

TEMA BROJA: PROBLEMI I IZAZOVI TRANZICIONE PRAVDE U REGIONU

KOMPARATIVNO ISKUSTVO U POKUŠAJIMA DA SE SPREČE MASOVNI ZLOČINI

KOMANDNA ODGOVORNOST I UČEŠĆE U PODUHVATU

Mark Osiel *Profesor međunarodnog prava, Univerzitet Ajova, SAD*

Kako bi pravo trebalo da raspodeli odgovornost među onima koji imaju različite uloge u podeli rada? Koji relativni značaj ima ideo svakog od njih, i kako može odgovor na ovo pitanje biti na najbolji način pretočen u pravnu formu? Koja među tim interpretacijama najviše rizikuje da pretera u okravljanju optuženog? Ili, da li nas naša preokupacija individualnom krivicom jednostavno sprečava da prepoznamo istinsku kolektivnu prirodu masovnih zločina, isključivanjem kolektivnih sankcija koje mogu da ponude najefikasniji odgovor?

Ovo razmišljanje rezultat je ličnog iskustva stečenog prisustvovanjem nizu konferencija posvećenih tranzicionej pravdi u nekoliko takozvanih «postkonfliktnih» društava, mestima kao što su Srbija i Kolumbija. Svako ko to čini u dužem periodu brzo uočava skoro totalni jaz između diskursa lokalnih učesnika i onog koji imamo mi, globotroterski konsultanti. Lokalci se fokusiraju na istorijski specifična neslaganja o tome ko je učinio koju groznu stvar i kome – ponekad i mnogo davno. Mi, međunarodni službenici, ohrabrujemo lokalce da posmatraju svoje nacionalno iskustvo u nešto širem okviru, da ga porede i suprotstave iskustvu drugih zemalja koje su nedavno bile suočene sa sličnim neprilikama, i iz čijih pravnih odgovora mogu da se izvuku pouke. Jedan aspekt ovog neslaganja je da, u procesuiranju bivših vladara i njihovih potčinjenih, mi, međunarodni službenici, težimo da favorizujemo pravne doktrine koje šire domet krivičnog prava daleko van onoga što nacionalni tužioci, obavezni domaćim nosiocima vlasti, mogu sebi dozvoliti da podržavaju. Razgovor je napor da se u ovo neslaganje unese smisao, da se on sociologizuje.

U procesuiranju masovnih zločina postoji stalni set pitanja:

Kako bi pravo trebalo da raspodeli odgovornost među onima koji imaju različite uloge u podeli rada?

Koji relativni značaj ima ideo svakog od njih, i kako može odgovor na ovo pitanje biti na najbolji način pretočen u pravnu formu?

Koja među tim interpretacijama najviše rizikuje da pretera u okravljanju optuženog?

Ili, da li nas naša preokupacija individualnom krivicom jednostavno sprečava da prepoznamo istinsku kolektivnu prirodu masovnih zločina, isključivanjem kolektivnih sankcija koje mogu da ponude najefikasniji odgovor?

Ključni izazovi sa kojima se krivično pravo suočava u bavljenju masovnim zločinima vode do jedinstvene dileme. Pravo i dokazi ukazuju na odgovornost daleko van kruga nekolicine pojedinaca koji praktično mogu biti procesuirani. Međutim, čak i ovi malobrojni mogu često da budu osuđeni samo primenom teorija o indirektnoj odgovornosti, koja ih okriviljuje za zla koja su van njihove potpune kontrole ili namera. Pravo je, tako, istovremeno i previše stidljivo i previše ambiciozno, i slabi svoj legitimitet. U Hagu tužioci teže ka tome da povećaju i osnaže svoje profesionalno polje međunarodnog krivičnog prava koje je u nastajanju, u čijem okviru njihov interes leži u maksimiziranju osuda mnogih optuženika, čak i srednjeg i nižeg ešalona. Ovo ih vodi otpuživanju okriviljenih za učešće u zajedničkom zločinačkom poduhvatu. Ali, sama amplituda ove doktrine sugerije da pod optužbe potpada daleko veći broj ljudi nego što sudovi u demokratijama u tranziciji realno gledano mogu da procesuiraju, a da ne rizikuju ozbiljne nemire. Nacionalni tužilac u državi koja je odnedavno demokratska podstaknut je da javno iznese koji funkcioneri u interesu socijalnog pomirenja i konsolidacije režima žele da minimiziraju procesuiranje svih, sem visoko rangiranih u prethodnom rukovodstvu. Domaći tužioci na taj način teže da upotrebe pravo «komandne odgovornosti», s obzirom na to da ono u velikoj meri ograničava one koji potпадaju pod kažnjavanje. Na taj način upravo one karakteristike komandne odgovornosti koje ovu

