

ČLANCI

Dr. sc. Mirjan Damaška*

BOLJKE ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA

U svojoj analizi razvitka pojma “zajedničkog zločinačkog pothvata”, razvijenog u praksi međunarodnih kaznenih sudova radi olakšavanja dokazivanja postojanja zapovjedne odgovornosti u slučajevima sudioništva kod međunarodnih zločina, autor, nakon izlaganja pitanja koja nastaju u primjeni pravnih konstrukcija zapovjedne odgovornosti, razmatra objektivne i subjektivne elemente pojma “zajedničkog zločinačkog pothvata” te iznosi njihovu kritiku. Ona pokazuje njihovu neodređenost i “elastičnost” koja se protivi ne samo modernom kaznenom pravu, utemeljenom na postulatima načela zakonitosti, posebice na zahtjevu određenosti zakonskih opisa i zabrane povratnog djelovanja kaznenog zakona te na načelu krivnje, nego proturječi i općim laičkim shvaćanjima o razlici između namjernog i nehajnog delikta. Ako buduća praksa međunarodnih kaznenih sudova ne precizira taj pojam, on će ostati slabom točkom međunarodnog kaznenog prava i štetno djelovati na još uvijek krhku legitimaciju međunarodnih kaznenih sudova.

I. GENEALOGIJA DOKTRINE

Tradicionalna nacionalna kaznena prava o sudjelovanju osoba u kaznenom djelu razvila su se s fokusom na neposrednom izvršitelju kao osobi najodgovornijoj za počinjeni delikt. Razni oblici doprinosa kaznenom djelu proizlazili su iz tog uskog žarišta. Lako je vidjeti da taj tradicionalni pristup ne odgovara kako organiziranom tako i međunarodnom kriminalu, jer su oba ta oblika kriminaliteta po pravilu produkt zajedničke, sistematske aktivnosti, ili čak aktivnosti koja je plod politike u koju su upleteni najviši ešaloni državnog aparata. Pojavila se stoga potreba preispitati težište odgovornosti u tom proširenom kontekstu, jer su tu neposredni izvršitelji često zamjenjive marionete koncima kojih upravljaju prostorno i vremenski udaljene osobe s utjecajem na ponašanje zločinačkih organizacija ili s kontrolom nad njima. Nije stoga čudo da su se u nacionalnim pravosuđima i u međunarodnom kaznenom pravosuđu pojavile doktrine kojima

* Dr. sc. Mirjan Damaška, Sterling Professor of Law, Yale Law School. Tekst je predavanje prof. Damaške održano 7. lipnja 2005. polaznicima XXXI. tečaja poslijediplomskog studija iz kaznenog prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

se težište odgovornosti prebacuje s neposrednih izvršitelja na utjecajne osobe koje stoje iza njih. Nije čudo ni to da se s tim u vezi pojavio i problem određivanja granica i stupnja individualne odgovornosti u sklopu kolektivnog kriminaliteta.

Iako naša priča počinje još na nurnberškom procesu protiv nacističkih vođa, za potrebe ovog prikaza dovoljno su ishodište presude nacionalnih i okupacijskih sudova u postupcima protiv manjih nacističkih civilnih funkcionara i vojnika. U tim su, naime, presudama haški suci pronašli presedana za princip zapovjedne odgovornosti i za princip zajedničkog zločinačkog pothvata. No Haško se tužiteljstvo dugo vremena oslanjalo gotovo isključivo samo na zapovjednu odgovornost: do 2001. godine, dakle u prvih osam godina postojanja Suda, samo se jedna optužnica temeljila na principu zajedničkog zločinačkog pothvata. Situacija se u međuvremenu stubokom promijenila: zajednički zločinački pothvat (ZZP) postao je omiljeno oružje u arsenalu Tužiteljstva.

Da bi se stekla prava perspektiva za ocjenu te pravne konstrukcije, valja prije njezine analize ukazati na razloge za promjenu tužiteljske strategije.

