

ZAPOVJEDNA KAZNENA ODGOVORNOST I NAČELO ZAKONITOSTI U MEĐUNARODNOM KAZNENOM PRAVU

I. UVOD

Institut zapovjedne kaznene odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu, slijedom povijesnih prilika, postao je u Republici Hrvatskoj žarištem znanstvene ali i političke pozornosti.

Ključno je pitanje da li je praksom Međunarodnog kaznenog tribunala u Hagu izricanjem osuđujućih presuda sa aspekta zapovjedne odgovornosti povrijeđeno načelo zakonitosti koje u suvremenom europskom kaznenom pravu nalazi svoj izraz u načelima nullum crimen sine lege scripta, nullum crimen sine lege stricta, nullum crimen sine lege certa i nullum crimen sine lege praevia.

Konačno, postavlja se pitanje primjene instituta zapovjedne odgovornosti u kaznenim postupcima pred domaćim sudovima, također sa aspekta načela zakonitosti.

II. KRATAK PREGLED PRAVNIH IZVORA MEĐUNARODNOG KAZNENOG PRAVA

Tradicionalna je klasifikacija ovih izvora u četiri skupine i to¹:

1/ Formalni izvori - Međunarodne konvencije, bilateralni međunarodni ugovori i multilateralni međunarodni ugovori,

2/ Međunarodni običaji kao dokaz opće prakse prihvaćeni od subjekata međunarodnog prava

Da bi međunarodni običaj postao izvorom prava moraju se ispuniti dva uvjeta: činjenični ili materijalni, te psihološki te intelektualni element.

Činjenični element predstavlja postojanje općeg i konstantnog običaja u kontinuitetu njegove primjene u vremenu i općenito u prostoru.

Psihološki ili intelektualni element sastoji se u uvjerenju o obligatornosti običaja i prihvatanju tog obveznog karaktera od samih subjekata međunarodnog prava (tzv. opinio juris sine necessitatis).

¹ dr. Bogdan Zlatarić-Međunarodno krivično pravo, Prvi dio, Zagreb, 1979., priredio dr. Zvonimir Šeparović

Međunarodni običaj kao izvor prava iako očito prihvaćen u praksi međunarodnog kaznenog sudovanja glavni je izvor nesuglasja upravo sa aspekta načela zakonitosti.

3/ Opći principi prava priznati od civiliziranih naroda (*pacta sunt servanda*, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pravilo o poštivanju stečenih prava, pravilo *res judicata*, poštivanje temeljnih prava i sloboda.

4/ Međunarodna judikatura i doktrina kao pomoćni izvor, koji prvenstveno omogućava sagledavanje pozitivnog međunarodnog prava u njegovom razvitku.

Navedenim izvorima svakako treba pridodati i nacionalna prava koja dijelom samostalno, a dijelom temeljem preuzetih obveza reguliraju kaznena djela s međunarodnopravnim obilježjem.

III. PRAVNI IZVORI RELEVANTNI SA ASPEKTA NAČELA ZAKONITOSTI

1. Opća deklaracija o pravima čovjeka iz 1948.g. načelo zakonitosti formulira: Nitko se neće osuditi za čine ili propuste koji u momentu kada su bili izvršeni nisu predstavljali krivično djelo po nacionalnom ili međunarodnom pravu (čl. 11. st.2).

2. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 19. prosinca 1966.g.(Pakt je ratificirala bivša SFRJ zakonom od 30. 1. 1971.g. - Sl.SFRJ 7/71, a Republika Hrvatska pristupila mu je svojom notom glavnim tajniku UN od 8. 10. 1992.g.)

Prema odredbi čl. 15. st.1. Pakta, načelo zakonitosti ogleda se u odredbi da "nitko ne može biti osuđen zbog djela ili propusta koji nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem ili međunarodnom pravu u trenutku kada su počinjena".

Prema čl.15. st.2. ovog Pakta, međunarodno pravo predviđa mogućnost kažnjavanja "za čin ili propust koji je u doba počinjenja bio kazneno djelo prema općim načelima prava koja priznaju sve nacije".