doktrinu čine privlačnom za nacionalne tužioce, čine je neprivlačnom za međunarodne tužioce. Suprotni je slučaj kada je reč o učešću u poduhvatu. Međunarodni tužioci su tako podstaknuti da «preoptere optužbu», nacionalni tužioci da «je rasterete». Rezultat je da domaći i međunarodni sudovi koriste različite pravne metode da karakterišu počinioce koji su slično pozicionirani, ostvarujući različite rezultate, ugrožavajući koherentnost međunarodnog prava. Problem je barem nešto manji kada shvatimo da komandna odgovornost zahteva kontrolu nadređenog nad važnim aspektima organizacije koja vrši nezakonito delo, nezavisno od konkretnog pojedinca koji ga vrši. Ova interpretacija, prihvaćena u novijoj evropskoj sudskoj praksi, eliminiše sadašnji visoki rizik od oslobođajuće presude. Time ona smanjuje podsticaje da se preterano oslanjam na učešće u poduhvatu, što je nepopravljivo neprecizno i opasno anti-liberalno. Ovaj projekat analizira zajedno motive počinilaca, tužilaca i moćnih posmatrača. Projekat predlaže integralni «ekonomski» model za dilemu koju sam upravo pomenuo, i rešenje za nju. Moj pristup ne apeluje na humanitarne ili druge nezainteresovane motive, već tvrdi da – ako ispravno shvatimo podsticaje – pravo može da izdvoji «dobro» ponašanje od najbanalnijih motiva.

Domaći tužioci generalno teže procesuiranju samo nekoliko najviših sledbenika.

Slučaj Argentine, o kome sam dosta pisao, možda je najjasniji primer. Ovi tužioci žele da održe lekciju o tome da odgovornost za masovna zvestva nije bila široko rasprostranjena. Ova lekcija olakšava tranziciju ka novom režimu, legitimisući svoje liderstvo u tom procesu. Ovaj pristup je moralno kredibilan, jer računa na intuiciju javnosti da je onaj ko «kontroliše» tok događaja, ma ko to bio, više kriv od sledbenika, koliko god da je sa stanovišta prava delo sledbenika nezakonito. Time što suđenja za sitne ribe odlaže do vremena kada početne amnestije mogu biti preinačene bez rizika od građanskog razdora, doktrina pomaže da se konsoliduju demokratske tranzicije. Selektivnost u procesuiranju je bitna za tranzicione ciljeve jer, u praktičnom smislu, suđenje pojedincima za njihova diskretna ogrešenja nije ni u čemu različito od optuživanja čitavih grupa za kolektivne štete jednom kada suđenja počnu da se broje na stotine i hiljade, što je vrlo lako moguće u mnogim zemljama, od Južne Afrike i Istočne Nemačke u 90-im, do Kolumbije i Iraka danas.

Optuživanje čitavih grupa je upravo ono što je krivično gonjenje pojedinaca trebalo da zaustavi, da spreči.

Među pažljivim posmatračima rađa se konsensus o tome da su domaći tužioci u pravu, da tužilaštvo treba da se fokusira isključivo na najviše lidere, za jednostavne optužbe, koje se lako dokazuju, na suđenja koja mogu biti završena za par godina.

