

*Dr. Sabina Zgaga\**

## **Steki med mednarodnimi hudodelstvi v sodni praksi mednarodnega kazenskega sodišča**

### **1. Uvod**

Zaradi učinkovitega in pravičnega kazenskega pregona postaja vprašanje politike kazenskega pregona vse bolj pomembno ne le na državni, ampak tudi na meddržavni in naddržavni ravni. Še posebej je to pomembno za kazenski pregon v okviru Mednarodnega kazenskega sodišča (MKS). Skorajda namreč ni situacije pred MKS, da se ne bi pojavile kritike o politični naravnosti delovanja sodišča in o služenju interesom posameznih (predvsem zahodnih) držav.<sup>1</sup> To naj bi izhajalo iz izbire situacij, primerov in mednarodnih hudodelstev, ki jih sodišče obravnava. Ta odločitev nakazuje bistvo tožilčeve politike kazenskega pregona, z vidika materialnega kazenskega prava pa gre za vprašanje stekov.

Že v skladu z načelom komplementarnosti ima MKS subsidiarno vlogo v razmerju do držav podpisnic. Primarno dolžnost preganjati mednarodna hudodelstva<sup>2</sup> iz pristojnosti MKS imajo namreč države podpisnice Rimskega statuta,<sup>3</sup> MKS pa ima pristojnost le takrat, ko država, ki bi imela jurisdikcijo po svoji nacionalni zakonodaji, noče ali ne zmore učinkovito preganjati mednarodnih hudodelstev iz pristojnosti Rimskega statuta. Poudarjena je t. i. pozitivna kom-

---

\* Docentka za kazensko pravo na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru, habilitirana tudi na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; sabina.zgaga@fvv.uni-mb.si.

<sup>1</sup> Glej AU Condemns Al-Bashir's Arrest Warrant, URL: <http://www.pambazuka.org/aumonitor/comments/2239/>.

<sup>2</sup> Kadar govorim o kaznivih dejanjih na mednarodni ravni in imam s tem v mislih genocid, agresijo, hudodelstvo zoper človečnost in vojno hudodelstvo, uporabljam izraz mednarodno hudodelstvo.

<sup>3</sup> Člen 17 Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča, Ur. l. RS, MP, št. 29/2001.

plementarnost, v skladu s katero imajo primarno jurisdikcijo države in v skladu s katero bo tožilstvo spodbujalo resnične in pravilne kazenske postopke v državah podpisnicah z različnimi oblikami sodelovanja, a brez njegovega neposrednega vpletanja.<sup>4</sup>

V uvodnem poglavju članka so predstavljeni temelji ureditve kazenskega pregona pred MKS, v naslednjem institut steka in bistvena stališča dosedanje sodne prakse mednarodnih kazenskih sodišč o tem, osrednji del članka pa je namenjen sodni praksi MKS o stekih, predvsem o razmerju med različnimi mednarodnimi hudodelstvi z istim zakonskim izvršitvenim ravnanjem. Pri tem je poudarek na kritični predstavitvi trenutne sodne prakse MKS in primerjavi s sodno prakso Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) in Ruando (MKSR).

Glavna teza članka je, da MKS s svojo sodno prakso sledi dosedanji sodni praksi mednarodnega kazenskega prava, vendar da je ta neprimerna z vidika nekaterih temeljnih načel oziroma odnosov, ki so v kontinentalnem nacionalnem kazenskem pravu podlaga za oblikovanje navideznega steka.

## 2. Temeljna ureditev kazenskega pregona MKS

Kazenski postopek pred MKS je zasnovan na skrbni izbiri situacij, primerov (osumljencev) in mednarodnih hudodelstev, ki jih bo sodišče obravnavalo. Pravni sistem, za katerega je značilna visoka izbirnost primerov kazenskega pregona, temelji na načelu oportunitete, kar pomeni, da je odločitev, ali se bo kazenski primer preganjal ali ne, v rokah tožilca, ki odločitev sprejme na podlagi dejavnikov, določenih v strategiji pregona.<sup>5</sup> Nasprotno mora tožilec v skladu z načelom legalitete in pod zakonskimi pogoji preganjati vsako zaznano kaznivo dejanje, ne glede na smiselnost postopka.<sup>6</sup> Rimski statut za postopek pred MKS določa kar visoko stopnjo oportunitete,<sup>7</sup> izbira pregona pa poteka na treh ravneh; na ravni situacije, primera in mednarodnih hudodelstev.