Optužba na osnovi zapovjedne odgovornosti, na koju se Tužiteljstvo u početku oslanjalo, olakšavala je u velikoj mjeri osudu osobe nadređene neposrednim izvršiteljima. To je pogotovo bio slučaj po interpretaciji zapovjedne odgovornosti u prvostupnjskoj presudi generalu Blaškiću. Po toj je interpretaciji zapovjednik mogao biti osuđen kao ratni zločinac i u slučaju da mu opće nije bilo poznato da njemu podređeni spremaju ili čine zločine, ali mu se - po mišljenju Suda - moglo pripisati nehajno propuštanje pribavljanja relevantnih informacija. No i po novoj interpretaciji, subjektivna strana zapovjedne odgovornosti ne zahtijeva znanje optuženika o planiranim ili izvršenim zločinima: dovoljno je da je zapovjednik u posjedu informacija iz kojih bi razborita osoba izvela zaključak da se sprema ili čini ratni zločin. Drugim riječima, nesvjesni nehaj i nadalje zadostaje za to da se zapovjednik stigmatizira kao ratni zločinac za djela za koja se kod neposrednih počinitelja inzistira na namjeri.¹

Unatoč tim olakšicama, Tužiteljstvo je ipak nailazilo na teškoće u dokazivanju krivnje po toj pravnoj osnovi. U prvom redu, trebalo je utvrditi odnos podre-

¹ Za kritiku zapovjedne odgovornosti kako je postavljena u međunarodnom kaznenom pravu vidi Mirjan Damaška, *The Shadow Side of Command Responsibility*, 49 *American Journal of Comparative Law*, 455-496 (2001); Thomas Weigend, *Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit*, 116 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 999-1027 (2004). U nacionalnim pravima oblici odgovornosti nadređenih prvo su se proširili i na druga područja. No odgovornost nadređenih u nacionalnim je pravima usklađena s tradicionalnim shvaćanjem krivnje bolje nego u međunarodnom kaznenom pravosuđu. Čak i američko kazneno pravo, poznato po svojoj strogosti, ne ide tako daleko u pripisivanju odgovornosti kao njegov međunarodni pandan. Vidi Sanford Kadish & Stephen Schulhofer, *Criminal Law*, 6. izdanje, 718-719 (1995). Njemački je zakonodavac zbog ustavnih načela odstupio od zapovjedne odgovornosti kako je nalazimo u judikaturi Haškog suda. Vidi njemački Uvodni zakon za Zakonik o zločinima protiv međunarodnog prava, čl. 4, 13. i 14. (2002).

đenosti i nadređenosti, što nije bilo lako - posebno kod neregularnih vojnih jedinica. Trebalo je zatim dokazati da bi intervencija nadređenog spriječila počinjenje kaznenog djela od strane njemu podređenih. Pod uvjetom da se taj zahtjev shvati ozbiljno, jasno je da utvrđivanje takve hipotetične uzročne veze stvara optužbi dokazne teškoće koje nalazimo kod većine komisivno-omisivnih delikata. S tim u vezi pojavio se i problem definiranja "efektivne kontrole" zapovjednika nad podređenima. Taj pojam može, naime, imati različito značenje na različitim razinama vojne hierarhije.² Poseban problem stvorila je optužbi okolnost da se kaznena djela osoba na visokim položajima, posebno u civilnom aparatu, mogu izvršiti ne samo u vertikalnim, hijerarhijskim, odnosima nego i putem raznih horizontalnih oblika koordinacije ili podjele posla. To posebno vrijedi za politički vrh koji koordinira aktivnosti aparata moći u većoj mjeri nego što ih podvodi pod svoju kontrolu. Treba istaknuti i to da tradicionalni oblici poticanja i pomaganja nisu mogli biti od pomoći pri utvrđivanju odgovornosti osoba udaljenih od neposrednog počinitelja. Ti tradicionalni oblici suučesništva zahtijevaju, naime, utvrđivanje konkretne veze između podstrekača i pomagača s jedne i neposrednih počinitelja s druge strane.

Uzme li se sve to u obzir, nije teško vidjeti da su se Tužiteljstvu pokazale privlačnim konstrukcije krivnje srodne uroti ili "konspiraciji" iz arsenala anglo-američkog kaznenog prava.³ Po tim je, naime, konstrukcijama dovoljno dokazati postojanje izričitog ili prešutnog dogovora na izvršenje kaznenog djela, pa da se svi zločini počinjeni u okviru tog dogovora pripišu uroćnicima - bez potrebe da se dokaže bilo kakva veza između njih i neposrednih počinitelja. Doktrina zajedničkog zločinačkog pothvata vuče porijeklo iz tog pojmovnog gnijezda.

