2016.
- Стојановић, З., *Политика сузбијања криминалитета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Schabas, W.A., *An Introduction to the International Criminal Law – second edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Cassese A., *International Criminal Law – third edition*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Шкулић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Werle, G., Jessberger, F., *Principles of International Criminal Law – third edition*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

ПРОПИСИ

- Кривични закон БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр. 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 и 35/2018.
- Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 –испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19.

Статут Међународног трибунала за бившу Југославију, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf, 25. мај 2021.

Статут Међународног трибунала за Руанду у : https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf.

Code of Crimes against International Law, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.pdf, 22. јун, 2021.

Olivera Ševo Grebenar, LL.M*

CONTROVERSIAL ISSUES RELATED TO THE COMMAND RESPONSIBILITY IN THE BOSNIA AND HERZEGOVINA'S CRIMINAL LAW

Summary

The paper deals with the concept of command responsibility in the Bosnia and Herzegovina's criminal law. Command responsibility is prescribed within the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina as an applying law before the Court of Bosnia and Herzegovina which is the jurisdiction competent court for international crimes proceedings in Bosnia and Herzegovina. Ratification of the Rome Statute obliged Bosnia and Herzegovina's legislative authorities to harmonize its legal system with this international agreement. That harmonization, among all other novelties, included the command responsibility. While the most of the Rome Statute state parties were looking for the amendment solution that is in accordance with their existing criminal law system, B&H decided to prescribe the command responsibility in the same way as it is prescribed by the Statute of Hague Tribunal for the Former Yugoslavia. For that reason, and with the aim of understanding the legal nature of command responsibility, the first part of the paper is dealing with controversial issues related to the existing prescription of command responsibility in B&H Criminal Code. The author is of the opinion that the legal nature of existing prescription of command responsibility is opposite to the main criminal law principles in B&H criminal legal system and because of its complete inadequacy has to be changed. In the second part, the author is giving de lege ferenda options for the command responsibility prescription in B&H Criminal Code.

Keywords: command responsibility; Bosnia and Herzegovina Criminal Code; Roman Statute; legal nature; Statute of the Hague Tribunal.

* The author is second year PhD student at the Faculty of Law, University of Belgrade, olivera.sevo@pf.unibl.org.