

Dr. Sabina Zgaga*

Odgovornost za mednarodno hudodelstvo, izvršeno na ukaz nadrejenega**

1. Različni načini obravnavanja problematike kaznivega dejanja, izvršenega na ukaz nadrejenega

Ker so v oborožene spopade vpletene vojaške strukture, je institut kaznivega dejanja, izvršenega na ukaz nadrejenega, zelo pomemben. Vojak se pogosto znajde v precepu, ko ga zavezujeta dve dolžnosti. Po eni strani je v skladu z vojaško zakonodajo zavezan izpolniti ukaz, ki lahko pomeni izvršitev zakonskih znakov kaznivega dejanja, po drugi strani pa ga zavezuje splošna dolžnost ne izvrševati kaznivih dejanj.¹ V mednarodnem kazenskem pravu so se razvili različni odzivi na to težavo, pri tem pa teorije predvsem odgovarjajo na vprašanje, ali in zakaj naj podrejena vojaška oseba odgovarja oziroma ne odgovarja za kaznivo dejanje, izvršeno na ukaz nadrejene osebe, nimajo pa te teorije odgovora na (za kazensko pravo pomembnejše) vprašanje, zakaj storilec ne odgovarja: zaradi odsotnosti protipravnosti ali le krivde. Na to vprašanje iščejo nacionalne pravne ureditve odgovor zlasti v sklopu teorije omejene odgovornosti.

1.1. Teorija ravnanja države

V skladu s teorijo ravnanja države (*act of state doctrine*) se šteje, da država nima pristojnosti nad ravnanjem druge države. Za ravnanje države gre, ko je

* Asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

** Članek je del doktorske naloge Skrajna sila v mednarodnem kazenskem pravu pod mentorstvom prof. dr. Damjana Korošca, katere zagovor je potekal aprila 2011 na Pravni fakulteti v Ljubljani.

¹ Eden, Criminal liability and the defence of superior orders, v: South African Law Journal (1991) 4, str. 641, Scaliotti, Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1, v: International Criminal Law Review (2001) 1, str. 126, Dinstein, The defense of obedience to superior orders in international law (1965), str. 5, 6. S predpostavkami, kdaj in koga ukaz zavezuje, se ne bom ukvarjala.

ravnanje posameznika mogoče pripisati državi.² Kadar je ravnanje vojaka, ki objektivno pomeni kršitev mednarodnih pravil oboroženih spopadov in bit vojnih hudodelstev, hudodelstev zoper človečnost, genocida ali agresije, mogoče pripisati državi, druga država nima pristojnosti za kazenski pregon tega ravnanja.³ Ta teorija je prevladovala pred prvo svetovno vojno, obravnavana pa je celo v znamenitem Oppenheimovem učbeniku za mednarodno pravo.⁴

Čeprav večina teorije Oppenheima dojemata kot utemeljitelja teorije odgovornosti nadrejenega, to le delno drži. Iz njegovega učbenika je namreč razvidno, da je avtor razlikoval med situacijama, ko je ukaz podala vlada ali ko ga je izdal nadrejeni.⁵ Za prvo je predvideval teorijo ravnanja države, za drugo pa teorijo odgovornosti nadrejenega.

Ta teorija je bila v sodbah sodišč po drugi svetovni vojni izrecno zavrnjena,⁶ saj bi onemogočila kazensko odgovornost najvišjih predstavnikov nemške totalitarne države, ki so ukazali izvršitev mednarodnih hudodelstev na podlagi državne politike.⁷

1.2. Teorija odgovornosti nadrejenega

Oppenheim velja tudi za utemeljitelja druge teorije: teorije odgovornosti nadrejenega (*respondeat superior*). Po tej teoriji vojaki, ki izvršijo vojno hudodelstvo

² Merila pripisljivosti ravnanja določeni državi ureja tudi Osnutek členov o odgovornosti držav za mednarodno protipravna ravnanja (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) v drugem poglavju.

³ Sliedregt, DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 1, Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 67, Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 58, Fuhrman, DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT (1963), str. 12, 30, Brown, CRIMES AGAINST INTERNATIONAL LAW (1950), str. 132, Dinstein, Tabory, WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (1996), str. 14, 254, Ginsburg, Kudriavtsev, THE NUREMBERG TRIAL AND INTERNATIONAL LAW (1990), str. 118, Simpson, McCormack, THE LAW OF WAR CRIMES, NATIONAL AND INTERNATIONAL APPROACHES (1997), str. 15, Ambos, DER ALLGEMEINE TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (2004), str. 83.

⁴ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 38, Oppenheim, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; WAR AND NEUTRALITY, 2. knjiga (1905), str. 264.

⁵ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 60, Oppenheim, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; WAR AND NEUTRALITY, 2. knjiga (1905), str. 264 in 265.

⁶ Sliedregt, DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 1, 33, Bassiouni, Manikas, THE LAW OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA (1996), str. 375, Ambos, DER ALLGEMEINE TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (2004), str. 83.

⁷ Sliedregt, DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 34, sodba sodnega senata MKSJ Erdemović, par. 50, Osiel, OBEYING ORDERS; ATROCITY, MILITARY DISCIPLINE AND THE LAW OF WAR (2005), str. 42, Kudo, COMMAND RESPONSIBILITY AND THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDER (2007), str. 11.

na ukaz nadrejenega, zanj ne odgovarjajo. Za to vojno hudodelstvo odgovarja le nadrejeni, ki ga je ukazal izvršiti.⁸ Pretehta interes poslušnosti in discipline v vojski. Vojak je dolžan izpolniti ukaz, zato ga ta dolžnost ščiti pred kazensko odgovornostjo za kaznivo dejanje na ukaz. Po tej teoriji je torej že obstoj ukaza razlog za to, da vojak ne odgovarja za kaznivo dejanje.⁹

Tudi to teorijo so nürnberško sodišče in sodišča na podlagi Zakona št. 10 zavrnila,¹⁰ češ da bi po njej za vsa mednarodna hudodelstva odgovarjala samo Himmler in Hitler, slednji pa je bil že mrtev.

Kombinirana uporaba navedenih dveh teorij je podlaga za popolno imuniteto članov oboroženih sil. Podrejeni se lahko sklicujejo na teorijo odgovornosti nadrejenega, ta pa na teorijo ravnanja države. Tako za mednarodno hudodelstvo ne bi odgovarjal nihče.¹¹ Teoriji se razlikujeta v tem, da se teorija odgovornosti nadrejenega nanaša samo na podrejene, medtem ko se teorija ravnanja države nanaša na vse člene v vojaški hierarhični verigi.¹²

1.3. Teorija absolutne odgovornosti

Povsem na drugi strani je teorija absolutne odgovornosti, po kateri podrejeni odgovarja za vsako kaznivo dejanje, izvršeno na ukaz nadrejenega, ne glede na to, da mu je bila izvršitev kaznivega dejanja ukazana, in ne glede na to, da je dolžan izpolniti ukaz. V skladu s to teorijo namreč pretehtata interes varovanja pravnega reda in prepoved neizpolnjevanja kaznivih dejanj. Ukaz ne more biti obramba sam po sebi in ne more biti dejanska podlaga za ugotavljanje obstoja kakega drugega instituta.¹³

⁸ Oppenheim, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; DISPUTES, WAR AND NEUTRALITY, 2. knjiga (1952), str. 264. Tudi Eden, Criminal liability and the defence of superior orders, v: South African Law Journal (1991) 4, str. 641, Sliedregt, DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 33, Ambos, General principles of criminal law in the Rome statute, v: Criminal Law Forum (1999) 1, str. 31, Osiel, OBEYING ORDERS; ATROCITY, MILITARY DISCIPLINE AND THE LAW OF WAR (2005), str. 58, Sancin, Švarc, Ambrož, MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV (2009), str. 425, Linton, Reiger, The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders, v: Yearbook of International Humanitarian Law (2001), str. 173, Kudo, COMMAND RESPONSIBILITY AND THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDER (2007), str. 2, 7.

⁹ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 38.

¹⁰ Sodba nürnberškega sodišča *High command*, str. 510.

¹¹ Sodbi nürnberškega sodišča *High command*, str. 507, in *Einsatzgruppen*, str. 487.

¹² Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 59, 60.

¹³ Kudo, Command responsibility and the defense of superior order (2007), str. 10, Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 68, 97, Fuhrman, DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT (1963), str. 114, Korte, DAS HANDELN

Ta teorija je bila podlaga Nürnberškemu statutu, v skladu s katerim ukaz nadrejenega ne pomeni razloga za izključitev odgovornosti.¹⁴ Ker je notranje pravo držav zaveznic taki ureditvi nasprotovalo, so Združene države Amerike in Velika Britanija med vojno spremenile vojaške priročnike, stališče pa je spremenil tudi urednik Oppenheimovega učbenika. Države zaveznice so se s tem želele izogniti ugovoru, da pravo statuta ni usklajeno z mednarodnim ali (celo njihovim!) nacionalnim pravom, vendar jim ta namera ni popolnoma uspela.¹⁵ Kljub temu je nürnberško sodišče v svoji glavni sodbi potrdilo statut in odločilo, da je določba člena 8 statuta popolnoma usklajena s pravom vseh narodov.¹⁶

Mnogi avtorji zatrjujejo, da je bila taka ureditev ukaza nadrejenega prilagojena dejanskim stanovom mednarodnih hudodelstev, ki so jih izvršili pripadniki sil osi med drugo svetovno vojno. Če štejemo, da so ukazi za izvršitev teh kaznivih dejanj očitno protipravni, potem je ta ureditev skladna tudi s tedanjo nemško ureditvijo, po kateri je za kaznivo dejanje, izvršeno na ukaz, podrejeni odgovarjal le, če je vedel za protipravnost ukaza, obstoj te zavesti pa se je domneval, če je bil ukaz očitno protipraven.¹⁷ Taka razlaga se mi zdi mogoča, a le v okviru zaprtega in *ex post* kaznovalnega sistema, kakršni so bili nürnberški po drugi svetovni vojni ali Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) ali Mednarodno kazensko sodišče za Ruando (MKSR) v devetdesetih letih, ko je pristojnost sodišča časovno in teritorialno omejena na sojenje storilcem največjih hudodelstev. Le v takem sistemu je mogoče sprejeti predpostavko, da so vsi ukazi za izvršitev vseh mednarodnih hudodelstev iz pristojnosti sodišča očitno protipravni in da zaradi tega za njih velja teorija absolutne odgovornosti. V odprtem sistemu, kakršnega uvaja Mednarodno kazensko sodišče (MKS), je

AUF BEFEHL ALS STRAFAUSSCHLIESSUNGSGRUND (2004), str. 65, Keijzer, MILITARY OBEDIENCE (1978), str. 150, Insko, Defense of superior orders before military commissions, v: Duke Journal of comparative and international law (2003) 2, str. 390, Oppenheim, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; DISPUTES, WAR AND NEUTRALITY, 2. knjiga (1952), str. 568, tretji odstavek 2. člena Konvencije o preprečevanju mučenja in drugega krutega, nečlovečnega ter poniževalnega ravnanja ali kaznovanja.

¹⁴ Člen 8 statuta: »Dejstvo, da je obtoženec ravnal skladno s povelji svoje vlade ali nadrejenega, ne velja za okoliščino, ki bi izključevala njegovo kazensko odgovornost, sodišče pa jo lahko upošteva kot olajševalno okoliščino, če ugotovi, da tako zahteva pravičnost.« Ta člen je tako zavrnil tako teorijo odgovornosti nadrejenega kakor teorijo ravnanja države.