Upravo odredba čl. 15. st.2. Pakta predstavlja iznimku od načela zakonitosti onakvog kakvo dominira u pravnim sustavima nacionalnih kaznenih zakonodavstava kontinentalne Europe.

3. Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.g. uz protokole 1. 4. 6. 7. i 11. od 22. listopada 1977.g.

Prema odredbi čl. 7. st.1. Konvencije nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji u času počinjenja po unutrašnjem ili međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo.

Međutim, prema st.2. istog članka, ne priječi se suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji u času počinjenja predstavlja kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.

4. Ustav Republike Hrvatske

Prema odredbi čl. 31. Ustava nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo.

Smislenim tumačenjem izloženih izvora, a kada ih se dovede u svezu sa izvorima međunarodnog kaznenog prava uopće, može se zaključiti, kada je riječ o suđenju zakaznena djela predviđena međunarodnim pravom, da međunarodni pravni običaj, zajedno sa općim načelima prava koje priznaju sve nacije, predstavlja izvor međunarodnog kaznenog prava, čime se načelo *nullum crimen sine lege* transformira u načelo *nullum crimen sine iure*.

IV. ZAPOVJEDNA ODGOVORNOST

Institut zapovjedne odgovornosti sadržan je samo djelomično u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske i to za izravnu namjeru kao oblik krivnje.

Primjerice za kazneno djelo genocida iz čl. 156. KZ odgovara onaj tko počini ili zapovjedi da se počini to kazneno djelo.

Slično je i sa kaznenim djelom iz čl. 157. KZ (agresivni rat), kaznenim djelom iz čl. 158. KZ (ratni zločin protiv civilnog pučanstva), te drugim kaznenim djelima ratnog zločina.

Stoga je ratni zločin počinjen propuštanjem (nečinjenjem) isključivo reguliran međunarodnim kaznenim pravom.

Institut zapovjedne kaznene odgovornosti prvi put se izričito spominje Haškim konvencijama o zakonima i običajima rata iz 1907.g., a potom mirovnim ugovorom iz Versaillesa 1919.g..

Po zapovjednoj odgovornosti vođeni su procesi za zločine počinjene u II.svjetskom ratu pred kaznenim sudom u Nurnbergu te u Tokiju.

Poznato je da je pred vojnim tribunalom za Daleki Istok u Tokiju bilo suđeno i civilnim osobama (ministru vanjskih poslova Koki Hirota, ministru vanjskih poslova Mamoru Shigemitsu, a pred vojnim sudom u Nurnbergu suđeni su i vlasnici tvornice zbog nečovječnog postupanja prema ratnim zarobljenicima i deportiranim osobama čiji je rad iskorištavan u proizvodnji²).

² Mr.sc. Davor Derenčinović: Kritički o institutu zapovjedne kaznene odgovornosti u Međunarodnom kaznenom pravu - Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Godina 51. broj 1.

Prema odredbi čl. 86. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije iz 1949.g. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I iz 1977..g.) sankcionirana je zapovjedna odgovornost nadređenih osoba, ukoliko je netko od podčinjenih osoba počinio povredu konvencija, ako su nadređene osobe "znale ili imale informacije koje su im u datim okolnostima omogućavale da zaključe da je taj podčinjeni počinio ili će počiniti takvu povredu i ako nisu poduzeli sve mjere u okviru svojih ovlasti kako bi spriječili ili suzbili tu povredu"

Prema odredbi čl. 87. st. 2. Protokola, radi spriječavanja i suzbijanja povreda konvencija, države moraju zahtijevati od zapovjednika "da pripadnici oružanih snaga pod njihovim zapovjedništvom budu upoznati sa svojim obvezama na temelju konvencija i ovog protokola".