<sup>4</sup> The office of the prosecutor: Report on prosecutorial strategy 2006, URL: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf), str. 5. Enako stališče je mogoče najti v: The office of the prosecutor: Paper on some policy issues before the office of the prosecutor 2003, URL: [http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905\\_policy\\_paper.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf), str. 5.

<sup>5</sup> Dežman, Erbežnik, KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE (2003), str. 239.

<sup>6</sup> Prav tam, str. 239–240.

<sup>7</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, Mirjam, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 453.

Situacija so časovno in krajevno omejeni dogodki, ki so relevantni z vidika mednarodnega kazenskega prava in za MKS. Trenutno je pred MKS odprtih osem situacij (Demokratska republika Kongo, Centralna afriška republika, Uganda, Slonokoščena obala, Mali, Kenija, Darfur in Libija). Pri situaciji osumljenci še niso določeni, niti ni določeno, katera izmed strani (v oboroženem spopadu) je ravnala sporno z vidika mednarodnega prava, ampak je dogajanje, ki se bo obravnavalo pred MKS, določeno le z začetno in končno časovno točko in geografsko opredelitvijo. Za izbiro situacij so relevantni predvsem sprožilni mehanizmi (država podpisnica, Varnostni svet OZN ali tožilec *propriu motu*).<sup>8</sup> Možnost tožilca, da sam začne preiskavo *propriu motu* na podlagi obvestil, je zagotovo tista, ki v tej fazi omogoča največjo diskrecijo,<sup>9</sup> čeprav končno odločitev o odobritvi nadaljevanja preiskave sprejme sodišče.<sup>10</sup> V Strategiji pregona 2009–2012 je Urad tožilca MKS tako poudaril, da vsako predhodno preiskovanje še ne pomeni avtomatičnega začetka preiskave; smisel predhodnega preiskovanja je namreč ravno v zbiranju podatkov za odločitev, ali začeti preiskavo v neki situaciji ali ne, in sicer v skladu z enakimi merili in standardi za vsako situacijo.<sup>11</sup> Tožilstvo naj bi sprožilo kazenski postopek samo takrat, ko gre za očitni primer nedelovanja na nacionalni ravni.<sup>12</sup>

To velja tudi takrat, ko situacijo naznani država podpisnica Rimskega statuta. Tožilec po preučitvi dejstev začne preiskavo, razen če presodi, da ni utemeljene podlage za začetek postopka. Pri tem mora upoštevati, ali ob upoštevanju teže kaznivega dejanja in interesov žrtev vendarle obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da preiskava ne bi bila v interesu pravičnosti.<sup>13</sup> Podobno odločitev lahko sprejme tudi po začetku preiskave.<sup>14</sup>

Vsaka situacija zajema več primerov – kazenskih postopkov zoper določenega osumljenca za določeno mednarodno hudodelstvo.<sup>15</sup> Tudi tu se zastavi

<sup>8</sup> Člen 13 Rimskega statuta.

<sup>9</sup> Prvi odstavek 15. člena Rimskega statuta.

<sup>10</sup> Četrty in peti odstavek 15. člena Rimskega statuta.

<sup>11</sup> The office of the prosecutor: Prosecutorial strategy 2009–2012, URL: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, str. 1.

<sup>12</sup> The office of the prosecutor: Paper on some policy issues before the office of the prosecutor 2003, URL: [http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905\\_policy\\_paper.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf), str. 5.

<sup>13</sup> Alineja c prvega odstavka 53. člena Rimskega statuta.

<sup>14</sup> Alineja c drugega odstavka 53. člena Rimskega statuta. V skladu s šestim odstavkom 53. člena je možna tudi sodna kontrola.