¹⁵ Sodba nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 334. V tem primeru je obramba izpostavila tudi ugovor kršitve načela zakonitosti, saj naj bi se pravilo, ki je v škodo obdolženca, ker izključuje razlog upravičenosti oziroma opravičenosti, razvilo po času, ko so bila mednarodna hudodelstva izvršena, in tako velja retroaktivno.

¹⁶ Glavna nürnberška sodba, str. 42.

¹⁷ Več o tem v naslednjem poglavju o očitno protipravnem ukazu. Glej na primer leipziške procese po 1. svetovni vojni.

taka predpostavka nemogoča, pa tudi v drugih se mi zdi sporna, ker gre za vnaprejšnjo presojo kaznivih dejanj in za prilagajanje prava dejanskemu stanju.

Na vprašanje, kateri pristop so izbrala sodišča po drugi svetovni vojni v praksi, ni preprostega odgovora. Nürnberško sodišče je na primer v že omenjenem delu glavne sodbe odločilo, da je najpomembnejši test, ali je imel obdolženec možnost moralne odločitve (*moral choice test*).¹⁸ Strinjam se z Dinsteinom, da ta izjava namiguje na uporabo instituta sile in grožnje ter da je ni mogoče razumeti v smislu, da je ukaz dejanska podlaga za institut sile in grožnje, ker je tudi v tej zadevi sodišče zagovarjalo teorijo absolutne odgovornosti. Po mojem mnenju je sodišče odločilo, da je v konkretnem primeru neodvisno od obstoja ukaza treba presojati obstoj sile in grožnje. Če obdolženec zmore (neodvisno od svoje dolžnosti izpolniti ukaz) dokazati obstoj drugega razbremenilnega instituta, potem je to dopustno, sicer pa ne. To je razvidno tudi iz nekaterih drugih sodb, ko je sodišče odločilo, da če obramba zmore dokazati obstoj sile in grožnje, ne da bi se pri tem sklicevala na dejstvo ukaza, je sklicevanje na silo in grožnjo dopustno, če se sklicuje na dejstvo ukaza, pa ne. Enako je veljalo za uveljavljanje zmote o protipravnosti.¹⁹ Vloga sile in grožnje ni samo komplementarne narave in ni le dejanska podlaga za institut ukaza nadrejenega. Je neodvisen institut. Menim tudi, da se ta institut ne nanaša samo na možnost omilitve kazni, ampak na vprašanje storilčeve kazenske odgovornosti. To izhaja iz besedila sodbe, v kateri sodišče nasproti možnosti moralne odločitve postavi obstoj ukaza nadrejenega kot institut, ki je (drugače kot sila in grožnja) nezmožen izključiti protipravnost ali krivdo storilca.²⁰ Sodišče je teorijo absolutne odgovornosti potrdilo še v glavni sodbi v poglavju o Keitlu in Jodlu.²¹

V poznejših postopkih na podlagi Zakona št. 10, katerega besedilo sicer pomena določbo Nürnberškega statuta,²² pa se je razvila raznolika praksa. V nekaterih zadevah se je sodišče odločilo za absolutno teorijo, v skladu s katero je

¹⁸ Glavna nürnberška sodba, str. 42.

¹⁹ Tako tudi Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 148, Bassiouni, *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (1999), str. 463. Tu se seveda postavlja vprašanje o enakopravnosti obdolžencev, na kar se je sklicevala tudi obramba. Dinstein, prav tam (1965), str. 135.

²⁰ Glavna nürnberška sodba, str. 42.

²¹ Glavna nürnberška sodba, poglavji o Keitlu in o Jodlu.

²² Razlika v besedilih je samo v tem, da Nürnberški statut omogoča omilitve kazni zaradi ukaza nadrejenega le, če tako zahteva pravičnost, medtem ko v Zakonu št. 10 tega stavka ni več, iz česar bi lahko sklepali, da obstoj ukaza nadrejenega samodejno pomeni razlog za omilitve kazni. Vendar ta razlaga ne zdrži, saj je sodišče zanikalo možnost omilitve kazni, če gre za kruta mednarodna hudodelstva, ki so bila izvršena zavestno in ne da bi obstajala za to vojaška nujnost, čeprav je šlo za kaznivo dejanje na ukaz nadrejenega.

zavrnilo možnost kakršnegakoli vpliva ukaza nadrejenega na kazensko odgovornost storilca in tudi samo možnost upoštevanja dokazov v zvezi z ukazom nadrejenega.²³ Problematični pa sta rešitvi, ki ju je sodišče uporabilo v nekaterih drugih zadevah. Verjetno zato, ker so imela opravka s storilci nižjega ranga v nemški vojaški hierarhiji, so sodišča v nekaterih zadevah ugotovila, da je za obstoj instituta ukaza nadrejenega treba ugotoviti obstoj (upravičljive) zmote o protipravnosti²⁴ ali sile in grožnje,²⁵ čeprav za to niso imela podlage v Zakonu št. 10. V povezavi s tem institutom so se sodišča pogosto sklicevala na test moralne odločitve, ki ga je nürnberško sodišče uporabilo v glavni sodbi.²⁶ Ta sodišča so neposrečeno dikcijo v glavni sodbi napačno razumela in začela test možnosti moralne odločitve uporabljati kot test za obstoj instituta ukaza nadrejenega. Namesto da bi upoštevala teorijo absolutne odgovornosti, je postal test moralne odločitve test za obstoj ukaza nadrejenega. Povezava med zmoto o protipravnosti ukaza in ukazom nadrejenega pa po mojem mnenju izhaja iz takratne nemške ureditve v členu 47 StGB, po katerem se na ukaz nadrejenega lahko sklicuje podrejeni, ki ne ve, da je ukaz protipraven. Iz obrazložitev sodb je razvidno, da sodišča institutov ter pogojev za obstoj institutov ukaza nadrejenega, sile in grožnje ter zmote o protipravnosti ukaza niso uporabljala dosledno, da med instituti niso razlikovala in da so jih po nepotrebem povezala. Tako je na primer sodišče v zadevah *High command* in *Einsatzgruppen*²⁷ govorilo o institutu ukaza nadrejenega, za njegov obstoj pa navajalo pogoje za obstoj instituta sile in grožnje. V zadevi *High command* pa je obravnavalo še pogoje za zmoto o protipravnosti.²⁸

Po mojem mnenju razlaga sodišča ni pravilna. Med navedenimi instituti je treba razlikovati. Če sodišče odloči, da je za obstoj instituta ukaza nadrejenega treba ugotoviti obstoj pogojev na primer instituta sile in grožnje, to pomeni, da v vsakem primeru izpolnjeni pogoji sile in grožnje pomenijo obstoj instituta

²³ Sodbe nürnberškega sodišča *Hostages*, str. 1280, *High command*, str. 509, *In re von Lewinsky* v zbirki Law Reports, str. 525, *Thiele in Steiner* v zbirki Law Reports, str. 58, *RUSHIA*, str. 50, *Stalag Luft III*, str. 47, uvodni govor tožilca Jacksona, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 158.

²⁴ Sodba nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 469, Fuhrman, DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT (1963), str. 89, Solis, Obedience of orders and the law of war: Judicial application in American forums, v: American University International Law Review (1999–2000), str. 519.

²⁵ Sodba nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480.

²⁶ Sodba nürnberškega sodišča *IG Farben*, str. 1179.

²⁷ Sodbi nürnberškega sodišča *High command*, str. 509, in *Einsatzgruppen*, str. 480.

²⁸ Sodba nürnberškega sodišča *High command*, str. 510, 511, Jescheck, DIE VERANTWORTLICHKEIT DER STAATSORGANE NACH VÖLKERSTRAFRECHT, EINE STUDIE ZU DEN NÜRNBERGER PROZESSEN (1952), str. 388 in 389.

ukaza nadrejenega in da je ukaz nadrejenega razlog upravičenosti ali opravičenosti *per se* (ko so izpolnjeni pogoji drugega instituta). To pa ne drži. Obstajajo konkretni dejanski stanovi sile in grožnje, ko ni ukaza nadrejenega. Enako velja za razmerje med zmoto o protipravnosti in ukazom nadrejenega. Gre le za delno rešitev relevantnih dejanskih stanov.

Zato se mi pristop v povojnih postopkih ne zdi primeren, glavni vir nesoglasij pa vidim v tem, da sta se statut in Zakon št. 10 odločila za teorijo absolutne odgovornosti, sodišča pa so ugotovila, da bi bilo v nekaterih primerih vendarle pravično, če bi dopustili sklicevanje na institut ukaza nadrejenega. Namesto da bi se sodišče odločilo za dogmatično čisto uporabo drugih splošnih institutov (sila in grožnja, skrajna sila, zmota), v skladu s katero bi zavrnilo uporabo instituta ukaza nadrejenega in presojalo uporabo drugih institutov, se je odločilo za nedosledno kombinacijo institutov, v skladu s katero so pogoji zmote o protipravnosti ali sile in grožnje pogoji za obstoj ukaza nadrejenega, čeprav ne Nürnberški statut ne Zakon št. 10 tega ne dopuščata.

Tako rešitev je sodišče uporabilo v procesih proti industrialcem, v katerih je šlo za povezavo institutov skrajne sile (*necessity*) in ukaza nadrejenega, in je presojalo samo pogoje za skrajno silo.²⁹

1.4. Teorije omejene odgovornosti

Med tema skrajnostma (na eni strani teorija odgovornosti nadrejenega ter teorija ravnanja države in na drugi strani teorija absolutne odgovornosti) je mnogo vmesnih rešitev: teorije omejene odgovornosti. To pomeni, da ukaz nadrejenega v nekaterih primerih pomeni razlog upravičenosti ali opravičenosti, v drugih primerih pa ne.³⁰ Ker je ukaz nadrejenega samostojna obramba, je sodna praksa skušala najti pogoje, pod katerimi je institut ukaza nadrejenega podan, pri tem pa se je zatekala k drugim institutom splošnega dela materialnega kazenskega prava in k pogojem za njihov obstoj, zlasti k zmoti o protipravnosti ter k sili in grožnji. V točkah 1.4.1. do 1.4.3. bom obravnavala ta merila.

²⁹ Glej poglavje o skrajni sili. Sodbe nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200, *Krupp*, str. 1443, *IG Farben*, str. 1179.

³⁰ Sliedregt, *Defenses in international criminal law* (2003), str. 33, Scaliotti, *Defenses before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1*, v: *International Criminal Law Review*, (2001) 1, str. 128, Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 237, Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 68, Fuhrman, *DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT* (1963), str. 12, 117.

1.4.1. Subjektivno merilo

V skladu s subjektivnim merilom, ki se pojavlja že od leipziških procesov, storilec (podrejeni) ne odgovarja, če se ne zaveda protipravnosti ukaza za izvršitev kaznivega dejanja, ki mu ga je izdal nadrejeni.