To je jedini način da se pravni proces usaglasi sa predvidivim političkim ciklusima. Svrgnuti diktatori neće nikad biti tako prezreni kao kada ih svrgnu, kada izgleda da se jadi zemlje mogu u potpunosti njima pripisati. Demokratski naslednici neće nikada biti tako popularni kao kada su prvi put izabrani, pre nego što budu imali dovoljno prilike da prikažu svoje slabosti. Evo, naprimjer, nedavne promene u strategiji za procesuiranje Sadama Huseina: brzo suđenje zasnovano na malom podskupu njegovih zlodela – jednom selu, ustvari – za koji su čvrsti dokumentarni dokazi i svedočenja već na raspolaganju, a ne široka optužnica, koja priča šиру priču o punijem stepenu njegove opresivne vladavine širom zemlje tokom decenija. Ali do sada su se međunarodni tužioci više fokusirali na procesuiranje sitnih riba nego domaćih gospodara. Procesuiranje krupnih riba, u skladu sa zahtevnim međunarodnim standardima, mnogo je teže kako zbog čestih praznina u dostupnim dokazima tako i zbog nerešenih doktrinarnih složenosti one vrste kojima se ovaj članak bavi. Međunarodni tužioci takođe shvataju da sa skromnjim optuženicima mogu ostvariti suštinski pravni napredak u pogledu mnogih proceduralnih pitanja, kao i u pogledu odbrane naredbi i prinude nadređenog. Proglašavanje silovanja za sredstvo kojim se vrši genocid (i za zločin protiv čovečnosti) bi najlakše moglo biti ostvareno kroz procesuiranje sitnih riba, a međunarodni tužioci su smatrali da je ovo posebno važan cilj – iako je silovanje već bilo jasno ustanovljeno kao ratni zločin. Domet i solidnost novog polja profesionalnog rada napreduju kroz sve ovakve slučajeve, u slučaju sitnih riba ništa manje nego u slučaju krupnih. Stoga međunarodni tužioci imaju slabe motive da odbiju slučajeve protiv sitnih riba. Potreba da se olakša tranzicija režima tako što će se ograničiti odgovornost na one koji nisu bili na najvišim pozicijama jednostavno nije značajan faktor u odlukama međunarodnih tužilaštava o raspodeli sredstava. Domaći tužioci se u svom profesionalnom domenu ne mogu tako slobodno odnositi prema ovome. Oni su poslušniji prema izvršnim šefovima jer po «prilagođenosti firmama» stručnost kojom raspolažu nije lako uposlit u privatnom sektoru. Njihova stručnost jeste potrebna u državnoj administraciji, ali najnovija istorija ukazuje na slabu profesionalnu autonomiju. Nasuprot tome, međunarodni tužioci raspolažu stručnim potencijalom koji je daleko manje prilagođen firmama, što ih čini manje poslušnim, čak do mera da sile u Savetu bezbednosti očigledno pokazuju znake nelagode. Ovi pravnici se opredeljuju za ovu oblast tek posle značajnog uspona unutar nacionalnih pravnih sistema u koje mogu spremno da se vrte. Javni rad u tako uvaženim telima kao što je ICTY takođe unapređuje njihov socijalni kapital, što im omogućuje da nađu posao kod drugih vodećih međunarodnih tela. Oni žele da se ova oblast širi po dometu i po složenosti, barem delimično i zato što to povećava vrednost njihovog profesionalnog iskustva, a rezultat je i unapređenje njihove stručnosti. Ipak, time što posvećujem pažnju individualnim podstrecima, ja ne želim da sugerisem da su pravnici koji se

bave ljudskim pravima i humanitarnim pravom motivisani prvenstveno nečasnim interesima. Ovi pravnici iskreno zamišljaju sebe, nas, kao one koji predstavljaju savest čovečanstva, ma koliko pretenciozno to zvučalo. Ali, kao što je Pjer Burdije (Pierre Bourdieu) primetio: «Ispravnost dobrih nameru ne isključuje nužno zainteresovanost za profit koji se stiče kad se bije 'dobra bitka'».