Kako i Ženevske konvencije iz 1949.g. tako i Protokol I obvezuju Republiku Hrvatsku, iz izloženog slijedi da su vojni zapovjednici odgovorni za kršenja ženevskih konvencija iz 1949.g. ukoliko su znali da će njegovi podređeni počiniti ili su već počinili ratni zločin, a nisu poduzeli sve moguće mjere u okviru svojih ovlasti kako bi spriječili ili suzbili tu povredu, odnosno ukoliko su imali informacije koje su im u datim okolnostima omogućavale da zaključe da je njegov podčinjeni počinio ili namjerava počiniti ratni zločin.

Pritom su zapovjednici (doduše razmjerno razini njihove odgovornosti) obvezni osigurati da pripadnici oružanih snaga pod njihovim zapovjedništvom budu upoznati sa svojim obvezama "na temelju Konvencije i ovog Protokola".

U protivnom oni odgovaraju za počinjeni ratni zločin temeljem zapovjedne odgovornosti zbog propusta, dakle nečinjenjem.

Postavlja se pitanje da li je člankom 7. st.3. Statuta Haškog tribunala proširen institut zapovjedne odgovornosti i da li je time ugroženo načelo zakonitosti, obzirom da je u vrijeme izvršenja kaznenih djela na području bivše Jugoslavije kao pravni izvor bio na snazi upravo Protokol I, te nije li povrijeđeno načelo zabrane retroaktivnog djelovanja zakona, ukoliko bi Statutom Haškog suda zapovjedna odgovornost bila šire regulirana proširenjem granica subjektivne odgovornost, te da li bi bilo povrijeđeno načelo zakonitosti odnosno zabrana povratnog djelovanja zakona³.

Prema odredbi čl.7. st.3. Statuta Međunarodnog kaznenog suda, za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije, zapovjedna odgovornost definirana je na slijedeći način: "Činjenica da je koje od djela iz čl. 2. do 5. ovog Statuta počinjeno od podređene osobe, ne oslobađa njegovog nadređenog kaznene odgovornosti ako je taj nadređeni znao ili je mogao znati da se podređeni sprema počiniti tako djelo ili ga je već počinio, a nadređeni je propustio poduzeti potrebne i razumne mjere u cilju spriječavanja takvog djela ili kažnjavanja počinitelja".

Postavlja se pitanje da li su sadržajno identične sintagme iz čl. 86. Dopunskog Protokola "znali ili imali informacije koje su im u datim okolnostima omogućavale da zaključe" sa sintagmom iz čl. 7. st.3. Statuta Međunarodnog kaznenog suda "znali ili morali znati".

³ Mr. sc. Davor Derenčinović (kao pod 2)

Čini se da su odredbe čl. 7. st.3. Statuta Haškog tribunala samo na drugi način izrazile isto ono što je sadržano i u odredbi čl. 86. st.2. Protokola, jer u suštini jedno i drugo predstavlja nesvjesni nehaj kao oblik krivnje, koji je reguliran odredbom čl. 45. Kaznenog zakona kao postupanje pri kojem počinitelj nije svjestan, iako je prema okolnostima i prema svojim osobnim svojstvima bio dužan i mogao biti svjestan mogućnosti počinjenja kaznenog djela.

Pored toga, valja uvažiti i mišljenja koja dominiraju u znanosti kaznenog prava da su međunarodne konvencije kodifikacija postojećeg običajnog prava, te da sve one tvore zbirku pravila međunarodnog običajnog prava koja vrijede za svaku državu bez obzira da li ih je prihvatila, te da donošenje, odnosno prihvaćanje novih konvencija i drugih formalnopravnih izvora (među koje svakako spada i Statut Međunarodnog kaznenog suda) ne znači izmjenju postojećih konvencija i protokola, već samo njihovu nadopunu⁴, pa stoga u Međunarodnom kaznenom pravu ne vrijedi pravilo *lex posterior*.

V. ZAKLJUČNO

Hrvatsko kazneno pravosuđe posljednjih godina stjecajem nesretnih ratnih zbivanja suočeno je sa ozbiljnom potrebom poznavanja međunarodnog kaznenog prava, koje se sa aspekta načela zakonitosti zasniva na ponešto drugačijim postulatima u odnosu na nacionalno pravo.