V Leipzigu je sodišče oprostilo storilca v zadevi *Neumann*, ker se ni zavedal protipravnosti ukaza.³¹ Enako je odločilo v bolj znani zadevi *Dover Castle*.³² Oprlo se je na nemško kazensko pravo, po katerem podrejeni za kaznivo dejanje na ukaz ne odgovarja, razen če se zaveda protipravnosti ali če ukaz prekorači.³³

Tudi v Nürnbergu se je sodišče včasih zateklo k temu merilu, in to kljub temu, da je statut izrecno temeljil na teoriji absolutne odgovornosti. Obramba se je pogosto sklicevala na takrat še veljavni člen 47 StGB in zatrjevala, da se storilec ni zavedal protipravnosti ukaza,³⁴ v nekaterih primerih pa je celo sodišče odločilo, da je ukaz nadrejenega relevanten, če se storilec ni zavedal protipravnosti ukaza.³⁵

To merilo v skladu z nemško teorijo kazenskega prava pomeni odsotnost zavesti o protipravnosti, ki je sestavni del krivde. Če zavest o protipravnosti ni podana, tudi storilčeve krivde ni; bodisi je v skladu s teorijo krivde izključena neposredna krivda bodisi je v skladu s teorijo naklepa izključen naklep in s tem posredno krivda.³⁶ Storilec je v zmoti o protipravnosti. Vendar pa je v ugodnejšem položaju kot storilec, ki se sklicuje na klasično zmoto o protipravnosti. Pri zmoti o protipravnosti velja, da dvom še ni zmota, tu pa mora biti storilec za izključitev možnosti sklicevanja na ukaz nadrejenega o protipravnosti prepričan. Če je samo v dvomu, ali je ukaz protipraven ali ne,

³¹ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 12, sodba leipziškega sodišča *Neumann* v zbirki *Judicial decisions: German war trials*, str. 699.

³² Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 12 in 13, Fuhrman, *DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT* (1963), str. 37, Korte, *DAS HANDELN AUF BEFEHL ALS STRAFAUSSCHLIESSUNGSGRUND* (2004), str. 43, Bassiouni, *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (1999), str. 467, Green, *SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW* (1976), str. 79, sodba leipziškega sodišča *Dover Castle* v zbirki *Judicial decisions: German war trials*, str. 707.

³³ Člen 47 StGB iz leta 1867. V tem primeru je storilec s podmornice streljal na ladjo, ki je prevajala bolnike, ranjence in druge civiliste, pri tem pa se je skliceval na ukaz poveljstva mornarice, ki je določalo napad na vse ladje, saj naj bi se oboroženi pripadniki nasprotni strani pogosto skrivali med civilisti. Sodišče je odločilo, da je obdolženec ravnal na podlagi ukaza in da se ni zavedal protipravnosti ukaza, in ga zato oprostilo.

³⁴ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 166.

³⁵ Sodbi nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 469, *High command*, citirano po Fuhrman, *DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT* (1963), str. 89.

³⁶ Ambrož, *KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE* (2007), str. 138.

potem o protipravnosti ni prepričan in se še vedno lahko sklicuje na ukaz nadrejenega.³⁷

1.4.2. Objektivno merilo

Tudi v omenjenih primerih subjektivno merilo ni vedno zadoščalo, zato ga je sodišče dopolnilo še z objektivnim.

Leipziško sodišče je tako v zadevi *Llandoverly Castle* storilca obsodilo, čeprav se je ta tako kot v zadevi *Dover Castle* skliceval, da se ni zavedal protipravnosti ukaza. Odločilo je namreč, da »gre za ukaz, katerega protipravnost je znana vsakomur, tudi storilcu. Ni nikakršnega dvoma, da je vsebina ukaza v nasprotju s pravom, saj naj bi šlo za kaznivo dejanje zoper pravo narodov.«³⁸ Sodišče je uporabilo objektivno merilo očitne protipravnosti (*manifestly illegal order*).³⁹

S tem merilom so se ukvarjala tudi sodišča na podlagi Zakona št. 10. Iz njihove sodne prakse pa je razvidno, da so vpletla še dodatno merilo: neopravičljivo zmoto o protipravnosti. V nekaterih primerih so sodišča ugotovila, da se storilec ne more sklicevati na zmoto o protipravnosti, če je ukaz očitno protipraven⁴⁰ ali če bi se moral zavedati protipravnosti ukaza.⁴¹ Na ukaz nadrejenega se storilec

³⁷ Cassese, Gaeta, Jones, THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2002), str. 970, Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 17.

³⁸ Scaliotti, Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1, v: International Criminal Law Review (2001) 1, str. 133, Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 86, Kudo, COMMAND RESPONSIBILITY AND THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDER (2007), str. 35, Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 15, Green, SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW (1976), str. 272, Fuhrman, DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT (1963), str. 38, Maogoto, The superior orders defense: a game of musical chairs and the jury is still out, v: Flinders Journal of Legal Reform (2007) 1, str. 7, sodba leipziškega sodišča *Llandoverly Castle* v zbirki Judicial decisions: German war trials, str. 722. V tem primeru je tudi šlo za potop civilne ladje z bolniki ter ranjenci na krovu, potem pa je prišel še ukaz, naj vojaki streljajo na preživele, da bodo s tem uničili sledove potopa. Prav za ta ukaz je sodišče ugotovilo, da je njegova protipravnost znana vsakomur. Omeniti velja, da je merilo, da je protipravnost znana vsakomur, znanstveno neuresničljivo, saj nobeno dejstvo ni znano popolnoma vsem posameznikom v relevantni skupini posameznikov.

³⁹ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 17, Maogoto, The superior orders defense: A game of musical chairs and the jury is still out, v: Flinders Journal of Legal Reform (2007) 1, str. 7.

⁴⁰ Sodbi nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467, in *Peleus*, citirano po Green, SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW (1976), str. 84, slednja tudi v zbirki Law Reports, str. 12.

⁴¹ Jescheck, DIE VERANTWORTLICHKEIT DER STAATSORGANE NACH VÖLKERSTRAFRECHT, EINE STUDIE ZU DEN NÜRNBERGER PROZESSEN (1952), str. 384, sodbi nürnberškega sodišča *Krupp*, citirano po Jescheck, str. 384, in *Flick*, citirano po Jescheck, str. 384.

lahko sklicuje, če dokaže, da je bil v opravičljivi zmoti o protipravnosti ukaza.⁴² Iz tega sledi, da je zmeta o protipravnosti neopravičljiva, če gre za očitno protipraven ukaz in če bi se storilec moral zavedati protipravnosti ukaza. Taka mešana uporaba meril se mi ne zdi primerna, ker je sodišče s tem izenačilo objektivno merilo očitne protipravnosti in subjektivni očitek, da bi se storilec moral zavedati protipravnosti.

Glavni očitek merilu očitne protipravnosti je, da ni mogoče natančno opredeliti, kaj je očitno protipravno in mora to odločiti sodišče v konkretnem primeru.⁴³ Očitna protipravnost je objektivno merilo, ki ni odvisno od vrednot in predstav storilca, ampak od vrednot in predstav določene družbe. Gre za protipravnost, ki bi se je zavedala vsaka oseba z normalnim razumevanjem.⁴⁴ V to presojo je seveda mogoče vnesti več ali manj subjektivnih elementov.⁴⁵ Zdi se primerneje, da se to objektivno merilo vsaj deloma subjektivizira tako, da se upošteva, kaj bi povprečni vojak štel za protipravno, saj se s tem približamo subjektivnim merilom zmote o protipravnosti.

Očitek, da bi se storilec moral zavedati protipravnosti, pa je po drugi strani osebni očitek storilcu.⁴⁶ Zato je po mojem mnenju neprimerno in nemogoče izenačiti ti dve merili. Glede na to, kako so sodišča do zdaj razlagala pojem očit-

⁴² Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 185, Jescheck, *DIE VERANTWORTLICHKEIT DER STAATSORGANE NACH VÖLKERSTRAFRECHT, EINE STUDIE ZU DEN NÜRNBERGER PROZESSEN* (1952), str. 38, Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 99.

⁴³ Korte, *DAS HANDELN AUF BEFEHL ALS STRAF AUSSCHLIESSUNGSGRUND, DIE WIRKUNG DES BEFEHLS IM DEUTSCHEN RECHT UND IM RÖMISCHEN STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF* (2004), str. 67, Martines, *The defenses of reprisals, superior orders and duress in the Priebke case before the Italian Military Tribunal*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (1998), str. 356, Erman, *Compliance with superior orders under domestic law and under the law of war*, v: *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre* (1971), str. 403.

⁴⁴ Ambos, *General principles of criminal law in the Rome statute*, v: *Criminal Law Forum* (1999) 1, str. 31, Sancin, Švarc, Ambrož, *MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV* (2009), str. 426, Martines, *The defenses of reprisals, superior orders and duress in the Priebke case before the Italian Military Tribunal*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (1998), str. 357, Sack, *Punishment of war criminals and the defence of superior order*, v: *The Law Quarterly Review* (1944) 1, str. 64, Brownlee, *Superior orders – time for a new realism?*, v: *Criminal Law Review* (1989) 6, str. 410.

⁴⁵ Green, *SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW* (1976), str. 103, 364, Yates, *MEMORANDUM FOR THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, IMPUTING THE INTENT OF A SUPERIOR TO A SUBORDINATE TO A CHARGE OF GENOCIDE* (2000), str. 13, Slidregt, *DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (2003), str. 29.

⁴⁶ Pri tem je seveda pomembno, na čem utemeljimo ta očitek. Glej poglavje o primerjalnopravnem pregledu ureditve kaznivega dejanja na ukaz.

ne protipravnosti, menim, da ta zajema manjši krog kaznivih dejanj kot očitek, da bi se storilec moral zavedati protipravnosti. Po drugi strani pa je določeno kaznivo dejanje lahko očitno protipravno na podlagi merila povprečnega vojaka, vendar storilcu glede na njegove osebne lastnosti in zmožnosti ni mogoče očitati, da bi se protipravnosti moral zavedati. Merili se torej ne prekrivata in ju ni mogoče uporabljati kot sinonima. Če govorimo o zmoti o protipravnosti ukaza, imamo opravka z (ne)opravičljivostjo, če ne uporabljamo zmote, pa lahko uporabimo merilo očitne protipravnosti. Pri zmoti je merilo očitne protipravnosti lahko le dopolnilne narave pri presoji (ne)opravičljivosti zmote, vendar pojma nista istovetna.

Sodišča so v svoji praksi opredelila, katere ukaze so štela za očitno protipravne. Leipziško sodišče je tako v zadevi *Llandovery Castle* odločilo, da je tak ukaz streljati na neoborožene preživele brodolomce, da bi prikril predhodni napad na ladjo.⁴⁷ Uporabilo je objektivno merilo vsebine očitne protipravnosti, saj je opredelilo, da je bila protipravnost ukaza znana vsakomur.

V postopkih po drugi svetovni vojni so sodišča očitno protipraven ukaz obrazložila tako, da bi normalno inteligen ten poveljnik spoznal, da gre za protipraven ukaz, in s tem razumel njegovo kriminalno naravo; gre za ukaze v nasprotju s pravili oboroženih spopadov in standardi humanosti.⁴⁸ Očitno je, da je merilo delno subjektivizirano, saj je sodišče ugotavljalo, kako bi protipravnost ugotavljal povprečni poveljnik. Pri tem je jasno ugotovilo, da ne gre za očitno protipraven ukaz, kadar gre za sporno in podrobno vprašanje.⁴⁹

MKSJ je opredelilo kot očitno protipraven ukaz kršitev temeljnih pravil oboroženih spopadov.⁵⁰ To merilo je še bolj objektivno naravnano, saj je vsak ukaz za kršitev temeljnih pravil oboroženih spopadov že apriorno očitno protipraven in pri teh ukazih nasprotno dokazovanje ni mogoče. Tako merilo je do storilca

⁴⁷ Sodba leipziškega sodišča *Llandovery Castle* v zbirki *Judicial decisions: German war trials*, str. 722.

⁴⁸ Sodbi nürnberškega sodišča *High command*, str. 512, in *Peleus*, citirano po Green, *SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW* (1976), str. 84, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2004), str. 154.