II. ANALIZA DOKTRINE

Pristupajući analizi doktrine o zajedničkom zločinačkom pothvatu, valja odmah naglasiti da je tekst Statuta Haškog tribunala uopće ne spominje. Haški suci izveli su ga iz propisa članka 7 (1) Statuta koji spominje počinjenje i razne oblike suučesništva u kaznenom djelu.⁴ Prema ustaljenoj definiciji u nizu presuda, zajednički zločinački pothvat zahtijeva, na objektivnoj strani, postojanje

² Na primjer, ima li načelnik centralnog stožera efektivnu kontrolu nad taktičkim operacijama jedinica na terenu?

³ Zbog svoje elastičnosti ta je tradicionalna ustanova uvijek bila "miljenica tužitelja". Vidi *Harrison v. United States*, 7 F.2d 259 (2d Cir. 1925). Međutim, od sedamdesetih godina prošlog stoljeća, sudovi i pravni teoretičari počeli su je ograničavati i precizirati, jer su joj u tradicionalnoj formi pojam i doseg bili i suviše neodređeni.

⁴ Treba spomenuti da tekst Statuta ne razlikuje počinjenje od suučesništva. To je razlikovanje nastalo tek u sudskoj praksi.

“zajedničkog plana, nacрта ili namjere” koji “čine, ili sadržavaju”, počinjenje nekog kaznenog djela iz nadležnosti Tribunala. Okrivljenik mora, osim toga, izvršiti neku radnju kojom pridonosi izvršenju “plana, nacрта ili dogovora.” Može se sastojati od svake “značajnije” pripremne radnje.⁵ No, za razliku od anglo-američke konspiracije, planirano djelo mora biti počinjeno.

Na subjektivnoj strani treba razlikovati oblik krivnje za djela počinjena u sklopu plana i “predvidiva” djela koja premašuju zločinački plan.⁶ Za prva je potrebno utvrditi da je okrivljenikova namjera bila da se kazneno djelo počini. Ta je namjera zapravo “dvostruka”: mora se utvrditi ne samo namjera da se zločinački plan sklopi nego i namjera da se planom predviđena aktivnost izvrši. Za predvidiva, iako planom neobuhvaćena, djela dovoljno je da je okrivljenik bio svijestan mogućnosti počinjenja tih djela.⁷

Prvi primjer odgovornosti na osnovi ZZP-a nalazimo u presudi Žalbenog vijeća u slučaju Tadić. U tom je predmetu raspravni sud utvrdio da je optuženik bio član naoružane grupe koja je zlostavljala stanovništvo malog bosanskog sela, ali ga je zbog nedostatka dokaza oslobodio od optužbe za sudjelovanje u ubojstvima petorice seljaka. Žalbeni je sud koncedirao da o sudjelovanju u ubojstvima nema dovoljno dokaza, ali je pomanjkanje dokaza proglasio irrelevantnim. Po mišljenju Suda, za osudu je bilo dovoljno utvrditi da je Tadić sudjelovao u provođenju zajedničkog zločinačkog plana etničkog čišćenja općine Prijedor te da su ubojstva bila predvidiva popratna pojava te aktivnosti. Suci su naveli primjer plana o etničkom čišćenju neke regije koji ne sadržava ubojstvo stanovnika, ali se može predvidjeti da tjeranje ljudi paljenjem kuća ili upotrebom oružja može dovesti do ubojstva.

Zajednički zločinački pothvat u početku se nije smatrao oblikom supočinjenja, već oblikom suučesništva.⁸ No u kasnijim presudama haški su suci usvojili

⁵ Vidi *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, para 11 (2004).

⁶ Presuda Žalbenog vijeća u slučaju Tadić razlikuje dva oblika odgovornosti za djela izvršena u okviru plana, od kojih se jedan primjenjuje na specijalni slučaj zločina u koncentracijskim logorima. Vidi *Prosecutor v. Tadić*, Case No IT, 94-1-A (1999). Tu je na subjektivnoj strani dovoljna svijest (znanje) o postojanju nečovječnog postupanja sa zatočenicima, ali se traži i utvrđivanje namjere optuženog da promiče činjenje djela u okviru nečovječnog sustava. Izvor tog specijalnog oblika odgovornosti jesu presude nacionalnih i vojnih sudova nakon II. svjetskog rata. U daljnjem izlaganju ostavit ćemo taj specijalni slučaj po strani.