Obzirom da među pravne izvore međunarodnog kaznenog prava, prema pravnoj doktrini, te postojećoj sudskoj praksi međunarodne judikature, spada i običajno pravo, te opći principi prava priznati od civiliziranih naroda što je omogućeno kako međunarodnim konvencijama kojima je pristupila Republika Hrvatska tako i odredbom čl. 31.st.1. Ustava Republike Hrvatske, valja s posebnom pozornošću voditi računa o toj činjenici.

Posebno valja voditi računa da je međunarodno kazneno pravo pravni organizam koji je doktrinarno i pozitivnopravno u razvitku, te ga posebice u pogledu primjene općih instituta valja primjenjivati u kombinaciji sa nacionalnim pravom.

Isto tako, valja imati na umu da su međunarodne konvencije koje su prihvaćene i kojoj je pristupila Republika Hrvatska u svojoj suštini supranacionalna kodifikacija međunarodnih pravnih običaja .

Zapovjedna odgovornost proizlazi iz garantnog odnosa vojnih zapovjednika prema podređenima, pri čemu valja imati u vidu faktičnu mogućnost zapovjedanja a ne samo formalnu vojnohijerarhijsku strukturu, te faktičnu mogućnost kontrole kako vojnih tako i civilnih osoba, obzirom da čl. 86. Protokola koji govori o vojnom zapovjedniku ne spominje samo njegove podređene, "već i ostale osobe pod njegovom kontrolom".

Jedino što se čini spornim jeste zapovjedna odgovornost radi nepoduzimanja mjera kažnjavanja, nakon što je podređena osoba počinila povredu konvencija, obzirom da je riječ o ponašanju nakon izvršenja kaznenog djela, što je drugačije od kaznenopravnog poimanja krivnje

⁴ Tako prof.dr. Zvonimir Šeparović: *Zaštita žrtava rata u međunarodnom humanitarnom pravu* HLJKP Vol.4. br.2./97.

u domaćem pravu sa aspekta postojanja namjere, odnosno nehaja, a teško ga je podvesti i pod kazneno djelo nečinjenjem, neovisno o postojanju garantnog odnosa zapovjednika u odnosu na podređene osobe, koji garantni odnos bi se prema domaćem pravu iscrpio poduzimanjem odgovarajućih mjera radi spriječavanja povrede međunarodnog ratnog prava.

Međutim, unatoč tome, obzirom da je Republika Hrvatska obavezna primjenjivati međunarodno pravo kao supranacionalno, može se smatrati da zapovjedna odgovornost, kako je uređena međunarodnim kaznenim pravom nije suprotna onom obliku načela zakonitosti kakav je općeprihvaćen u međunarodnom pravu, te se može prihvatiti kao valjana teza da u međunarodnom kaznenom pravu načelo zakonitosti dobiva svoj izričaj u principu nullum crimen sine iure, što je različito od principa nullum crimen sine lege koji dominira u nacionalnim zakonodavstvima Europe.

U Zadru, 21. lipnja 2001. godine

Branko Brkić

Korištena literatura:

1. Dr. Bogdan Zlatarić- Međunarodno krivično pravo I dio
(Zagreb, 1979., priredio dr. Zvonimir Šeparović)
2. Berislav Pavišić, Petar Veić - Komentar Kaznenog zakona Zagreb,1999.
3. Davor Derenčinović: Kritički o institutu zapovjedne
kaznene odgovornosti u Međunarodnom kaznenom pravu
- Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 51. broj 1.
4. Dr. sc. Zvonimir Šeparović: Zaštita žrtava rata u međunarodnom
humanitarnom pravu HLJKP Vol.4. br.2/1997.
5. Ustav Republike Hrvatske,
6. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,
7. Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda
8. Ženevske konvencije o zaštiti žrtava oružanih sukoba iz 1949.g.
9. Statut Haškog tribunala