⁴⁹ Sliedregt, *DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (2003), str. 30, Scaliotti, *Defenses before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility*, part 1, v: *International Criminal Law Review* (2001) 1, str. 7, *High command* v zbirki *Law Reports*, str. 73, sodba nürnberškega sodišča *High command*, str. 511, *Peleus* v zbirki *Law Reports*, str. 12, *Digest of law* v zbirki *Law Reports*, str. 183, Ambos, *DER ALLGEMEINE TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS* (2004), str. 116.

⁵⁰ Schaak, Slye, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & ITS ENFORCEMENT: CASES AND MATERIALS* (2007), str. 848, sodbi sodnega senata MKSJ *Bralo*, par. 55, in *Mrđa*, par. 65, 67. Tukaj gre zlasti za kršitev Ženevskih konvencij in dodatnih protokolov k Ženevskim konvencijam.

najstrožje, saj pri nekaterih kaznivih dejanjih sploh ne dopušča presoje očitne protipravnosti ali tega, ali bi se storilec moral protipravnosti zavedati.

1.4.3. Možnost moralne odločitve

Možnost moralne odločitve (*moral choice theory*) se je prvič pojavila v glavni nürnberški sodbi. Menim, da je med različnimi razlagami pravilna tista, po kateri ukaz nadrejenega nima učinka na kazensko odgovornost podrejenega, možnost moralne odločitve pa je pomembna za presojo instituta sile in grožnje.⁵¹

Test so prevzela sodišča, ki so sodila na podlagi Zakona št. 10.⁵² Te sodbe so problematične, saj nekatere ta test obravnavajo kot test za obstoj ukaza nadrejenega, ki niti v skladu z Zakonom št. 10 ne sme imeti nobenega vpliva na obstoj kazenske odgovornosti, druge pa pravilno kot samostojni test pri presoji, ali obstaja institut sile in grožnje.⁵³

Ker je tokijsko sodišče prevzelo določbe materialnega kazenskega prava iz Nürnberškega statuta in sodbe, se je tudi pri tem vprašanju oprlo na merilo mož-

⁵¹ Dinstein, Tabory, *WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW* (1996), str. 9, Daniel, *The defense of superior orders*, v: *University of Richmond Law Review* (1972/1973) 3, str. 491, Bakker, *The defense of obedience to superior orders: The mens rea requirement*, v: *American Journal of Criminal Law* (1989) 1, str. 72, Wilner, *Superior orders as a defense to violations of international criminal law*, v: *Maryland Law Review* (1966), str. 139, Bowers, *A concession to humanity in the killing of innocents - validating the defenses of duress and superior orders in international law*, v: *Windsor Review of Legal and Social Studies* (2003) 1, str. 42, Solis, *Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums*, v: *American University International Law Review* (1999/2000), str. 517. Kljub možnosti, da bi šlo lahko že za izključitev voljnosti ravnanja, menim, da ta razlaga ni pravilna. Gre za vprašanje možnosti moralne odločitve, in ne fizične odločitve, kar je bistvo voljnosti ravnanja. Poleg tega institut ukaza nadrejenega že po naravi stvari ne more vplivati na voljnost ravnanja.

⁵² Načela GS OZN 12. 12. 1950, resolucija 488, št. 4, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2004), str. 385, Linton, Reiger, *The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (2001), str. 174, Kudo, *Command responsibility and the defense of superior order* (2007), str. 68, Glavna sodba nürnberškega sodišča, poglavje o pravu statuta, Fuhrman, *DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT* (1963), str. 106, Korte, *DAS HANDELN AUF BEFEHL ALS STRAF AUSSCHLIESSUNGSGRUND, DIE WIRKUNG DES BEFEHLS IM DEUTSCHEN RECHT UND IM RÖMISCHEN STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF* (2004), str. 54, Woetzel, *THE NUREMBERG TRIALS IN INTERNATIONAL LAW* (1960), str. 119, Kemper, *DER WEG NACH ROM, DIE ENTWICKLUNG VÖLKERRECHTLICHER STRAFGERICHTSBARKEIT UND DIE ERRICHTUNG DES STÄNDIGEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOFS* (2004), str. 134, Daniel, *The defense of superior orders*, v: *University of Richmond Law Review* (1972/1973) 3, str. 491.

⁵³ Bassiouni, Manikas, *THE LAW OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA* (1996), str. 396, Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 152.

nosti moralne odločitve. Sodna praksa tega sodišča je glede tega vprašanja precej redka, na ta institut se je skliceval samo eden od obdolžencev, sodišče pa še takrat ni obrazložilo odločitve, ampak se je le sklicevalo na nürnberško sodbo.⁵⁴

Posledice odločitve nürnberškega sodišča segajo še dlje. Merilo možnosti moralne odločitve je bilo potrjeno v Nürnberških načelih, ki jih je sprejela Generalna skupščina OZN,⁵⁵ uvrščeno pa je bilo tudi v Osnutek zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva leta 1951, v skladu s katerim ukaz nadrejenega pomeni obrambo, če storilec ni imel možnosti moralne odločitve. Ta opredelitev se je leta 1954 spremenila v naslednjo določbo: ukaz nadrejenega je obramba, če zaradi okoliščin ni bilo mogoče, da se storilec ne bi podredil ukazu. Ta določba je ostala nespremenjena do leta 1991, nato pa se je v osnutku zakonika spet uveljavila teorija absolutne odgovornosti. Opredelitev iz leta 1954 je v mednarodnem kazenskem pravu unikatna, uveljavila pa naj bi se zaradi nasprotovanja merilu možnosti moralne odločitve,⁵⁶ čeprav je pravzaprav isti institut: sila in grožnja.⁵⁷

Subjektivno in objektivno merilo se nanašata na zmoto o protipravnosti in s tem na en vidik pojava instituta ukaza nadrejenega, pri merilu moralne odločitve pa gre za drug pomemben vidik tega instituta: prisilo (in s tem relevantnost sile in grožnje). Toda če se osredotočimo samo na enega od teh vidikov, je vsaka rešitev nujno nepopolna, ker ne zajame vseh dejanskih stanov ukaza nadrejenega. Sporen se mi zdi predvsem način, kako je to merilo prešlo v prakso in zakonodajo mednarodnega kazenskega prava, namreč zaradi napačne razlage glavne nürnberške sodbe.

1.5. Teorija subjektivnega elementa (*mens rea*)⁵⁸

Teorijo subjektivnega elementa je utemeljil Dinstein. Njegov glavni argument je, da je treba najti in utemeljiti razlog neodgovornosti podrejenega. Posamični

⁵⁴ Glavna sodba tokijskega sodišča, str. 1153. Šlo je za vprašanje kulture, saj je bil japonski vrhovni poveljnik japonski cesar, kar bi pomenilo, da bi podrejeni s sklicevanjem na ukaz nadrejenega obremenil cesarja, ki so ga šteli za božanstvo na zemlji.

⁵⁵ Resolucija GS OZN št. 4 z dne 12. decembra 1950.

⁵⁶ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 249.

⁵⁷ Fuhrman, *DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT* (1963), str. 111, Wilner, *Superior orders as a defense to violations of international criminal law*, v: *Maryland Law Review* (1966), str. 140.

⁵⁸ Scaliotti, *Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility*, part 1, v: *International Criminal Law Review* (2001) 1, str. 142, Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 72, 80, Sancin, Švarc,

razlogi (zmota o protipravnosti ter sila in grožnja) vedno prinašajo le nepopolne in nepravilne rezultate. Če je namreč ukaz nadrejenega vedno *a priori* razlog za upravičenje ravnanja ali opravičenje storilca, potem tega ni mogoče utemeljiti le na zmoti o protipravnosti. To bi namreč pomenilo, da bi opravičili samo storilca, ki je v zmoti o protipravnosti, teorija odgovornosti nadrejenega pa zahteva upravičenje ali opravičenje v vsakem primeru, ko je podan ukaz nadrejenega. Enako velja za institut sile in grožnje. Če je ta institut pogoj za uporabo instituta ukaza nadrejenega, spet pride do nepopolne rešitve. Teorija odgovornosti nadrejenega zahteva oprostitev v vsakem primeru, institut sile in grožnje pa le, če so izpolnjeni pogoji zanjo.⁵⁹

Zato se ta avtor zavzema, da institut ukaza nadrejenega ne bi bil samostojni razlog upravičenosti ali opravičenosti *a priori*,⁶⁰ ampak le dejanska podlaga za uporabo drugih institutov iz splošnega dela materialnega kazenskega prava. Sam pa predlaga predvsem institut sile in grožnje, zmote o protipravnosti in biti inkriminacije.⁶¹ Ukaz je torej le ena od dejanskih okoliščin, ki morajo izpolniti pogoje za obstoj sile in grožnje ter zmot.

Tem institutom je po anglo-ameriški teoriji skupno, da izključujejo *mens rea*, to je subjektivni element, ki mu v kontinentalni teoriji lahko najdemo vzporednico v krivdi, zato Dinstein govori o teoriji *mens rea* (teorija subjektivnega elementa).⁶² To poimenovanje bi bilo skladno tudi s kontinentalno teorijo, saj

Ambrož, MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV (2009), str. 433, Keijzer, MILITARY OBEEDIENCE (1978), str. 148, Dinstein, Tabory, WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (1996), str. 14, 259, Rogers, LAW ON THE BATTLEFIELD (2004), str. 191, Bassiouni, CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (1999), str. 456, Werle, VÖLKERSTRAFRECHT (2003), str. 139, Solis, Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums, v: American University International Law Review (1999/2000), str. 521.

⁵⁹ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 73.

⁶⁰ Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 72, Dinstein, THE DEFENSE OF OBEEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 81, 82, Dinstein, Tabory, WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (1996), str. 259.

⁶¹ Dinstein, THE DEFENSE OF OBEEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 83. Termina dejanska in pravna zmota uporabljam zato, ker temelji na anglo-ameriškem pravnem sistemu, za ta sistem pa je značilno razlikovanje med dejansko in pravno zmoto. Tako razlikovanje je do nedavnega uporabljala tudi naša teorija, zdaj pa govorimo o zmoti o biti inkriminacije, zmoti o razlogih, ki izključujejo protipravnost, in o zmoti o protipravnosti. Scaliotti, Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1, v: International Criminal Law Review (2001) 1, str. 12, Ambos, General principles of criminal law in the Rome statute, v: CRIMINAL LAW FORUM (1999) 1, str. 29, Ambos, INTERNATIONALES STRAFRECHT (2008), str. 184.

⁶² Dinstein, THE DEFENSE OF OBEEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW (1965), str. 87, Rogers, Law on the battlefield (2004), str. 191.

tudi po tej teoriji relevantne zmete ter sila in grožnja izključujejo krivdo. Nekaj več premisleka je potrebnega le pri institutu sile in grožnje, in sicer v sistemih, v katerih se zanj uporabljajo pravila skrajne sile in v katerih poznajo tudi upravičljivo skrajno silo. Odločilno pa je, da ukaz nadrejenega ni samostojen razlog upravičenosti ali opravičenosti, ampak se zanj uporabijo instituti splošnega dela materialnega kazenskega prava.