⁷ Ne postoji suglasnost o tom je li dovoljno za odgovornost da je djelo izvan plana objektivno predvidivo ili treba u tom pogledu utvrditi i svijesni nehaj. U prilog objektivnog kriterija vidi presudu Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu u predmetu *Prosecutor v. Kayishema*, Case No ICTR-95-1-T (1999). Haški tribunal za kaznena djela na području bivše Jugoslavije naginje svjesnom nehaju. No taj je spor od male praktične važnosti, jer se dokaz svjesnog nehaja izvodi iz okolnosti da bi razborita osoba predvidjela mogućnost premašenja plana.

⁸ To stajalište nalazimo u presudi Žalbenog vijeća u slučaju Tadić, ali i u nekim kasnijim presudama. Vidi *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-45, para 77 (2002).

stajalište da član ZZP-a može biti bilo supočinitelj bilo suučesnik, već prema položaju u organizaciji i stupnju doprinosa kaznenom djelu.⁹

Za razliku od zapovjedne odgovornosti, ZZP ne zahtijeva da počinitelj ima kontrolu nad neposrednim izvršiteljima. Primjer je nedavna osuda Milomira Stakića.¹⁰ U općini Prijedor djelovale su civilna vlast, policija i vojska. U tom trojstvu Stakić je bio zadužen samo za civilnu upravu. Iako nije imao nikakvu kontrolu nad vojskom i policijom, bio je ipak osuđen za djela koja su fizički počinili samo pripadnici vojske i policije. Presuda kojom je osuđen nije se stoga temeljila na hijerarhijskoj kontroli nad počiniteljima, već na funkcionalnoj podjeli posla između vojske, policije i civilne uprave u djelatnosti koja je dovela do ratnih zločina. Potonja je pružala financijsku i logističku podršku aktivnostima vojske i policije.

Za opseg odgovornosti po ZZP-u važno je pitanje što to znači da se zločinački plan ne mora odnositi na kazneno djelo iz nadležnosti Suda, već da je dovoljno da taj plan “sadržava” (“involves”) počinjenje tog djela. Jasno je da se pod tim razumije slučaj gdje sam cilj plana nije zločin, ali je nužno sredstvo njegova izvršenja kazneno djelo. Plan nacionalnih socijalista bilo je, na primjer, stvaranje čiste “arijske rase”, što samo po sebi nije zločin, ali su sredstvo za njegovo postizanje progon i masovna ubojstva “nečistih rasa”. Logika doktrine tu je jasno određena. No ostaje otvoreno pitanje postoji li odgovornost za ZZP u slučaju kad plan sam po sebi nije usmjeren na činjenje zločina niti nužno uključuje u sebi činjenje zločina, ali je objektivno ili subjektivno predvidivo da su se pri provođenju plana mogli dogoditi zločini iz nadležnosti međunarodnog suda. To nas vodi kritičkim primjedbama.

III. KRITIKA DOKTRINE

Lako je razumjeti nastojanje arhitekata međunarodnog kaznenog prava da prebace težište pozornosti s neposrednih počinitelja na osobe od utjecaja u zločinačkim grupama. No kako je već uvodno nagovješteno, javlja se problem određivanja donjih granica i stupnja individualne odgovornosti u tom kolektivnom kontekstu. Nastojanje da od neposrednih počinitelja udaljene osobe zbog dokaznih teškoća ne izbjegnu odgovornost može privesti pravosuđe tome da isplete tako obuhvatne mreže odgovornosti da se njima mogu uhvatiti osobe vrlo različitog stupnja odgovornosti, pa i osobe koje izgleda nepravedno žigosati

⁹ Vidi presudu Raspravnog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T (2001) te presudu Žalbenog vijeća u predmetu *Milutinović et al.*, Case No. IT-99-37-AR72, para 20 (2002). O tom razlikovanju u slučaju genocida vidi presudu Raspravnog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33, paragrafi 642-43 (2001).

¹⁰ *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T (2003)

ih osudom za nečovječne kriminalne aktivnosti. Pletenjem te mreže može se lako zakoračiti u zonu kolektivne odgovornosti ili pak u pretjeranoj mjeri kriminalizirati političke odluke. To se posebno odnosi na odluke usmjerene na promjenu političkog statusa quo.