Često je teško reći zašto ICTY u datom slučaju koristi jednu a ne drugu doktrinu. Izbor može u velikoj meri da utiče na tretman optuženika, na dva načina. Mnogo je verovatnije da će biti osuđen ukoliko je optužen kao učesnik u zajedničkom zločinačkom poduhvatu nego kao neodgovorni nadređeni, zbog tegobnog tereta dokaza koju druga doktrina nameće. U kuloarima tužilaštva ICTY-a, akronim «JCE» (joint criminal enterprise) – zajednički zločinački poduhvat – se u stvari čak koristi u šali za «jednostavno osudi svakog» («just convict everyone»). Verovatno je da će saučesnik biti osuđen na dužu kaznu od neodgovornog nadređenog. Ovo stoga što učešće u poduhvatu omogućuje tužiocima da optuže okrivljenog za sva nedela koja je počinio svaki učesnik u prepostavljenom «poduhvatu» ako su ova dela bila realno predvidiva.

Komandna odgovornost nastaje kada komandant svojom krivicom propusti da spreči ili kasnije procesuirala potčinjene koji krše humanitarno pravo. Iako doktrina ima popriličnu istoriju i vojni oficiri su je dobro prihvatali, ICTY je više ne koristi. Ovo stoga što je Sud komandnu odgovornost interpretirao tako da zahteva od tužilaca da dokaže da je optužnik imao «kontrolu» nad detaljima o tome koji je potčinjeni šta učinio kojoj žrtvi. Ali »kontrola» nad potčinjenima može biti krajnje fluidna. Ona tokom vremena može da nestaje i da se pojavljuje između jedne i druge lokacije, zavisno od više faktora, uključujući i način na koji borba sa protivnicima prekida hijerarhijske linije i linije komunikacije. Takođe, često se ispostavlja da je komandni lanac složeniji nego što to prikazuje grafikon organizacije. Jer potčinjeni može biti odgovoran jednom prepostavljanom povodom određenih pitanja, ali drugom povodom drugih pitanja. Zahtev za identifikovanjem uzroka znači da tužoci moraju da pokažu da potčinjeni – «da nije bilo» pogrešnog ponašanja nadređenog – ne bi izvršili svoja krivična dela. U mnogo slučajeva se pokazalo da je ovo vrlo teško usled izmene operativaca u velikoj organizaciji, čak i na vrlo visokim nivoima. Da se ovaj komandant nije loše ponašao, vrlo je verovatno da bi onda neko drugi, na njegovom mestu, učinio isto to ili bi jednostavno usmerio komandni lanac naniže, uzrokujući isto krivično postupanje potčinjenih. Isto tako, doktrina doživljava poraz tamo gde nema baš dosledne subordinacije, već postoji samo bliska saradnja i uzajamno oslanjanje među onima koji su vršili zločin. Pominjem, naprimjer, odnos između IRA i Šin Fejna, i između određenih islamskih medresa i grupe Al Kaide. Čak i kad jedna organizacija temeljno kontroliše drugu, takva kontrola se često može lako sakriti na načine koji čine nedostupnim pravo komandne odgovornosti. Odnos može jednostavno da se strukturiše kroz ono što ekonomisti nazivaju odnosom «kvazi-firma» ili «među-firma».

Učešće u poduhvatu

Prema statutu Međunarodnog krivičnog suda (ICC – International Criminal Court), optuženi je odgovoran u ovom smislu ukoliko «na bilo koji način doprinosi izvršenju zločina od strane grupe lica koja deluju u zajedničkom cilju. Ovakav doprinos mora biti pružen sa ciljem da se unapredi kriminalna aktivnost ili kriminalni cilj grupe ili sa saznanjem da grupa ima nameru da izvrši zločin». Učešće ima tri oblika. Prvi obuhvata zajedničku nameru da se izvrši određeni prekršaj, koja se manifestuje u dogovoru sa ostalima. Ovo je u suštini drugo ime za zaveru, sem što nije izdvojeni prekršaj već više metod za vršenje prekršaja. Drugi oblik učešća u poduhvatu se odnosi na takozvane «organizovane sisteme represije i lošeg postupanja» – konkretno, na zatvaranje ili koncentracione logore. Poslednji oblik učešća uključuje krivična dela van «zajedničkog plana» ali sa prirodnim i predvidivim posledicama njegovog sprovođenja. Ovo je u osnovi Pinkertonovo pravilo zavere prema običajnom pravu.