Ker ukaz nadrejenega ne pomeni samostojnega razloga upravičenosti ali opravičenosti, se zastavlja vprašanje, ali in v čem se ta teorija razlikuje od teorije absolutne odgovornosti. Po teoriji absolutne odgovornosti dejstva, da je storilec ravnal na ukaz, sodišče ne sme upoštevati niti pri ugotavljanju, ali so izpolnjeni pogoji za obstoj drugih institutov splošnega dela. Če obramba lahko dokaže obstoj drugega instituta, ne da bi se pri tem sklicevala na dejstvo ukaza, je to dopustno, ni pa dopustno, da bi se pri tem sklicevala na ukaz. Bistvo teorije subjektivnega elementa pa je ravno v tem, da ukaz pomeni dejansko podlago za druge institute.⁶³

Že nürnberško sodišče je (nevede) uporabljalo to teorijo. Mnogi storilci so namreč v obrambi navajali, da so bili zaradi ukaza nadrejenega v zmoti o protipravnosti in da zaradi tega ni podana njihova krivda.⁶⁴ Sodišče ni sledilo njihovim zagovorom, ampak je po teoriji odgovornosti nadrejenega v nekaterih primerih dopustilo sklicevanje na ukaz nadrejenega, če so bili izpolnjeni pogoji za silo in grožnjo ali za zmoto o protipravnosti.⁶⁵ Pristop je bil torej popolnoma nasproten. V skladu s to sodbo je namreč obstoj sile in grožnje ali zmete o protipravnosti podlaga za ukaz nadrejenega, in ne obrnjeno, kakor zahteva teorija subjektivnega elementa.

Na teoriji *mens rea* je dejansko temeljil Tokijski statut, toda sodišče je šlo v svoji praksi po vzoru nürnberškega sodišča v drugo smer.

Tudi MKSJ se je v svoji sodni praksi moralo zateči k drugim institutom, saj njegov statut ne upošteva vpliva ukaza nadrejenega na protipravnost ravnanja ali krivdo storilca. To je naredilo v skladu s teorijo subjektivnega elementa.⁶⁶ V

⁶³ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 75.

⁶⁴ Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 96, 98, sodba nürnberškega sodišča Pohl, citirano po Nill-Theobald, »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS (1998), str. 97, glej tudi Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 166.

⁶⁵ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 181.

⁶⁶ Inco, *Defense of superior orders before military commissions*, v: *Duke Journal of Comparative and International Law* (2003) 2, str. 410, Bassiouni, Doria, Gasser, *THE LEGAL REGIME OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: ESSAYS IN THE HONOUR OF PROF IGOR BLISHCHENKO* (2009), str. 781,

zadevi *Erdemović* je prvostopenjski senat celo odločil, da sta instituta ukaza nadrejenega ter sile in grožnje neločljivo povezana. Ukaz nadrejenega je tako eno od dejstev za ugotavljanje instituta sile in grožnje.⁶⁷ To seveda ne drži. Ukaz je lahko eno od dejstev za ugotavljanje obstoja instituta sile in grožnje, ta povezuje med institutom pa ni nujna. Obstajajo tudi konkretni dejanski stanovi, ko grožnja ne izvira iz ukaza nadrejenega. Tako stališče je pozneje zavzel pritožbeni senat,⁶⁸ vseeno pa je v tem konkretnem primeru ukaz nadrejenega presojal kot dejansko podlago za uporabo instituta sile in grožnje⁶⁹ in s tem uporabil teorijo subjektivnega elementa.

Na podlagi teorije absolutne odgovornosti se storilec lahko sklicuje samo na druge institute splošnega dela mednarodnega kazenskega prava, ne pa na ukaz nadrejenega, ki ne pomeni samostojnega razloga upravičenosti ali opravičenosti. Paziti mora, da pri sklicevanju na te institute ne uporabi ukaza nadrejenega za dejansko podlago tem institutom.

V skladu s teorijo odgovornosti nadrejenega se lahko sklicuje na druge institute materialnega kazenskega prava, lahko pa tudi na institut ukaza nadrejenega, ki je samostojni razlog upravičenosti ali opravičenosti. Ukaz nadrejenega kot samostojni razlog je treba na nečem utemeljiti. Sodišča in avtorji so ga utemeljevali predvsem z merili zmote o protipravnosti, zmote o biti inkriminacije ali o razlogih, ki izključujejo krivdo, ali pa z merili sile in grožnje. V tem delu se

Report of the Secretary general pursuant to the paragraph 2 of Security Council resolution 808, 1993, par. 57.

⁶⁷ Bowers, Duress, NECESSITY AND THE TAKING OF INNOCENT LIFE: SPECIAL CHALLENGES FACING ENGLISH, CANADIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 151, Cassese, Gaeta, Jones, THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2002), str. 992, sodba sodnega senata MKSJ Erdemović, par. 19, Bowers, A concession to humanity in the killing of innocents - validating the defenses of duress and superior orders in international law, v: Windsor Review of Legal and Social Studies (2003) 1, str. 46.

⁶⁸ Bowers, Duress, NECESSITY AND THE TAKING OF INNOCENT LIFE: SPECIAL CHALLENGES FACING ENGLISH, CANADIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 152, Cassese, Gaeta, Jones, THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2002), str. 992, Rowe, Duress as a defense to war crimes after Erdemović: a laboratory for a permanent court?, v: Yearbook of International Humanitarian Law (1998), str. 216, sodba pritožbenega senata MKSJ Erdemović, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14, ter sodnikov McDonalda in Vohrana, par. 34, Ambos, Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit - historische Hintergründe und erste Urteile, v: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse (1998), str. 396, sodba sodnega senata MKSJ Mrđa, par. 65, sodba sodnega senata MKSJ Bralo, par. 53, ter pritožnega senata v istem primeru, par. 22.

⁶⁹ Sliedregt, DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2003), str. 40, Schabas, GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW; THE CRIME OF CRIMES (2009), str. 387, sodba pritožbenega senata MKSJ Erdemović, ločeno mnenje sodnika Casseseja, Linton, Reiger, The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders, v: Yearbook of International Humanitarian Law (2001), str. 177.

institut ukaza nadrejenega prekriva z drugimi instituti, vsak način predstavitve tega instituta pa je nujno nepopoln, na kar kaže sredinski del, ki se ne pokriva z nobenim drugim institutom.

V skladu s teorijo subjektivnega elementa je ukaz nadrejenega dejanska podlaga za druge institute, in ne samostojen razlog opravičenosti ali upravičenosti.

Čeprav so mnogi statuti mednarodnih sodišč zapovedovali teorijo absolutne odgovornosti, pa so se sodišča v praksi znašla in na različne načine vsaj vojakom nižjega ranga v vojaški hierarhiji skušala omiliti prepoved iz statuta, bodisi v smeri teorije odgovornosti nadrejenega (na podlagi sklicevanja na zmoto o protipravnosti ali na silo in grožnjo) ali pa v smeri teorije subjektivnega elementa, pri čemer so prav nasprotno ukaz nadrejenega upoštevali pri ugotavljanju, ali so izpolnjeni pogoji za druge institute.

2. Predlagana ureditev

2.1. Uvod

Najprimernejše izhodišče za obravnavanje kaznivega dejanja, izvršenega na ukaz nadrejenega, se mi zdi Dinsteinova teorija subjektivnega elementa (teorija *mens rea*). Ukaz nadrejenega ne pomeni samostojnega razloga upravičenosti ali opravičenosti, ampak le dejansko podlago za ugotavljanje obstoja drugih institutov. Kljub temu pa je ta teorija zgolj izhodišče, saj jo je treba nadgraditi.

Ta teorija namreč trdi, da se ukaz nadrejenega uporablja kot dejanska podlaga za ugotavljanje (zlasti) razlogov opravičenosti: zmote o protipravnosti, o biti inkriminacije, o razlogih upravičenosti in opravičenosti ter sile in grožnje.⁷⁰ Tega pa ni mogoče uskladiti s kontinentalno pravno teorijo. V poštev prideta po mojem mnenju še upravičljiva in opravičljiva skrajna sila, zaradi upravičljive skrajne sile, ki izključuje protipravnost, pa tudi poimenovanje teorija *mens rea* ni več pravilno. Boljše poimenovanje bi bilo teorija ukaza nadrejenega kot dejanska podlaga drugim institutom.

2.2. Relevantni instituti

Relevantni instituti so torej vsaj upravičljiva in opravičljiva skrajna sila, zmota o biti inkriminacije, zmota o razlogih, ki izključujejo protipravnost, ter o

⁷⁰ Tu namenoma uporabljam starejšo slovensko terminologijo, ker je usklajena z anglo-ameriško terminologijo, na kateri temelji tudi Dinsteinova teorija.

razlogih, ki izključujejo krivdo, ter zmeta o protipravnosti. Našteti instituti naj bi večinoma pokrili konkretne dejanske stanove, ko je ukaz nadrejenega lahko dejanska podlaga za drug institut splošnega dela kazenskega prava. Ker gre za uporabo drugih institutov, je treba seveda upoštevati tudi pogoje in pravila teh institutov.

Konkretni dejanski stan izvršitve kaznivega dejanja na ukaz nadrejenega ima lahko dve bistveni lastnosti: zмотo pri podrejenem in/ali prisilo s strani nadrejenega. Upravičljiva in opravičljiva skrajna sila pokrijeta dejstva prisile. Če naj se uporabi institut skrajne sile, pa je treba opredeliti škodo, ki storilcu (podrejenemu) grozi, če ukaza ne bo izvršil. Osnovna škoda, ki grozi podrejenemu, ki ne izpolni ukaza nadrejenega, je kazen, ki je po (vojaški) kazenski zakonodaji predpisana za neizpolnitev ukaza,⁷¹ če pa ne gre zgolj za ukaz, ampak še za dodatno grožnjo, je treba pri tej presoji upoštevati še spremljajočo grozečo škodo. Tak pristop je pri obravnavi nemških industrialcev ubralo že nürnberško sodišče, ki se je pri kombinaciji skrajne sile in ukaza nadrejenega usmerilo na presojo skrajne sile.

Zmota o protipravnosti se že zdaj skriva v mnogih ureditvah ukaza nadrejenega, le da je sedanja rešitev le delna rešitev problema (ker pokriva le zmoto, in še to le delno, ne pa tudi prisile), poleg tega pa se večina ureditev (tudi tista iz Rimskega statuta) opira na objektivno merilo očitne protipravnosti, in ne na presojo (ne)opravičljivosti zmote. Zmota o protipravnosti ukaza nadrejenega pri nadrejenem povzroči zmoto o protipravnosti lastnega ravnanja (neposredno ali posredno), zato je mogoče presojati ukaz kot dejstvo, na katero se storilec lahko sklicuje pri zmoti o protipravnosti njegovega ravnanja. Za take dejanske stanove je zato treba uporabiti splošna pravila za zmoto o protipravnosti.⁷²

Ker je dosedanja mednarodna kazenska ureditev (kot smo videli pri Rimskem statutu) za storilca ugodnejša kot splošna pravila za zmoto o protipravnosti, se bo v tem smislu storilcev položaj poslabšal. Tukaj mislim predvsem to, da je bil do zdaj storilec upravičen do sklicevanja na ukaz nadrejenega, tudi če je bil v dvomu o protipravnosti ukaza, po splošnih pravilih o zmoti o protipravnosti pa to ne velja. Dvom ni zмотa, in če je bil storilec v dvomu, potem ni bil v zmoti in bo kriv, saj je imel spodbudo, moral bi preveriti pravilnost svojega ravnanja. Po-

⁷¹ Pri tem velja opozoriti, da na primer v Nemčiji, Avstriji in na Hrvaškem za kaznivo dejanje neposlušnosti ne zadošča gola neizpolnitev ukaza, ampak jo morajo spremljati druge okoliščine, zato so pomembne tudi disciplinske posledice. Glej člen 352 hrvaškega KZ, člen 19 nemškega Zakona o vojaškem kazenskem pravu, člen 12 avstrijskega Vojaškega kazenskega zakona. V Veliki Britaniji zadošča neizpolnitev zakonitega ukaza (člen 12 Zakona o oboroženih silah), v Združenih državah prav tako (člen 90 Priročnika za vojaška sodišča).