Doktrina zajedničkog zločinačkog pothvata pruža poučan primjer tih teškoća. Prilazeći njezinoj kritici, ostavljamo po strani pitanje je li utemeljeno stajalište haških sudaca da su odluke nacionalnih i okupacijskih sudova nakon Drugog svjetskog rata u punom opsegu unijele doktrinu zajedničkog zločinačkog pothvata u međunarodno pravo, pa da se dakle nije radilo o novoj, po njima skrojenoj pravnoj konstrukciji. To je pitanje o kojem će, *sine ira et studio*, prosuđivati pravni povjesničari tek kad se slegnu s odgovorom povezani politički pritisci.¹¹ Osvrnut ćemo se samo na neke probleme koji nam se u sadašnjem povijesnom trenutku čine od praktične važnosti.

Prvi problem jest marginalna neodređenost osnovnih pojmova na kojima se doktrina temelji. Čak je i anglo-američka teorija konspiracije u tom pogledu nešto određenija.¹² To ponajprije zbog toga što ona jasnije inzistira na postojanju dogovora i dokazivanju te činjenice. U Statutu Haškog tribunala posebno je maglovit pojam “zajedničke namjere”. Ako taj pojam uopće ima neko samostalno značenje, onda se osnova za zločinački pothvat može izvesti već iz paralelne aktivnosti više osoba, bez potrebe da se utvrdi da je među njima postojao bilo kakav sporazum. Tu nismo daleko od opasnosti stvaranja fikcije o postojanju te činjenice kako bi se tužitelju olakšao teret dokaza o centralnom elementu zajedničkog zločinačkog pothvata.¹³ Ta opasnost postoji u praksi i s dokazivanjem “prešutnog” sporazuma. S tim u vezi postavlja se i pitanje može li se postojanje zajedničkog plana izvesti iz okolnosti da se osoba velikog autoriteta izjasnila o poželjnosti nekog plana, a prisutni su se ustručavali proturječiti toj osobi. Ako oni sad na bilo koji način pridonesu ostvarenju tog plana (o tom dalje), jesu li zbog tog odgovorni za sva djela proizašla iz plana, pa čak u slučaju da su - nakon tog minimalnog doprinosa - odbacili ideju o njegovu provođenju? Praksa međunarodnih sudova nije dosad odgovorila na to pitanje.

Idući je problem nejasnoća o granicama odgovornosti na osnovi plana koji sam po sebi nije usmjeren počinjenju međunarodnih ratnih zločina, ali “sadržava” njihovo činjenje. Kao što je već spomenuto, problema nema ako se ograničimo na planove ostvarenje kojih *nužno* dovodi do zločina. No ostaje pitanje što je s planovima za koje je predvidivo da *mogu*, ali ne moraju nužno dovesti

¹¹ Za negativni odgovor na to pitanje, osim u pogledu odgovornosti za zločine u koncentracijskim logorima, vidi Allison Danner & Jenny Martinez, *Guilty Associations*, 93 *California Law Review*, 77, 110-120 (2005).

¹² To posebno vrijedi za reformu konspiracije u Ogladnom kaznenom zakoniku.

¹³ To pokazuje iskustvo s anglo-američkom konspiracijom. Vidi o tom još uvijek aktualnu studiju: Cousins, *Agreement as an Element of Conspiracy*, 23 *Va. L. Rev.*, 989, 910 (1937).

do zločina? Uzmite kao primjer navodni plan o podjeli Bosne. Nema sumnje da je bilo predvidivo da će provedba tog plana dovesti do sukoba, pa time i do mogućnosti ratnih zločina. Tom strogom kriteriju mnogi povlađuju. No može li se on dosljedno i na moralno prihvatljiv način primijeniti? Napad zapadnih sila na Afganistan sugerira negativan odgovor. Sam po sebi taj plan nije bio usmjeren činjenju međunarodnih zločina. No ne treba zaboraviti da su se planeri tog napada za borbe na terenu odlučili osloniti na tzv. aftanistanski Sjeverni savez, vojnici kojeg se u prijašnjim afganistanskim sukobima nisu uopće obazirali na ratna pravila. Planerima je stoga bilo jasno da će njihovi saveznici počinuti ratne zločine.¹⁴ Ako bi se sad ta logika dosljedno primjenjivala, političke odluke mogle bi se kriminalizirati do neprihvatljive mjere. Redukciju *ad absurdum* pruža nam primjer raspada Jugoslavije. Teško je, naime, poreći da slovenski i hrvatski političari nisu bili svjesni mogućnosti da provođenje planova o odcjepljenju dovede do sukoba. Zbog sudjelovanja neregularnih trupa mogli su nadalje predvidjeti i to da se sudionici u tim sukobima neće uvijek pridržavati haških i ženevskih konvencija. Je li sad prihvatljivo da se slovenski i hrvatski politički vrh optuži za ratne zločine zbog “zajedničkog zločinačkog pothvata”?