<sup>15</sup> V situaciji Demokratske republike Kongo imamo na primer primere: Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, Germainu Katangi, Mathieuju Ngudjolu Chuiju, Boscu Ntagandi, Callixteju Mbarushimani in Sylvestru Mudacumuri.

vprašanje, koga in kaj preganjati v posamezni situaciji. Prva omejitev je že v testu dopustnosti<sup>16</sup> in načelu komplementarnosti.<sup>17</sup> Primer je namreč nedopusten, če zadevo preiskuje ali preganja država, ki ima za ta primer jurisdikcijo, razen če ta država noče ali dejansko ne more izvesti preiskave ali pregona, če so neki osebi že sodili za ravnanje, na katero se obtožba nanaša, sojenje MKS pa ni dovoljeno v primeru kršitve načela *ne bis in idem* ali v primeru, da teža kaznivega dejanja ne upravičuje nadaljnega ukrepanja MKS.<sup>18</sup> Predvsem zadnji pogoj omogoča diskrecijo tožilca in MKS.

Dodatno omejitev postopku postavlja prepoved *ne bis in idem*,<sup>19</sup> v skladu s katero MKS ne sme soditi osebi za ravnanje, ki je bilo podlaga mednarodnih hudodelstev, za katere je to osebo MKS že obsodilo ali oprostilo, ali pa osebi, ki ji je sodilo drugo sodišče, razen če so bili postopki na drugem sodišču namenjeni varovanju določene osebe pred kazensko odgovornostjo za mednarodna hudodelstva v pristojnosti MKS ali niso bili izvedeni neodvisno ali nepristransko v skladu z normami poštenega postopka, ki jih priznava mednarodno pravo, in so bili izvedeni na način, ki je bil glede na okoliščine neskladen z namenom pripeljati določeno osebo pred sodišče. Prepoved *ne bis in idem* je relevantna tudi za institut stekov, saj nepravilno oblikovanje pravega steka pomeni (prepovedano) večkratno kaznovanje storilca za eno kaznivo ravnanje.

V skladu s strategijo naj bi tožilstvo v posamezni situaciji preganjalo tiste posameznike, ki nosijo največjo odgovornost za najhujša mednarodna hudodelstva, na podlagi dokazov iz preiskave.<sup>20</sup> Pri tem je treba upoštevati tudi obliko in stopnjo udeležbe pri mednarodnem hudodelstvu.<sup>21</sup> Mednje spadajo na primer vodje držav ali organizacij, ki naj bi izvrševale ta mednarodna hudodelstva.<sup>22</sup>

Hkrati naj bi Urad tožilca izbral primere na podlagi teže mednarodnega hudodelstva, obsežnosti, narave, načina izvršitve in učinka teh hudodelstev. Strategija tožilstva je, da izberejo samo določene dogodke za obravnavanje v po-

<sup>16</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 374.

<sup>17</sup> Pri tem pustimo ob strani vprašanje izvajanja jurisdikcije za hudodelstvo agresije, saj določbe še niso stopile v veljavo.

<sup>18</sup> Prvi odstavek 17. člena Rimskega statuta.

<sup>19</sup> Člen 20 Rimskega statuta in Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 377.

<sup>20</sup> The office of the prosecutor: Prosecutorial strategy 2009–2012, URL: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, str. 6.

<sup>21</sup> Prav tam, str. 6.

<sup>22</sup> Prav tam, str. 7.

stopku – ti naj bi dokazovali vzorec delovanja in vzorec najhujših mednarodnih hudodelstev.<sup>23</sup>

Pri izboru mednarodnih hudodelstev je relevantna tudi izbira pravne kvalifikacije za to dejansko stanje. Ali gre »le« za vojno hudodelstvo, za hudodelstvo zoper človečnost ali pa za genocid oziroma agresijo? Pri tem ima teža ravnanja poseben pomen za odločitev, ali gre za eno ali več mednarodnih hudodelstev oziroma za katero hudodelstvo gre. Tukaj gre za vprašanje stekov, ki so tudi element tožilčeve diskrecije. Mednarodna hudodelstva so ponavadi definirana z alternativno določenimi izvršitvenimi ravnanji, na katera so navezane različne kontekstualne okoliščine,<sup>24</sup> sama izvršitvena ravnanja pa so pogosto ista ali isto- vrstna pri različnih mednarodnih hudodelstvih.