⁷² Ambrož, KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE (2007), str. 149, Bavcon, Šelih, Korošec, Filipič, Ambrož, KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL (2009), str. 301.

leg tega objektivno merilo očitne protipravnosti zajema manjše število kaznivih dejanj kot neopravičljiva zмота o protipravnosti, zato bo s tega stališča uporaba splošnih pravil za storilca spet bolj neugodna.

Res pa je, da je merilo očitne protipravnosti, ki ga lahko postavimo vzporedno k izogibni zmoti o protipravnosti, objektivno in zato sporno s stališča načela krivdne (subjektivne) odgovornosti. S tega stališča je presoja izogibnosti zмотe o protipravnosti primernejša.

Relevantna pa je tudi zмота o biti inkriminacije.⁷³ Tudi v tem primeru ukaz nadrejenega pri podrejenem povzroči zмотo o biti inkriminacije. Na primer nadrejeni da ukaz, naj podrejeni izvede napad na določeno stavbo, rekoč, da gre za vojaški cilj, v resnici pa gre za civilno zgradbo. V tem primeru je ukaz nadrejenega pri podrejenem povzročil zмотo o zakonskem znaku vojnega hudodelstva (na primer člen 8/IIb/ix Rimskega statuta), kar je relevantno tudi po členu 32 Rimskega statuta, če izključi naklep. Taka zмота pa izključi naklep, saj mora naklep po členu 30 statuta vsebovati zavest o prepovedani posledici ter voljo do ravnanja ter prepovedane posledice.⁷⁴ Zato je taka zмота relevantna tudi v Rimskem statutu.

Relevantni sta tudi zмотi o okoliščinah, ki bi, če bi bile podane, izključevale protipravnost. Ukaz lahko pomeni dejansko podlago za presojo teh zmot. Tako lahko povzroči nadrejeni s svojim ukazom pri podrejenem zмотo, ko mu na primer ukaže, naj žrtev zapre, češ da je prišlo do sojenja v skladu z ženevskimi konvencijami⁷⁵ in da je na podlagi tega sojenja bila izdana zakonita sodba, v kateri je bila določena kazen zapora. Če bi bilo to res, bi zakonita sodba pomenila razlog upravičenosti. Ker pa je storilec zgolj v zmoti, gre za zмотo o okoliščinah, ki bi, če bi bile podane, izključevale protipravnost.

Tudi zмота o okoliščinah, ki izključujejo krivdo, bi bila lahko relevantna. Ukaz lahko pri storilcu na primer povzroči zмотo, da mu nadrejeni grozi ali nad njim izvaja silo. Če bi bila sila in grožnja dejansko podana, bi bila krivda izključena, ker pa ni podana, gre za zмотo o okoliščinah, ki izključujejo krivdo.

Ti dve zmoti nista urejeni v Rimskem statutu, zato bi bilo treba v tem delu statut ustrezno dopolniti ali pa vsaj upoštevati mednarodno običajno pravo.

⁷³ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 83, Bakker, *The defense of obedience to superior orders: the mens rea requirement*, v: *American Journal of Criminal Law* (1989) 1, str. 68, Solis, *Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums*, v: *American University International Law Review* (1999/2000), str. 571.

⁷⁴ Člen 30 Rimskega statuta, Satzger, *Das neue Völkerstrafgesetzbuch – eine kritische Würdigung*, v: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2002) 3, str. 257, 259.

⁷⁵ Člen 96 Tretje ženevske konvencije.

Ker bi ukaz po tej teoriji pomenil le dejstvo za druge institute, ki so urejeni v splošnem delu statutih mednarodnih kazenskih sodišč (zlasti Rimskega statuta) in nacionalnih kazenskih zakonodaj, posebna določba o ukazu nadrejenega sploh ne bi bila potrebna. Da bi preprečili uporabo teorije absolutne odgovornosti, menim, da bi bilo primerno v splošnem delu napisati vsaj interpretacijsko oziroma napotitveno določbo, kakršna je na primer trenutno za silo in grožnjo v hrvaškem KZ. Primer take določbe bi bil:

»Dejstvo, da je podrejeni izvršil kaznivo dejanje na ukaz nadrejenega ali vlade, se upošteva pri presoji obstoja drugih institutov splošnega dela, zlasti pri presoji upravičljive in opravičljive skrajne sile, zmote o protipravnosti, zmote o biti inkriminacije, zmote o razlogih, ki izključujejo protipravnost oziroma krivdo.«

3. Sklep

Vojak se v oboroženem spopadu pogosto znajde v precepu, ko ga zavezujeta dve dolžnosti. Dolžan je izpolniti ukaz, ki lahko pomeni izvršitev zakonskih znakov kaznivega dejanja, po drugi strani pa ga zavezuje tudi splošna dolžnost ne izvrševati kaznivih dejanj. Mednarodno (kazensko) pravo je razvilo različne teorije, ki odgovarjajo predvsem na vprašanje, ali in zakaj naj podrejena vojaška oseba odgovarja oziroma ne odgovarja za kaznivo dejanje, izvršeno na ukaz nadrejene osebe, nimajo pa odgovora na (za kazensko pravo pomembnejše) vprašanje, zakaj storilec ne odgovarja – zaradi odsotnosti protipravnosti ali le krivde.

Sama predlagam nadgradnjo Dinsteinove teorije subjektivnega elementa. Ukaz nadrejenega ne pomeni samostojnega razloga upravičenosti ali opravičenosti, ampak le dejansko podlago za ugotavljanje obstoja drugih institutov. Ta teorija pa je le izhodišče in jo je treba nadgraditi.

Trdi namreč, da se ukaz nadrejenega uporablja kot dejanska podlaga za ugotavljanje (zlasti) razlogov opravičenosti: zmote o protipravnosti, o biti inkriminacije, o razlogih upravičenosti in opravičenosti ter sile in grožnje. Tega pa ni mogoče uskladiti s kontinentalno pravno teorijo. V poštev prideta po mojem mnenju še upravičljiva in opravičljiva skrajna sila, zaradi upravičljive skrajne sile, ki izključuje protipravnost, pa tudi poimenovanje teorija *mens rea* ni več pravilno. Boljše poimenovanje bi bilo teorija ukaza nadrejenega kot dejanska podlaga drugim institutom.

Prvi razlog za uporabo te teorije je, da nobena od drugih teorij ni popolna. Teorija absolutne odgovornosti ni primerna, ker popolnoma zanika možnost sklicevanja na ukaz nadrejenega, čeprav je ukaz le dejanska podlaga za presojo drugih institutov. To postavlja storilce v neenakopraven položaj. Če je storilec v

zmoti o protipravnosti zaradi ukaza nadrejenega, se nanjo ne sme sklicevati, če zaradi drugih dejstev, pa lahko.⁷⁶

Nepriemerna je tudi teorija odgovornosti nadrejenega, ker je ni mogoče celostno utemeljiti na nobenem institutu. Če bi jo utemeljili na zmoti o protipravnosti ali na sili in grožnji, bi vsak institut pomenil samo delno rešitev, saj ne zajame drugih dejanskih stanov. Teh institutov ni mogoče izenačiti, ker bi to pomenilo, da gre pri vsakem ukazu nadrejenega tudi za zmoto o protipravnosti ali za silo in grožnjo, kar pa ne drži.⁷⁷

Teorije omejene odgovornosti so ponavadi podlaga rešitvam, v katerih je ukaz nadrejenega oblika zmote o protipravnosti. Tudi ta rešitev je le delna, saj zajema le dejanske stanove zmote o protipravnosti. Enako je z rešitvami, ko naj se za ukaz nadrejenega uporabi ureditev skrajne sile. V tem primeru rešitev zajema zgolj dejanske stanove prisile, ne pa tudi zmote. Glavnina problema je po mojem mnenju v tem, da so dejanski stanovi precej različni in podobni različnim razlogom upravičenosti ali opravičenosti, zato je treba najti splošno rešitev, in ne le delne. Vsaka rešitev, ki se opira samo na en institut, pa je nujno parcialna in ne ureja celotne problematike.

Še vedno ostaja relevantna zmota o protipravnosti, a na podlagi splošnih pravil. Prek presoje (ne)opravičljivosti zmote se bodo lahko upoštevale različne okoliščine, na katere tudi avtorji in sodna praksa opozarjajo, da jih je treba upoštevati pri oblikovanju rešitve za ta institut. Enako velja za presojo neizogibnosti in nujnosti ravnanja pri skrajni sili. Na podlagi te rešitve je tako pri presoji opravičljivosti zmote o protipravnosti mogoče upoštevati dejstvo, ali je šlo v konkretnem primeru za storilca, ki je bil profesionalni vojak ali nabornik. Zmota o protipravnosti je treba vsekakor strože presojati pri profesionalnem vojaku, ki opravlja poklic na posebej reguliranem področju. To bi v večini primerov moralo zadoščati, da se pri njem vzbudi dvom o upravičenosti njegovega ravnanja. In nasprotno, pri naborniku je treba zmoto o protipravnosti presojati blaže in upoštevati, da gre za nabornika. Tu je mogoče upoštevati tudi trditev, da mora vojak poznati pravo oboroženih spopadov, morebitne nejasnosti konkretnega pravila, ki je bilo v konkretnem primeru z izpolnitvijo ukaza prekršeno, pa je treba upoštevati pri presoji opravičljivosti zmote. Res je, da je pravo oboroženih spopadov pogosto nejasno in da je teh pravil veliko, poleg tega je tudi dejansko stanje pogosto nejasno, vendar menim, da je treba pri presoji upoštevati dvojje: da vojak opravlja posebej regulirano dejavnost, pravil katere se mora zavedati in

⁷⁶ Na to so se sklicevali tudi nürnberški obtoženci. Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 135.

⁷⁷ Dinstein, *THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW* (1965), str. 81.

jih poznati, nejasnost ureditve tega področja pa je treba upoštevati⁷⁸ pri presoji (ne)opravičljivosti konkretne zmote. Upoštevati je mogoče tudi dejanske okoliščine na bojišču, saj to vpliva na možnost preverjanja (ne)protipravnosti ukaza in na presajo neizogibnosti ravnanja pri skrajni sili.

Uporaba subjektivne presoje opravičljivosti zmote o protipravnosti je z vidika krivdne odgovornosti primernejša kot uporaba objektivnega merila očitne protipravnosti. S tega vidika se pri presoji opravičljivosti te zmote ter izogibnosti ravnanja storilca lahko upoštevajo tudi posebna znanja storilca (podrejenega vojaka), ki jih pri objektivnem presojanju očitne protipravnosti ni mogoče upoštevati.

Pravica presoje ukaza nadrejenega razrešuje dejanske stanove, ko je podrejeni prejel nejasen ukaz, saj ta pravica storilcu daje možnost, da nadrejenega povpraša, ali je ukaz pravilno razumel, s tem pa se lahko pokaže prava vsebina ukaza.

Podrejenemu pogosto niso znani dejansko stanje ali razlogi, zakaj je bil ukaz izrečen. To je mogoče upoštevati pri presoji zmote o biti inkriminacije ali o razlogih, ki izključujejo krivdo oziroma protipravnost, bodisi pri kaznivem dejanju, izvršenem na ukaz, bodisi po drugi strani pri kaznivem dejanju neposlušnosti, če vojak noče izpolniti ukaza.