Oba pravna pristupa – komandna odgovornost i učešće u poduhvatu – sadrže implicitne sociološke pretpostavke o tome kako dolazi do masovnih zločina. Pravilo koje koristimo u konkretnim suđenjima svakako bi trebalo da odrazi empirijske razlike u pogledu toga kako dolazi do masovnog zverstva, a ne razlike u tužiočevom istraživanju između različitih sudnica. Zato što smo pravnici, mi tražimo da odmah znamo koji pravni presedani nam omogućuju da se brzo uhvatimo u koštar sa novim izazovima masovnog zločina. Da nismo pravnici, međutim, mi bismo odstupili i prvo pitali: koju vrstu uticaja učesnici u masovnom zločinu ustvari vrše jedan na drugoga, kojim organizacionim sredstvima i sa kojom interaktivnom dinamikom? Zar ne bi istraživači koji proučavaju masovne zločine, u istorijskim i u društvenim naukama, verovatno imali nešto da kažu o ovim pitanjima? Kako bi pravo moglo da uči iz njihovih odgovora, i da na odgovarajući način

konceptualizuje svoj odgovor? Međutim, kao dobri pravnici, mi, naravno, nismo išli tim putem.

Neki slučajevi masovnog zločina bolje se uklapaju u jednu doktrinu; drugi slučajevi u drugu. Na primer, na suđenju Miloševiću komandna odgovornost najprikladnija je u slučaju optužnice za Kosovo, s obzirom da njegova formalna vlast nad srpskim snagama tamo uopšte nije pod sumnjom. Ali učešće u poduhvatu je prikladnije za optužnice za Bosnu i Hrvatsku, gde je Miloševićeva moć nad događajima imala manje formalnu, pravnu osnovu. Doktrina naglašava formalnu, hijerarhijsku strukturu vojnih organizacija i razloga zbog kojih pretpostavljeni obično može očekivati da njegove naredbe budu izvršene. Za razliku od toga, učešće u poduhvatu ima više smisla u slučajevima gde zlonameran uticaj putuje horizontalno, kroz neformalne mreže, i gde je moć da se izazove haos široko rasprostranjena. Veliki deo prekogranične kriminalne aktivnosti – od krijumčarenja droge do islamskog terora, uostalom – operiše upravo kroz takve mreže. Tako da će nadležni tužioци sve više gravitirati ka međunarodnom pravu koje se odnosi na učešće u poduhvatu.