Na strategijo tožilstva, katera naravna izvršitvena ravnanja bo preganjalo in kakšen stek med ravnanji bo predlagalo, pa gotovo vplivata tudi procesna ureditev Rimskega statuta glede možnosti spreminjanja vsebine kazenskega pregona in vezanost sodišča nanjo.

Tožilec tako lahko razširi preiskavo tudi na dejstva in kazniva dejanja, ki niso bila navedena v nalogu za aretacijo,<sup>25</sup> po potrditvi obtožnice pa lahko z dovoljenjem predobravnavnega senata in po uradnem obvestilu obtožencu spremeni obtožnico. Če hoče tožilec obtožnico razširiti z obtožbami ali nadomestiti obtožbe s hujšimi, mora v skladu s tem členom potekati zaslišanje za potrditev teh obtožb (ponovna potrditev obtožnice v tem delu).<sup>26</sup>

Po drugi strani sodba obravnavnega senata ne sme presegati dejstev in okoliščin, opisanih v obtožnici in njenih spremembah.<sup>27</sup> Obravnavni senat pa lahko spremeni pravno kvalifikacijo teh dejstev, in sicer tako glede pravne kvalifikacije ravnanja kot tudi glede udeležbene oblike.<sup>28</sup> Glede tega senat torej ni vezan na obtožnico, je pa treba primerno zagotoviti obdolženčevo pravico do obrambe. Tako široko zastavljene možnosti oblikovanja kazenskega pregona vsekakor od tožilca ne zahtevajo zgodaj izoblikovanega dejanskega stanja in natančnega pravnega kvalificiranja, vplivajo pa tudi na uporabo stekov.

<sup>23</sup> Prav tam, str. 6. Enako predhodna strategija iz leta 2006, str. 5.

<sup>24</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 107.

<sup>25</sup> Četrty odstavek 54. člena Rimskega statuta ter Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 461, 468.

<sup>26</sup> Prav tam, str. 469, deseti odstavek 61. člena Rimskega statuta.

<sup>27</sup> Drugi odstavek 74. člena Rimskega statuta.

<sup>28</sup> Prvi odstavek 55. pravila Pravil sodišča.

### 3. Nekaj o stekih<sup>29</sup>

Bistveno vprašanje pri stekih je, za koliko kaznivih dejanj storilec odgovarja oziroma ali je mogoče katero kaznivo dejanje, katerega zakonske znake je storilec sicer izpolnil, zanemariti. Tako je poleg delitve na idealni in realni<sup>30</sup> ter homogeni in heterogeni stek<sup>31</sup> najpomembnejše razlikovanje med navideznim in pravim stekom. Za *navidezni* stek gre takrat, kadar imamo kljub temu, da je storilec izpolnil zakonske znake več kaznivih dejanj, opravka zgolj z enim kaznivim dejanjem, ker so druga izgubila samostojnost na podlagi določenih odnosov med temi kaznivimi dejanji. *Pravi* stek pa je podan takrat, kadar nobeno kaznivo dejanje ne izgubi samostojnosti in imamo opravka s toliko kaznivimi dejanji, kolikor dispozicij je storilec s svojim ravnanjem izpolnil.<sup>32</sup>

Rimski statut MKS ureja izrek in odmero kazni v primeru pravega steka, merila za presojo, ali gre za pravi ali navidezni stek, pa prepušča sodni praksi in teoriji.<sup>33</sup> Pri tem se ima možnost opreti na dokaj bogato prakso MKSJ in MKSR, ki sta v svoji sodni praksi za oblikovanje navideznega steka uporabljali naslednje odnose oziroma argumente:

1. Blockburgerjev test<sup>34</sup> oziroma test vzajemne specialnosti: kadar je ravnanje mogoče subsumirati pod različne abstraktne dejanske stanove in vsak abstraktni dejanski stan vsebuje zakonski znak, ki ga drugi ne vsebuje, je dopustna obsodba za vsa kazniva dejanja.<sup>35</sup> V zvezi s tem testom pa moram opozoriti na ločeno mnenje sodnika Pavla Dolenca v zadevi *Semanza*,<sup>36</sup> ki poudarja, da je treba z vsebinskim testom presoditi, kakšen

<sup>29</sup> Glej Zgaga, Steki kaznivih dejanj v mednarodnem kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 69 (2009), str. 333–363, pa tudi Šošič, Stek kaznivih dejanj in načelo *ne bis in idem*, v: Pravniki, 67 (2012) 7–8, str. 357.