Daljnji je problem neodređenog kruga osoba koje se mogu obuhvatiti pojmom zajedničkog zločinačkog pothvata. Na primjer, koji su se sve članovi Al Quaeđe udružili s Osamom bin Ladenom u zajednički zločinački pothvat?¹⁵ Može li se Tadić - na slučaju kojeg je teorija kojom se bavimo bila iznjedrena - smatrati članom zločinačkog pothvata etničkog čišćenja cijele Bosne zato što je sudjelovao u etničkom čišćenju Prijedora? U svjetlu neodređenosti opsega zajedničkog pothvata nije uopće začuđujuće da je tužiteljica Haškog suda u svibnju ove godine proširila optužnicu protiv Čermaka i Markača do litanijskih proporcija. Na osnovi zajedničkog zločinačkog pothvata optužila je - prisjetimo se - “načelnike glavnog stožera, generala Janka Bobetka i njegova nasljednika Zvonimira Červenka; razne časnike, dužnosnike i članove hrvatske Vlade i političkih struktura, uključujući i općinske vlasti i lokalne organizacije; razne čelnike i članove HDZ-a, razne časnike i pripadnike oružanih snaga RH, uključujući HV i HRV, specijalnu i civilnu policiju, i druge sigurnosne i obavještajne službe RH, kao i druge znane i neznane osobe”.¹⁶ Sve dok međunarodni

¹⁴ Ti su zločini zapravo i počinjeni, ali sredstva masovnih komunikacija nisu tome pridavala publicitet.

¹⁵ U vezi s onim što je rečeno prije, ne začuđuje činjenica da je u primjeni ustanove konspiracije iskrasnio problem utvrđivanja broja tih zločinačkih udruženja. Vrijedi pravilo da ne valja uzeti postojanje jedne konspiracije ako postoje dokazi da ih ima više. *Kotteakos v. United States*, 328 U. S. 750 (1946).

¹⁶ Istini za volju, treba reći da slične optužnice nalazimo i u predmetima protiv Srba, kao i pri Međunarodnom kaznenom sudu za Ruandu. Vidi npr. *Prosecutor v. Zigiranyirazo*, ICTR-2001-73-I, para. 23 (2001).

kazneni sudovi ne formuliraju kriterije po kojima se donja granica zajedničkog zločinačkog pothvata može jasnije odrediti, postoji mogućnost približavanja kolektivnoj krivnji koja se kosi s moralnim i filozofskim zasadama suvremenog kaznenog prava. Osim toga tužiteljstvu se ostavlja velik prostor da određivanjem donjih granica igra političke igre. Pravosuđe pak u kojem granice i stupanj odgovornosti osoba ovise više o diskrecijskoj ocjeni tužiteljstva nego o individualnoj krivnji mora izazvati zabrinutost u očima svih onih koji se zalažu za pravnu državu.

To nas privodi zadnjem problemu na koji ćemo se osvrnuti. On se ponajprije javlja u svezi s varijantom doktrine po kojoj odgovornost postoji i za ona kaznena djela koja nisu u okviru plana, ali je njihovo počinjenje predvidivo. Tu se, naime najjasnije očituje mogućnost velikog nesklada osude po zajedničkom zločinačkom planu i principa odgovornosti za krivnju. Osobe s vrlo različitim doprinosima planu mogu se lako proglasiti članovima zločinačkog udruženja te slijedom toga biti osuđene i žigosane kao počinitelji najtežih namjernih delikata trećih osoba samo zbog toga što su ta djela trećih osoba bila predvidiva. Preko tog mogućeg rezultata primjene doktrine o zajedničkom zločinačkom pothvatu, rezultata u kojem se potire razlika namjere i nehaja, nije lako prijeći.¹⁷ Ako, naime, postoji neka doktrina suvremenog kaznenog prava koja je u toj mjeri proširena da spada u opće pravne principe prihvaćene od članica međunarodne zajednice, onda je to upravo kaznena odgovornost primjerena krivnji. Prisjetimo se da su prema članku 38. Statuta Međunarodnog suda ti opći principi supsidijarni izvor međunarodnog prava na koji se pravnici rutinski pozivaju, pa bi i suci međunarodnih kaznenih sudova morali o njima voditi računa.¹⁸