Uzmite, na primer, slučaj južnoameričkih vojnih režima (u ozloglašenom planu Kondor) koji su sarađivali u uzajamnom uklanjanju disidentskih izbeglica. Tužioци bi mogli da na odgovarajući način definišu kriminalno «udruživanje», tako da obuhvati samo one vojne i policijske zvaničnike angažovane prekogranično – ljudje koji nisu povezani nikakvim komandnim lancima. Učešće u poduhvatu privlačno je međunarodnim tužiocima zbog toga što doseže do civilnih šefova i paravojnih lica nad kojima ne može da se vrši nikakva komanda ili kontrola. Lice sa najvećom moći u socijalnoj mreži je često «broker» između organizacija čiji članovi žele slab direktni kontakt. Takvi brokeri su bitni za masovne zločine. Oni predstavljaju suštinsku tačku, na primer, za povezivanje regularnih vojnih jedinica i neregularnih milicija koje obično vrše najgore nasilje. Korišćenje neformalnih mreža omogućuje vladarima da poriču odgovornost za izvršene zločine – sa izvesnom verovatnoćom, dovoljnom barem da stvore razumno sumnju. Kao, na primer, centralna uloga Arkana, srpskog gangstera, koji je Miloševiću stavio na raspolažanje huligane u «Tigrovima», grupe koja inače nije htela nikakve kontakte sa policijskim vlastima. Jugoslovenska armija mogla je tada da obezbeđuje periferiju bosanske varošice, dok bi ove neregularne trupe terorisale njene stanovnike: uzajamno korisna podela rada. Učešće u poduhvatu takođe omogućuje tužiocima da posmatraju one koji su bili angažovani u kriminalnom ponašanju, zajednički i dobrovoljno, kako demonstriraju niz odnosa van odnosa dominacija-subordinacija – iako ne manje opakih. Uostalom, masovni zločin obično je rezultat uzajamnog prečutnog pristajanja, pri čemu nijedan počinilac ne kontroliše suštinski, ozbiljno, bilo kog drugog počinjoca. Komandna odgovornost je takođe nametnula razmatranje o tome kako je njena prvobitna aplikacija, na vojne oficire, zahtevala novu analizu i složene izmene prilikom primene na civilne vođe, kao što su lideri bosanskih Srba ili rukovodioci medija u Ruandi. Međutim, u slučaju učešća u poduhvatu civili se ne tretiraju nimalo različito od vojnih oficira, u tom smislu da se primenjuju identični kriterijumi u definisanju i jednih i drugih kao učesnika. Za međunarodne tužioce je takođe privlačno to što učešće u poduhvatu ne zahteva mnogo u smislu nekog aktuelnog, radnog «odnosa» među članovima, kako običan jezik razume ovaj termin. Veze mogu biti slabe – sporazumi prečutni.

Pojam «zajedničke svrhe» je takođe privlačan. U svakom uspešnom poduhvatu postoji generalno rečeno klima zajedničkih obaveza u odnosu na svrhu, osećanje spontanosti u služenju njima. Ovo briše razliku između vođa i vođenih. Postoji elan, svest o «jedan za sve, svi za jednoga». Uspešni lideri teže tome da «koordiniraju», ne da kontrolišu. Naravno, uvek se mogu razlikovati i oni sa većim i manjim uticajem na događaje i učesnike. Ali sada se te razlike mogu uočiti u fazi kažnjavanja u jednom procesu, ne u određivanju odgovornosti, kao što to zahteva pravo komandne odgovornosti. Ovo je sada lakše učiniti, jer je Tribunal osmislio niz relevantnih faktora, uključujući dužinu vremena u kome je optuženi bio uključen, njegovu blizinu mestima gde se kreira politika, neophodnost njegovog doprinosa, njegove zločinačke motive, i stepen njegovog znanja o širem poduhvatu kojem je njegova aktivnost doprinela. Ali pojam «zajedničke svrhe» ponekad preti da postane fikcija – i to ne obavezno poštena fikcija ili fikcija koja je od pomoći.

Društvene nauke pokazuju da članovi modernih organizacija često ne dele uniformno njihove zacrtane ciljeve, već ih umesto toga koriste za svoje sopstvene potrebe, u sukobu sa zvaničnim ciljevima. Posmatrati njihove raznovrsne aktivnosti kao da odražavaju jedinstveni, zajednički cilj znači promašiti najvažnije osobine u socijalnom životu organizacija – sve što je komično, i tragično, u vezi sa njima. Ovde čak i termin «podela rada» predstavlja preterano pojednostavljenje. On prenaglašava detaljno planiranje i centralizovanu, samosvesnu koordinaciju koja je ustvari evidentna u većini slučajeva masovnih zločina, čak i Holokausta. Na svoju sopstvenu inicijativu mnogi ljudi jednostavno se priključuju slavljeničkoj grupi, na bilo koji način koji odaberu, često ohrabreni kratkotrajnim ushićenjem zbog, recimo, paljenja doma bošnjačkog suseda, ili silovanja njegove kćeri. Autorizacija odozgo jednostavno daje pogodan izgovor za prepustanje nasilnim stavovima prema ličnoj osveti, ili lakomosti prema susedovoj imovini, i jednostavno sadizmu. Ovde je teško reći da zaista postoji «zajednička svrha», s obzirom na ove varijacije u pogledu motiva. Elite režima mogu smatrati da je etničko čišćenje sredstvo genocida. Ali nije verovatno da su Arkanovi huligani tako mislili – dakle, teško je reći da oni svi čine jedinstveni poduhvat, sa zajedničkom svrhom. Ovde nemamo zapravo ni birokratiju niti mrežu ujedinjenu zajedničkim ciljem, već nešto što više liči na «ponašanje gomile», koncept od koga su