Prednost te rešitve vidim tudi v tem, da je jasna in odpravlja reševanje morebitnih kolizij med različnimi razlogi upravičenosti in opravičenosti (zlasti med zmoto o protipravnosti oziroma silo in grožnjo na eni strani ter ukazom nadrejenega na drugi strani), saj pride zdaj v poštev le en, splošnejši institut. Pomembno je tudi, da ni treba vnaprej najti nekega formalnega, trdega in neprijetnega kompromisa med poslušnostjo (in vzdrževanjem avtoritete v vojski) ter pravno državo, ampak do tega pride sodišče s svojo odločitvijo v vsakem primeru posebej.

In nazadnje: druge rešitve na koncu vedno privedejo do (prilagojene) uporabe določenih razlogov upravičenosti ali opravičenosti. S to teorijo se ta korak preskoči, pripadniki vojske pa so izenačeni z drugimi morebitnimi storilci kaznivih dejanj. Zavedam se vseh posebnosti vojaške strukture in njenega delovanja, a menim, da si privilegiranega položaja na podlagi teorije odgovornosti nadrejenega ne zasluži. Gre za posebej regulirano področje, njeni pripadniki se teh pravil morajo zavedati in jih upoštevati, seveda pa je v vsakem primeru posebej mogoče upoštevati vse okoliščine. To po mojem mnenju omogoča natančnejšo in zaradi tega pravičnejšo odločitev.

⁷⁸ Sliedregt, *DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (2003), str. 30, sodba nürnberškega sodišča High command v zbirki Law Reports, str. 73, sodba nürnberškega sodišča High command, str. 511, sodba Peleus v zbirki Law Reports, str. 12, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 183, Ambos, *DER ALLGEMEINE TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS* (2004), str. 116.

Glavni očitke tej teoriji je, da se zakonodajalec ne izreče vnaprej, ali je ravnanje podrejenega protipravno ali ne. Toda enako velja tudi na primer pri institutu sile in grožnje v hrvaški in slovenski (še bolj!) zakonodaji, saj zanj veljajo pravila (različnih vrst) skrajne sile ali celo vsi instituti splošnega dela v primeru ureditve KZ-1. Ali je ravnanje protipravno in krivdno, bo sodišče odločilo v vsakem primeru posebej.

Po mojem mnenju je vnaprejšnja opredelitev za določen učinek na obstoj kaznivega dejanja sicer problematična, če pa nanjo skušam odgovoriti kot na načelno vprašanje, potem menim, da bi bilo bolje, če bi pri institutu ukaza nadrejenega »zanemarili« okoliščino zmote, ki ni nujno prisotna pri vseh konkretnih dejanskih stanovih,⁷⁹ in rešitev oblikovali na dejstvu prisile s strani nadrejene osebe, ki je prisotna v vsakem konkretnem dejanskem stanu. Šlo bi torej za vprašanje sile in grožnje, ki pa zaradi načina ureditve tega vprašanja v kontinentalnih pravnih sistemih pripelje do instituta skrajne sile in do vprašanja, katera oblika skrajne sile se upošteva. V nacionalnih sistemih bo na to vprašanje dala odgovor predvsem nacionalna ureditev skrajne sile, na načelni ravni pa menim, da prideta v poštev obe obliki skrajne sile, tako upravičljiva kakor opravičljiva, odvisno od biti inkriminacije, ki jo storilec izvrši, oziroma od škode, ki jo povzroči pri odvratanju nevarnosti. Po mojem mnenju storilca ne sme doleteti enaka posledica (izključitev protipravnosti ali krivde), če na ukaz »le« razstreli civilno zgradbo ali pa usmrti 70 civilistov. Zavedam se negotovosti, ki jo predlagana ureditev pomeni za položaj žrtev in predvsem vojakov, a hkrati menim, da je tudi ureditev, ki vnaprej določi učinek tega instituta, delno nepravilna.

Drugo, po mojem mnenju pomembnejše vprašanje pa je, ali je to teorijo mogoče uporabiti na mednarodnopravni ravni. V nacionalnih sistemih, ki imajo razvite razloge upravičenosti in opravičenosti, to ni problematično. Drugače pa je na mednarodni ravni, kjer je bil splošni del mednarodnega kazenskega prava do nedavnega zanemarjen⁸⁰ in prepuščen praksi sodišč. Tudi v Rimskem statutu, ki sicer pomeni velik korak naprej na tem področju, je to še vedno problematično. Zmota o protipravnosti je po prevladujočem mnenju uporabna samo v zelo omejenem obsegu, upoštevati pa je treba še druga pravila, zlasti iz Znakov kaznivih dejanj, ki naj bi uporabnost te zmote še dodatno omejila. Glede zmote o biti inkriminacije tudi velja, da je njena uporaba delno omejena, glede zmote o razlogih, ki izključujejo krivdo oziroma protipravnost, pa je bilo tudi ugotovljeno, da ju neposredno na podlagi Rimskega statuta ni mogoče uporabiti ter da bi bilo treba Rimski statut v tem delu prej ustrezno dopolniti.

⁷⁹ Ta se lahko še vedno upošteva prek zmote o protipravnosti ravnanja.

⁸⁰ Ambos, *General principles of criminal law in the Rome statute*, v: *CRIMINAL LAW FORUM* (1999) 1, str. 22.

Tretja in najbolj sporna predpostavka te teorije pa je, da bodo sodniki sposobni zaznati problematiko ter uporabiti primerne in relevantne institute. Vsekakor predlagana rešitev od sodnikov zahteva več ustvarjalnosti in pogumnega odločanja kot na primer veljavna rešitev v KZ-1.

Zaradi teh razlogov je uporaba te teorije na mednarodni ravni sporna, saj zahteva prej dodelano ureditev drugih razlogov upravičenosti in opravičenosti, na katere se interpretacijska določba o ukazu nadrejenega sklicuje, pa tudi splošnega pojma kaznivega dejanja. To v tem trenutku za mednarodno kazensko pravo še ne drži, kar pa ne omejuje njene uporabe na nacionalni ravni. Poleg tega je ta teorija lahko še dodatni argument za bolj poglobljeno ureditev splošnega dela materialnega mednarodnega kazenskega prava.

Literatura

- Ambos, Kai: Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit – historische Hintergründe und erste Urteile, v: *AUFGEKLÄRTE KRIMINALPOLITIK ODER KAMPF GEGEN DAS BÖSE* (ur. K. Lüdersen), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1998, str. 377–412.
- Ambos, Kai: General principles of criminal law in the Rome statute, v: *Criminal Law Forum* (1999) 1, str. 1–32.
- Ambos, Kai: *DER ALLGEMEINE TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS, ANSÄTZE EINER DOGMATISIERUNG*, Dunckler & Humblot, Berlin 2004.
- Ambos, Kai: *INTERNATIONALES STRAFRECHT*, Verlag C. H. Beck, München 2009.
- Ambrož, Matjaž: *KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE*, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007.
- Bakker, Jeanne L.: The defense of obedience to superior orders: the mens rea requirement, v: *American Journal of Criminal Law* (1989) 1, str. 55–80.
- Bassiouni, Cherif: *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Transnational Publishers, New York 1999.
- THE LEGAL REGIME OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: ESSAYS IN THE HONOUR OF PROF. IGOR BLISHCHENKO* (ur. C. Bassiouni, J. Doria, H. Gasser, N. Jdanov), BIICL, London 2009.
- Bassiouni, Cherif; Manikas, Peter: *THE LAW OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA*, Transnational Publishers, New York 1996.
- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Filipčič, Katja; Ambrož, Matjaž: *KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Bowers, Andrew Alexander: A concession to humanity in the killing of innocents – validating the defenses of duress and superior orders in international law, v: *Windsor Review of Legal and Social Studies* (2003) 1, str. 31–72.
- Bowers, Andrew Alexander: *DURESS, NECESSITY AND THE TAKING OF INNOCENT LIFE: SPECIAL CHALLENGES FACING ENGLISH, CANADIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, a thesis submitted to the Faculty of Law in conformity with the requirements for the degree of master of laws, Queen's University Kingston, Ontario 2003.
- Brown, Joseph Berry: *CRIMES AGAINST INTERNATIONAL LAW*, Public Affair Press, Washington 1950.
- Brownlee, Ian D.: Superior orders – time for a new realism?, v: *Criminal Law Review* (1989) 6, str. 396–441.

- THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY, 1. in 2. knjiga (ur. A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones,), Oxford University Press, Oxford 2002.
- Daniel, Aubrey M.: The defense of superior orders, v: *University of Richmond Law Review* (1972/1973) 3, str. 477–509.
- Dinstein, Yoram: THE DEFENSE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS IN INTERNATIONAL LAW, A. W. Sijthoff, Leyden 1965.
- WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (ur. Y. Dinstein, Tabory), Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1996.
- Eden, Paul: Criminal liability and the defence of superior orders, v: *South African Law Journal* (1991) 4, str. 640–655.
- Erman, Sahir: Compliance with superior orders under domestic law and under the law of war, v: *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre* (1971) 1, str. 371–414.
- Fuhrman, Peter: DER HÖHERE BEFEHL ALS RECHTFERTIGUNG IM VÖLKERRECHT, C. H. Beck, München 1963.
- Ginsburg, George; Kudriavtsev, V. N.: THE NUREMBERG TRIAL AND INTERNATIONAL LAW, Nijhoff, Dordrecht 1990.
- Green, Leslie C.: SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW, A. W. Sijthoff, Leiden 1976.
- Insko, James B.: Defense of superior orders before military commissions, v: *Duke Journal of Comparative and International Law* (2003) 2, str. 389–418.
- Jescheck, Hans Heinrich: DIE VERANTWORTLICHKEIT DER STAATSORGANE NACH VÖLKERSTRAFRECHT, EINE STUDIE ZU DEN NÜRNBERGER PROZESSEN, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1952.
- Judicial decisions involving questions of international law, German war trials, v: *American Journal of International Law* (1922) 4, str. 674–724.
- Keijzer, Nico: MILITARY OBEDIENCE, International Publishers: Sijthoff and Noordhoff, Haag 1978.
- Kemper, Gregor: DER WEG NACH ROM, DIE ENTWICKLUNG VÖLKERRECHTLICHER STRAFGERICHTSBARKEIT UND DIE ERRICHTUNG DES STÄNDIGEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOFS, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2004.
- Korte, Marcus: DAS HANDELN AUF BEFEHL ALS STRAF AUSSCHLIESSUNGSGRUND, DIE WIRKUNG DES BEFEHLS IM DEUTSCHEN RECHT UND IM RÖMISCHEN STATUT FÜR DEN INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2004.