<sup>30</sup> Za idealni stek gre, ko storilec z enim samim ravnanjem izpolni zakonske znake več kaznivih dejanj. Realni stek pa je podan, ko storilec z več ravnanji izpolni zakonske znake več kaznivih dejanj.

<sup>31</sup> Za homogeni stek gre takrat, ko storilec z enim ali več ravnanji izpolni zakonske znake več istovrstnih kaznivih dejanj, za heterogeni stek pa takrat, kadar gre za raznovrstna kazniva dejanja.

<sup>32</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 204.

<sup>33</sup> Tretji odstavek 78. člena Rimskega statuta.

<sup>34</sup> Test izvira iz anglo-ameriške sodne prakse. Glej Zgaga, Steki kaznivih dejanj v mednarodnem kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 69 (2009), ali Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 107.

<sup>35</sup> Na primer Tožilec proti Mirjanu Kupreškiću et al., IT-95-16, sodba obravnavnega senata, 14. 1. 2000, par. 701.

<sup>36</sup> Tožilec proti Laurentu Semanzi, ICTR-97-20, ločeno in odklonilno mnenje sodnika Pavla Dolenca k sodbi obravnavnega senata, 15. 5. 2003.

je pomen teh razlikovalnih elementov, in ne vztrajati zgolj pri jezikovni razlagi zakonskih znakov.<sup>37</sup>

2. Odnos specialnosti: zakonska opisa kaznivih dejanj sta v razmerju splošnega in posebnega; posebno kaznivo dejanje (*lex specialis*) ima vse zakonske znake splošnega kaznivega dejanja (*lex generalis*), poleg tega pa še dodaten zakonski znak, ki je ožji, širši ali drugačen, zato splošno kaznivo dejanje izgubi samostojnost.<sup>38</sup>
3. Odnos konsumpcije: vse nepravo enega kaznivega dejanja je vsebovano v drugem, zato to vsebovano kaznivo dejanje izgubi samostojnost (*lex consumens derogat legi consumptae*).<sup>39</sup>
4. Odnos subsidiarnosti: za formalno subsidiarnost gre, kadar določba sama predvideva svojo subsidiarnost, za materialno pa takrat, kadar je neko ravnanje samo predhodna faza drugega. V tem primeru predhodna faza izgubi samostojnost (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).<sup>40</sup>
5. Test pravnih dobrin: ko inkriminaciji ščitita različne pravne dobrine, se uporabi pravi stek, če pa inkriminaciji ščitita isto pravno dobrino, pride do navideznega steka.<sup>41</sup>
6. Celovitost storilčevega ravnanja: načelo, po katerem je treba preučiti celovitost storilčevega ravnanja. Inkriminacije v obsodilni sodbi morajo namreč zajeti vse storilčevo ravnanje.<sup>42</sup>

#### 4. Sodna praksa MKS v zvezi s steki

Čeprav je do zdaj MKS izdalo dve sodbi, od tega le eno obsodilno, pa je mogoče tudi z obravnavanjem drugih aktov v postopku ugotoviti smernice uporabe stekov. Tudi v okviru MKS gre zlasti za problematiko treh splošnih vprašanj: razmerje med izvršitvenimi ravnanji vojnih hudodelstev v notranjih in mednarodnih oboroženih spopadih, razmerje med izvršitvenimi ravnanji vojnih

<sup>37</sup> Dolenc, prav tam, par. 22–26.

<sup>38</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 205, Jescheck, Weigend, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS – ALLGEMEINER TEIL (1996), str. 733–734.

<sup>39</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 215–216.

<sup>40</sup> Frister, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL (2007), str. 418–419, Jescheck, Weigend, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS – ALLGEMEINER TEIL (1996), str. 734, Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 206.