sociolozi masovnih pokreta pokušavali da pobegnu tokom čitavog jednog veka.

Kada ovu spontanost odozdo državne vlasti aktivno ohrabruju odozgo, ali ona izmiče njihovoj kontroli, teško je reći da li je bolje ići linijom komandne odgovornosti ili učešća u poduhvatu. Nijedan model, nijedan idealni tip, ne uklapa se ovde vrlo dobro u činjenice.

Čak i kada nastupaju sa savršeno dobrom svešću, tužiocu jednostavno sada nemaju bilo kakav jasan kriterijum za definisanje poduhvata, njegovog cilja i članstva, njegove obuhvatnosti u vremenu i prostoru. Pojam funkcioniše kao neka vrsta pravne fikcije, jer nijedan od njegovih pretpostavljenih članova ne bi razmišljao o tome da sebe definije na taj način, na upravo ovaj konkretni način. Da li ovako povezanih konkretnih «mrlja» ima premalo ili previše je funkcija – skoro da postoji izazov da se kaže «izmišljotina» - tužilačke imaginacije. Možda se u ovoj situaciji može braniti takvo fiktivno sredstvo. Ali nije jasno zašto smo spremni da se ovde tako snažno oslonimo na fikciju, a da nimalo nismo spremni da se oslonimo na komandnu odgovornost. Uostalom, ovde bismo mogli podjednako spremno da pretpostavimo da postoji efektivna kontrola, nazovimo je «konstruktivna kontrola» ako želite, gde god postoji de jure autoritet. Međutim, sudovi to nisu učinili.

Prilikom prvog iznošenja, komandna odgovornost jasno izgleda kao formalnija od dve doktrine, učešće u poduhvatu kao socioološki «realističnija». Uostalom, komandna odgovornost počiva na de jure nadležnostima, zvaničnim opisima poslova unutar birokratkih hijerarhija, dok učešće u poduhvatu računa s tim da bude oblikovano prema aktuelnim konturama kriminalne aktivnosti, svojoj socijalnoj konfiguraciji.

Međutim, nešto suprotno od toga je ono što bi moglo da bude bliže istini. De facto moć – u svojoj ukupnoj socioološkoj zbrici – brzo postaje centralna tačka komandne odgovornosti u međunarodnim sudovima, dok su tužiocu ovde slobodni da definišu «kriminalni poduhvat» na način koji je samo vrlo labavo povezan sa bilo kojim uočljivim modelima interakcije i uticaja među pretpostavljenim učesnicima.

Moglo bi biti korisno da se ponovno razmisli o zahtevima za kontrolu komandne odgovornosti, i ako bi se oni malo olabavili, u svetu uticajne analize Klaus Roksin (Claus Roxin) o suđenju Ajhmanu (Eichmann), analize koju su koristili sudovi u Argentini, Španiji i Nemačkoj. Kontrola nadređenog nad «organizacionim aparatom hijerarhijske moći», kako ih Roksin naziva, omogućuje mu da koristi potčinjenog kao «obični menjač u džinovksoj mašini». Pridržavanje potčinjenog nezakonitim naredbama ne potiče ni od pritiska, ni od prevare. Znači, Roksinov ključni uvid je da moćnija strana «iza scene» može izvršiti prekršaj putem sredstava organizacije koja mu stoje na raspolaganju, uključujući potčinjenog koji je kriv. Međutim, kao što članak ukazuje, ovaj pristup takođe ima problema.