- Kudo, Koji: *COMMAND RESPONSIBILITY AND THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDER*, the thesis submitted for the degree of doctor of philosophy at the University of Leicester, University of Leicester 2007.
- Linton, Suzannah; Reiger, Caitlin: *The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (2001), str. 167–212.
- Maogoto, Jackson Nyamuya: *The superior orders defense: a game of musical chairs and the jury is still out*, v: *Flinders Journal of Legal Reform* (2007), str. 1–26.
- Martines, Francesca: *The defenses of reprisals, superior orders and duress in the Priebke case before the Italian Military Tribunal*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (1998), str. 354–361.
- Nil-Theobald, Christiane: »DEFENSES« BEI KRIEGSVERBRECHEN AM BEISPIEL DEUTSCHLANDS UND DER USA, ZUGLEICH EIN BEITRAG ZU EINEM ALLGEMEINEN TEIL DES VÖLKERSTRAFRECHTS, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1998.
- Oppenheim, Lassa: *INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; WAR AND NEUTRALITY*, 2. knjiga, Longmans, Green and Company, London 1905.
- Oppenheim, Lassa: *INTERNATIONAL LAW: A TREATISE; DISPUTES, WAR AND NEUTRALITY*, 2. knjiga, Longmans, Green and Company, London 1952.
- Osiel, Mark J.: *OBEYING ORDERS; ATROCITY, MILITARY DISCIPLINE AND THE LAW OF WAR*, Transaction Publishers, New Jersey 2005.
- Rogers, Anthony P. V.: *LAW ON THE BATTLEFIELD*, Manchester University Press, Manchester 2004.
- Rowe, Peter: *Duress as a defense to war crimes after Erdemović: a laboratory for a permanent court?*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* (1998), str. 210–228.
- Sack, Alexander: *Punishment of war criminals and the defence of superior order*, v: *The Law Quarterly Review* (1944) 1, str. 63–67.
- Sancin, Vasilka; Švarc, Dominika; Ambrož, Matjaž: *MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV, Poveljstvo za doktrino, razvoj, izobraževanje*, Ljubljana 2009.
- Satzger, Helmut: *Das neue Völkerstrafgesetzbuch – eine kritische Würdigung*, v: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2002) 3, str. 125–132.
- Scaliotti, Massimo: *Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1*, v: *International Criminal Law Review* (2001) 1, str. 111–172.

- Schaak, Beth van; Slye, Ronald C.: *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & ITS ENFORCEMENT: CASES AND MATERIALS*, Foundation Press, New York 2007.
- Schabas, William: *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW; THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Simpson, Gerry J.; McCormack, Timothy L. H.: *THE LAW OF WAR CRIMES, NATIONAL AND INTERNATIONAL APPROACHES*, Kluwer Law International, Haag 1997.
- Sliedregt, Elies van: *DEFENSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, prispevek na konferenci *Convergence of criminal justice systems; Building bridges bridging the gap*, The International Society For The Reform Of Criminal Law, 17th International Conference, Haag, 25. avgust 2003.
- Solis, Gary D.: *Obedience to orders: history and abuses at Abu Ghraib prison*, v: *Journal of International Criminal Justice* (2004) 4, str. 988-998.
- Solis, Gary D.: *Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums*, v: *American University International Law Review* (1999/2000) 2, str. 481-525.
- Wilner, Alan M.: *Superior orders as a defense to violations of international criminal law*, v: *Maryland Law Review* 1996, str. 127-140.
- Woetzel, Robert: *THE NUREMBERG TRIALS IN INTERNATIONAL LAW*, Stevens & Sons, London 1960.
- Yates, April: *MEMORANDUM FOR THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, IMPUTING THE INTENT OF A SUPERIOR TO A SUBORDINATE TO A CHARGE OF GENOCIDE*, New England School of Law, International war crimes project - Rwanda genocide prosecution, 2000, <http://www.nesl.edu/userfiles/file/wcmemos/2000/yates.pdf> (8. 7. 2010).
- Yee, Sienho: *The Erdemović sentencing judgement: a questionable milestone for the International criminal tribunal for the former Yugoslavia*, v: *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1997) 2, str. 263-309.
- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1951, URL: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1951_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1951_v2_e.pdf) (12. 7. 2010).
- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1954, URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf (12. 7. 2010).
- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1991, URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/581/42/IMG/NR058142.pdf?OpenElement> (12. 7. 2010).

- Draft Code of Crimes Against the Peace and Aecurity of Mankind with Commentaries, 1996, URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf (12. 7. 2010).
- Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/2008 in nasl.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 63/1994 in nasl.
- Konvencija o preprečevanju mučenja in drugega krutega, nečlovečnega ter poniževalnega ravnanja ali kaznovanja, URL: <http://www.hrweb.org/legal/cat.html> (12. 7. 2010).
- Pravila službe slovenske vojske, Uradni list RS, št. 84/2009 in nasl.
- Report of the secretary general pursuant to the paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993) presented May 3rd 1993 (S/25704), URL: http://www.icty.org/x/file/Legal20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf (12. 7. 2010).
- Resolution of General Assembly: principles of international law recognised in the charter of the Nüremberg tribunal and in the judgement of the Tribunal 1950, A71316, URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft20articles/7_1_1950.pdf (12. 7. 2010).
- Pravila o dokazih in postopku Mednarodnega kazenskega sodišča, URL: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rules+of+Procedure+and+Evidence.htm> (12. 7. 2010).
- Pravila o dokazih in postopku Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo, URL: <http://www.icty.org/sid/136> (12. 7. 2010).
- Statut Mednarodnega kazenskega sodišča (Rimski statut), URL: <http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html> (12. 7. 2010).
- Statut Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo, URL: http://www.icls.de/dokumente/icty_statut.pdf (12. 7. 2010).
- Statut Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando, URL: <http://www.un.org/ict/statute.html> (12. 7. 2010).
- Statut Mednarodnega vojaškega sodišča za Daljni vzhod, URL: <http://www.icwc.de/fileadmin/media/IMTFEC.pdf> (12. 7. 2010).
- Statut Mednarodnega vojaškega sodišča, URL: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (12. 7. 2010).

The Defence of Superior Order in International Criminal Law

Summary

Since armed conflicts involve military structures, it is very common that a criminal act is committed upon the order of a superior officer. A soldier often finds himself in a dilemma between two duties. On one hand, he is obliged to comply with a superior order in accordance with military law; on the other hand, he is bound by a general obligation to not commit criminal acts. International criminal law has developed different responses to this dilemma (the theory of absolute liability, respondeat superior, act of state doctrine, mens rea theory or theory of limited liability). These theories primarily address the question whether and why the subordinate is responsible or not for a criminal act committed upon the order of a superior officer, but does not have an answer to the even more important question, why exactly the offender is not liable.

I propose suggest the use of the upgraded Dinstein's mens rea theory. Superior order is not a complete defence itself, but only a factual basis for determining the existence of other defences. However, this theory is merely a starting point and needs to be upgraded.

This theory claims that the superior order is used as the factual basis for the determination of excuses, such as mistake of law, necessity and duress. However, this can not be reconciled with the theory of the civil law systems. Namely, the justifiable and excusable necessity should be used also. The justifiable necessity excludes the unlawfulness of a criminal act and not its guilt that is why the name mens rea theory is no longer accurate. A better and more descriptive would be theory of a superior order as the factual basis for other institutes.

One argument for this theory is that none of the other theories is complete. The theory of absolute liability is not appropriate as it completely denies the possibility of relying on the superior order, even as a factual basis for the assessment of other defences. This puts the perpetrators in a discriminatory position. If the offender acts under mistake of law due to the superior order, it may not be invoked, if due to the other facts, it can be invoked.

The theory of respondeat superior is also unsuitable because it is impossible to find a comprehensive base, which would cover all the factual cases. If a theory is based on the mistake of law or duress, each defence offers only a partial solution. These defences also can not be equated, as it would mean that each superior order also includes mistake of law or duress and vice versa.

The theories of limited liability are mostly based on a certain solution, which is similar to the mistake of law. Also this solution is only partial, because it covers only the factual cases of this mistake. Likewise, other solutions are based on duress. In this case the solution includes factual cases with duress, but not the ones with mistakes. The biggest problem of these theories is that the factual cases of superior order are very variable and consequently a general and not just a partial solution should be found. Any solution that relies on only one defence is inevitably partial and does not solve the whole problem.

A mistake of law remains relevant, but only according to its general rules. Through an assessment of (non) excusability of mistake many different circumstances can be taken into account. The same applies to the assessment of the inevitability and necessity of the act under necessity or duress. According to this the fact whether the offender was a professional soldier or conscript can be taken into account. The mistake of law must be assessed more stringently in the case of a professional soldier, who works in the specially regulated area. This should in most cases cast a doubt on the legality of his conduct. Also the claim that a soldier must know the law of armed conflict and any ambiguity of its rules must be considered when assessing excusability of the mistake. It is true that the law of armed conflict is often unclear and that many of its rules and facts on the battlefield are often vague. However, it should be also considered, that a soldier performs a particularly regulated activity, which rules he should be aware of. Consideration should be given to the real situation on the battlefield.

The subjective conditions of mistake of law are also much more appropriate than the objective test of manifest illegality, especially if we consider the principle of guilt. From this perspective, also the special knowledge of the perpetrator can be taken into consideration, which is irrelevant in assessing the objective manifest illegality.

Subordinates often do not know facts or reasons why a certain order was issued. This fact can also be considered in the assessment of mistake of fact or mistake of facts, which would, if they existed, exclude unlawfulness or guilt of the perpetrator.

The advantage of this solution is also its clarity, since it prevents the potential conflicts between different defences, since we now have only one, general defence. It is also important, that it is not necessary to find in advance a formal, rigid and inflexible compromise between obedience (and maintenance of authority in the army) and the rule of law. The court makes this compromise each time with its decision in each case.

And ultimately, also the other solutions in the end come down to the (adjusted) use of other defences. This theory skips this step, directly applies the rules

of other defences and members of the army are tied to the same rules as other potential offenders. I understand the advantage and necessity of the military structure and its operation, but I think that a soldier does not deserve such a privileged position. He is performing his duty in a specifically regulated field, and he should be aware of its rules and consider them. However, in each case all circumstances should be taken into account. This, in my view, is a more rigorous and ultimately more just decisions.

The main objection to this theory is that the legislature has to decide in advance, whether the conduct of a subordinate is unlawful or not. However, the same applies for example for the defence of duress in the Croatian and Slovenian (even more!) legislation as it is subjected to the rules of necessity or in our case even to the rules of all possible defences. There, too, the court will decide, whether a certain conduct is unlawful and culpable, or not and not the legislator.

However, if I try to answer this as a question of principle, then I think it would be better if the defence of superior order »ignores« the element of mistake, which is not necessarily present in all factual cases. The solution should be in this case developed on the fact of coercion by the superior, which is present in each case of a superior order. It would therefore be a question of duress, but because of its regulation in the continental legal systems this solution leads forward to the necessity defence and to the question, which form of necessity is relevant in this case. In principle, I think that both forms of necessity are relevant. It depends on the damage the offender made and on the threat that has been made to him. I understand the uncertainty that the proposed solution brings to the victims and soldiers themselves, but at the same time I think that a regulation, which pre-determines the effect of this defence, is to some extent unfair to the soldiers, too.

Second, more important question is, whether this theory can be applied at the international legal level. In national systems defences have been systematically developed and there is no problem. At the international level, however, the general part of international criminal law has been neglected and left to the courts until recently. Even the Rome Statute, which made a big step forward in this area, is still problematic. For example, mistake of law can be used only in a very limited extent according to the prevailing view. Also, other rules, in particular Elements of crimes narrow this use.

The third and in my opinion the most controversial premise of this theory is that the judges will have to be able to detect problems and use appropriate and relevant defence. The proposed solution requires the judges to be more creative and courageous with decision-making and to have more knowledge.

For these reasons is the application of this theory at the international level questionable, since it requires the prior regulation of other defences, as well as the general concept of the criminal act. This at the moment does not apply for international criminal law, but it does not limit its application at the national level. In addition, this theory also represents an additional argument for a more detailed regulation and development of the general part of substantive international criminal law.