<sup>41</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 207, 212–221.

<sup>42</sup> Za pregled problematike glej Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 107–109.

hudodelstev ter hudodelstev zoper človečnosti ter razmerje med izvršitvenimi ravnanji hudodelstev zoper človečnost in genocida.

#### *4.1. Razmerje med izvršitvenimi ravnanji vojnih hudodelstev v notranjih in mednarodnih oboroženih spopadih*

Vojna hudodelstva so določena v 8. členu Rimskega statuta. Ta člen je sestavljen iz alternativnih izvršitvenih ravnanj. Alineji a in b določata alternativna izvršitvena ravnanja vojnega hudodelstva v mednarodnih oboroženih spopadih (hude kršitve ženevskih konvencij<sup>43</sup> in druge hude kršitve zakonov in običajev<sup>44</sup>), alineji c in e pa alternativna izvršitvena ravnanja v notranjem oboroženem spopadu (hude kršitve skupnega 3. člena Ženevskih konvencij<sup>45</sup> ter druge hude kršitve zakonov in običajev<sup>46</sup>). Izvršitvena ravnanja so si v bistvenem enaka oziroma vsaj podobna,<sup>47</sup> saj je vsako izvršitveno obliko vojnih hudodelstev v notranjih oboroženih spopadih mogoče najti v bolj ali manj dobesedni obliki tudi pri vojnih hudodelstvih v mednarodnih oboroženih spopadih. Nasprotno seveda ne velja; več izvršitvenih ravnanj je namreč določenih pri mednarodnih kot pa pri notranjih oboroženih spopadih.

Edina razlika med temi izvršitvenimi ravnanji je tako največkrat le kontekstualna okoliščina; dejstvo, da je bilo izvršitveno ravnanje izvršeno v okviru ali v povezavi z notranjim ali mednarodnim oboroženim spopadom, česar se mora storilec v skladu z Znaki kaznivih dejanj<sup>48</sup> na dejanski ravni tudi zavedati.<sup>49</sup>

Ko je tožilstvo seznanjeno s situacijo in njeno dejansko podlago in če je jasno, za katero obliko oboroženega spopada gre, potem je naloga tožilca preprosta: med izvršitvenimi ravnanji mora najti tisto, ki najbolj ustreza konkretnemu dejanskemu stanju in je povezano z ustrežno obliko oboroženega spopada. Ker pa je vprašanje oblike oboroženega spopada zaradi sporne narave oboroženih sil, vpletenih v ta spopad, dostikrat sporno, naloga ni tako lahka. Tožilstvo in

<sup>43</sup> Alineja a drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>44</sup> Alineja b drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>45</sup> Alineja c drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>46</sup> Alineja e drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>47</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, *MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO* (2012), str. 186.

<sup>48</sup> Znaki kaznivih dejanj, ki jih je sprejela skupščina držav podpisnic, določajo zakonske znake mednarodnih hudodelstev iz pristojnosti MKS. Glej skupna določila Znakov kaznivih dejanj k vojnim hudodelstvom. Člen 8 Znakov kaznivih dejanj Mednarodnega kazenskega sodišča.

<sup>49</sup> Tako tudi MKS v Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, sodba obravnavnega senata, 14. 3. 2012, par. 1349.

(pred)obravnavni senati MKS so se v dosednji sodni praksi na ta izziv odzvali na več načinov.

Za primere v situaciji Demokratične republike Kongo je tako značilno, da je MKS v teku postopka ujemajoče se pravne kvalifikacije vojnih hudodelstev v mednarodnih in oboroženih spopadih navajalo alternativno. Tako je predobravnavni senat v zadevi *Lubanga*<sup>50</sup> v nalogu za aretacijo sicer ugotovil, da je v zadevnem obdobju obstajal dolgotrajen (*protracted*) oborožen spopad, ni pa se opredelil, za kakšno obliko spopada je šlo.<sup>51</sup> Zato so bile pravne kvalifikacije vojnih hudodelstev navedene alternativno za notranji in mednarodni oboroženi spopad.<sup>52</sup> Obravnavni senat je moral v sodbi o tem dokončno odločiti in je pravno kvalifikacijo skrčil le na vojno hudodelstvo v notranjem oboroženem spopadu.<sup>53</sup> Trenutek izreka (obsodilne) sodbe je gotovo skrajna točka v postopku, ko bi se sodišče dokončno moralo opredeliti do oblike oboroženega spopada in do pravne kvalifikacije mednarodnega hudodelstva, drugače sodbe ne more izreči, saj dejansko stanje očitno ni razjasnjeno.