Ispada na kraju da u opravdanom nastojanju međunarodnih sudova da pronađu efikasne mjere suzbijanja kolektivnog kriminaliteta suci tih sudova zasad nisu pronašli zadovoljavajuća rješenja. Budu li se nastavili oslanjati na pravne konstrukcije kojima se praktično izbjegava teret dokaza o postojanju najtežih zločina iz kataloga kaznenih djela, dovest će u opasnost legitimnost

¹⁷ Poučno je da američki sudovi nastoje ograničiti slične rezultate do kojih može dovesti odgovornost za konspiraciju. Odgovornost za predvidive delikte izvan plana ograničena je, na primjer, na osobe koje su dale doprinos konspiraciji većeg značenja, ili pak osobama u posjedu informacija iz kojih se mogla izvesti mogućnost da se djelo izvan plana izvrši. Vidi npr. *United States v. Alvarez*, 755 F.2d 830 (11th Cir. 1985). No zbog neodređenosti tih kriterija, Ogladni kazneni zakonik (*Model Penal Code*) ne poznaje više odgovornost za delikte izvan zločinačkog plana.

¹⁸ Iako to ne spada u okvir ovog prikaza, treba napomenuti da Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda spominje doprinos kaznenom djelu od "grupe koja djeluje sa zajedničkom namjerom" (čl. 25. st. 3). Kako će suci taj propis interpretirati, teško je predvidjeti. Jasno je samo to da je Rimski statut nešto blaži od Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju jer ne tretira grupni doprinos zločinu kao oblik suizvršenja, nego kao oblik suučesništva.

međunarodnog pravosuđa koja se još nije učvrstila. Moglo bi jednog dana vrijediti za njih ono što je Clemenceau rekao o vojnim sudovima: “Vojno se pravosuđe odnosi prema civilnom kao što se limena vojna glazba odnosi prema simfonijskom orkestru.”

Summary

THE MALADY OF JOINT CRIMINAL ENTERPRISE

In the first part of this article, the author discusses the needs in response to which *ad hoc* international criminal courts developed the doctrine of joint criminal enterprise. The principal source of this need stems from the fact that international crime is typically the product of organised activity. It thus appears desirable to switch the focus of the law's concern from immediate perpetrators to those who stand behind them. This is because the former are, most of the time, mere instruments in the hands of the latter. It is true that superiors in an organisation can often be made responsible for the crimes of their underlings on the grounds of command responsibility, or on the grounds that they incited criminal behaviour. But hierarchical relationships are often difficult to prove, and so is the direct link between the instigator and perpetrator. Moreover, some crimes for which the prosecution seeks to make the leaders responsible are the product of the horizontal relationships – such as coordination, or division labour – among these leaders. The doctrine of joint criminal enterprise was developed to make up for these limitations of command responsibility and classical forms of complicity.

In the second part of the article, the author addresses the objective and subjective elements required for conviction on the grounds of joint criminal responsibility. The third and final part of the article contains a critique of this legal construct. The main object of this critique concerns its vagueness and elasticity. What constitutes common purpose – an element of the variant of joint enterprise – is so uncertain that it can embrace mere parallel activity. Uncertainty exists over questions concerning the scope of the enterprise, the number of enterprises, and the possibility of withdrawal from a joint project. What is troubling is the responsibility of leaders for crimes that fall outside the criminal plan. This is because mere advertent negligence suffices in this case for the conviction of crimes that must otherwise be committed deliberately. This conflation of intent and negligence conflicts not only with the longstanding legal principles of culpability, but also with the understanding of common observers. As has famously been said, even a dog can tell the difference between being tripped over and being kicked. Most troubling, however, is the responsibility based on plans that are not criminal *per se*, but which merely imply the commission of crimes within the jurisdiction of international criminal courts. Stretched to its limit, this form of responsibility can cover any activity aimed at changing the political status quo, provided that it involves the possibility of leading to conflict.

The author concludes by maintaining that until the doctrine of joint criminal enterprise is defined more clearly, and limited in its scope, it will remain a weakness of international criminal law, and deleterious to the still fragile legitimacy of international criminal courts.