Kritičari ukazuju na to da u bavljenju masovnim zločinima problemi krivičnog prava sežu do individualizma nečeg što se zove «liberalni legalitet». Zapadno pravo rutinski kažnjava ljudе zbog štetnih akcija u kojima oni sami nisu učestvovali, ali su članovi kolektiviteta čiji drugi članovi jesu. Mnogi oblici kolektivnih sankcija koje naše pravo primenjuje dokazuju da ono jednostavno nije tako beskompromisno posvećeno individualističkom liberalizmu kao što to nekad pretpostavljamo. Da li bi kolektivne sankcije prema celokupnom oficirskom koru (ili odgovarajućoj nižoj grupi) mogle da efikasno preduprede i na pošten način revidiraju masovne zločine koje je počinio mali podskup njegovih članova? Da, bar do određenog stepena. U svojoj organizacionoj strukturi i profesionalnoj kulturi, kao što ja dokazujem, vojna elita je vrlo podobna i da posmatra potencijalne zločince i da troškove, koji su prvo bitno bili pripisani njima kao celini, ponovno preraspodeli na pojedinačne članove koji su ustvari krivi. Osnovna ideja je jednostavno da kada je ficit visokog ranga osuđen zbog masovnog zločina, njegove kolege oficiri istog ili višeg ranga u okviru njegove nadležne jedinice kolektivno pate zbog novčanih sankcija. Ukoliko čutanje kolega u početnoj fazi čini nemogućim izdvajanje krivih oficira, tada bi svi članovi kora (iznad određenog čina) snosili troškove kolektivnih sankcija pro rata, sem ukoliko bi i kad bi prekinuli čutanje i identifikovali one koji treba da budu procesuirani. Vojni komandanti u ovom slučaju mogu biti posmatrani kao najjeftiniji agent osiguranja od zločina. Oni su, uostalom, bolje pozicionirani od svih ostalih da bi sprečili takvo nedelo.

Ovaj pravac analize može ponuditi najbolji argument za pravo učešća u poduhvatu: sam oficirski kor (ili niža divizija) je kredibilno zamišljen kao zajednički kriminalni poduhvat kroz koji se vrše zločini, činjenjem nekih članova i propustima drugih.

Dobro pozicionirani posmatrači zauzimaju značajno mesto u društvenim naučnim popisima masovnih zločina. Ali oni ne zauzimaju nikakvo mesto u tekućoj pravnoj analizi, jer krivično pravo nije nikad pretpostavljalo da će dosegnuti do njih. Sve dotle dok je to tako, oni će biti slabo motivisani da koče svoje nasilnije drugove po oružju nad kojima bi mogli imati uticaj kroz profesionalne veze. Nadamo se da

će ovakav pristup prema podsticajima uspeti da ono što je izgubljeno u optimizmu u odnosu na ljudsku prirodu (o tome da se računa sa moralnim normama) ostvari kroz humanitarni uticaj i društveno razumevanje. Ovaj pristup ne krši princip krivice, jer će officiri svesno pristati na «striktnu» finansijsku odgovornost prilikom prihvatanja bilo kog položaja kome bi se ona mogla pripisati. Oni razumeju da da je upućivanje velike grupe ljudi pod oružjem samo po sebi opasna aktivnost.

Kao zaključak, uprkos tome što su često denuncirani, intelektualni temelji krivičnog prava – u moralnoj teoriji i socijalnoj ontologiji liberalizma – nisu ti koje sprečavaju suočavanje sa džinovskim požarom kao što su masovni zločini. Problem ne leži ni u čemu tako «dubokom». To je stvarno bio samo propust naše profesionalne imaginacije da dobro, empirijski, pogleda šta se to događa u takvim slučajevima i da u skladu s tim ponovno razmisli o našim pravnim kategorijama.