V tej zadevi pa se je postavilo še vprašanje stekov v posamezni inkriminaciji uporabe otrok, mlajših od petnajst let, v oboroženih spopadih. Definiciji tega vojnega hudodelstva sta za notranje in za mednarodne oborožene spopade podobni in alternativno navajata tri izvršitvena ravnanja: »*nabor* ali  *vključevanje* otrok, mlajših od petnajst let, v državne oborožene sile ali njihovo *izrabljanje za aktivno sodelovanje pri sovražnostih*«. <sup>54</sup> Iz veznika ali je razvidno, da gre za alternativno naštetih izvršitvene oblike istega vojnega hudodelstva in da za njegovo dokončanje zadošča izvršitev enega izvršitvenega ravnanja.<sup>55</sup>

V Odločitvi o odmeri kazni<sup>56</sup> je obravnavni senat te tri izvršitvene oblike zaradi alternativnega veznika razumel kot samostojno mednarodno hudodelstvo (nabor, vključevanje, izrabljanje za aktivno sodelovanje) in za odmero kazni

<sup>50</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06.

<sup>51</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, nalog za aretacijo, 10. 2. 2006, str. 2.

<sup>52</sup> Prav tam, str. 4.

<sup>53</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, sodba obravnavnega senata, 14. 3. 2012, par. 1359. Več o tem glej Ambos, *The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues*, v: *International Criminal Law Review*, 12 (2012), str. 132.

<sup>54</sup> Alineja vii drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta. To kaznivo dejanje naj bi bilo trajajoče, saj naj bi bilo protipravno stanje vzpostavljeno, ko je tak otrok vključen v oborožene sile (formalno dokončanje kaznivega dejanja), in preneha šele s tem, ko ni več vključen (materialno dokončanje). Ambos, *The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues*, v: *International Criminal Law Review*, 12 (2012), str. 137.

<sup>55</sup> Ambos, prav tam, str. 137.

<sup>56</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, odločitev o odmeri kazni, 10. 7. 2012.

uporabil pravila o odmeri kazni za mednarodna hudodelstva v pravem steku;<sup>57</sup> najprej je določil kazen za vsako izvršitveno obliko posebej,<sup>58</sup> nato pa izrekel enotno kazen za vsa vojna hudodelstva v pravem steku.<sup>59</sup>

Tak pristop se mi ne zdi primeren. Kadar sta vsaj dve od alternativnih izvršitvenih ravnanj izvršeni zoper isto žrtev, gre po mojem mnenju za eno samo mednarodno hudodelstvo in za navidezni stek. Pravi stek in pravila za odmero kazni v pravem steku je po mojem mnenju mogoče uporabiti v primeru, da gre za več žrtev. V tem primeru naj bi veljalo, da kolikor je žrtev, toliko je mednarodnih hudodelstev.

Seveda je tak pristop v mednarodnem kazenskem pravu težko uporabiti predvsem zaradi težke dokazljivosti in množičnosti ter nedoločenosti žrtev. Šlo bi le za toliko mednarodnih hudodelstev, kolikor žrtev bi bilo mogoče dokazati. Poleg tega uporabljeni pristop daje videz uporabe instituta nadaljevanega kaznivega dejanja znotraj posamezne izvršitvene oblike tega vojnega hudodelstva, v skladu s katerim so vsi primeri ene izvršitvene oblike skrčeni na eno samo vojno hudodelstvo, kar je neprimerno zaradi osebne narave te izvršitvene oblike.

Razmerje med ujemajočimi se pravnimi kvalifikacijami vojnih hudodelstev je bilo ravno tako alternativno opredeljeno v nalogu za aretacijo v zadevi *Mbarushimana*.<sup>60</sup> Tudi tu namreč narava oboroženega spopada ni bila opredeljena.<sup>61</sup> Isti pristop je mogoče zaslediti v prvem nalogu za aretacijo v zadevi *Ntaganda*.<sup>62</sup>

Drugačen pristop je MKS uporabilo v zadevi *Katanga in Chui*, kjer je predobravnavni senat v nalogu za aretacijo določil, da gre za dolgotrajen oborožen spopad mednarodne ali notranje narave,<sup>63</sup> nato pa kumulativno (!) navedel ustrezne pravne kvalifikacije za vojna hudodelstva.<sup>64</sup> Taka rešitev se mi zdi popolnoma nesprejemljiva, saj bi moralo sodišče pravne kvalifikacije navesti vsaj alternativno. Storilec namreč ne more odgovarjati za vsa hudodelstva kumulativno, saj gre lahko na podlagi dejanskega stanja le za mednarodni ali notranji oborožen spopad in za ista naravna izvršitvena ravnanja. Kasneje je v odločitvi o potrditvi obtožnice predobravnavni senat (pravilno) uporabil le še pravno kva-

<sup>57</sup> Tretji odstavek 78. člena Rimskega statuta.

<sup>58</sup> In sicer 12, 13 in 14 let. Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, odločitev o odmeri kazni, 10. 7. 2012, par. 98.

<sup>59</sup> Štirinajst let.

<sup>60</sup> Tožilec proti Callixteju Mbarushimani, ICC-01/04-01/10, nalog za aretacijo, 28. 9. 2010.

<sup>61</sup> Prav tam, par. 10.

<sup>62</sup> Tožilec proti Boscu Ntagandi, ICC-01/04-02/06, nalog za aretacijo, 22. 8. 2006, str. 2 in 4.

<sup>63</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, nalog za aretacijo, 6. 7. 2007, str. 3.

<sup>64</sup> Prav tam, str. 4.

lifikacijo za mednarodni oboroženi spopad,<sup>65</sup> na katero se je kasneje oprl tudi obravnavni senat v oprostilni sodbi zoper *Chuija*.<sup>66</sup>

V nekaterih zadevah pa se je MKS pravilno odločilo za eno samo obliko oboroženega spopada, ki jo je tudi opredelilo, in posledično navedlo le pravno kvalifikacijo za vojna hudodelstva določene oblike oboroženega spopada. Kot je bilo že omenjeno, je do tega prišlo v odločitvi o potrditvi obtožnice v zadevi *Lubanga*,<sup>67</sup> v obsodilni sodbi v tej zadevi,<sup>68</sup> v odločitvi o potrditvi obtožnice v zadevi *Katanga in Chui*<sup>69</sup> ter v kasnejši oprostilni sodbi v zadevi *Chui*.<sup>70</sup> Do enakega zaključka je prišlo tudi v odločitvi o potrditvi obtožnice v zadevi *Gombo*.<sup>71</sup>

V nekaterih drugih zadevah pa je do razjasnitve oblike oboroženega spopada prišlo že v zgodnejši fazi postopka. V zadevi *Mudacumura* je MKS že v nalogu za aretacijo jasno opredelilo, da gre za notranji oboroženi spopad, in ustrezno navedlo le pravne kvalifikacije vojnih hudodelstev iz te oblike oboroženega spopada.<sup>72</sup> Narava spopada ni bila sporna niti v nalogu za aretacijo v zadevi *Kony*,<sup>73</sup> čeprav tukaj MKS ni jasno opredelilo narave spopada, je pa govorilo o upornikih zoper vlado Ugande, ne da bi navajalo dejstva o vpletenosti katerekoli druge države, kar lahko pomeni le notranji oboroženi spopad,<sup>74</sup> v zadevah *Al Bashir*,<sup>75</sup>

<sup>65</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 26. 9. 2008, par. 573–577.

<sup>66</sup> Tožilec proti Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, sodba obravnavnega senata, 18. 11. 2012, str. 215. Postopek zoper Katango se je izločil in še ni zaključen.

<sup>67</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, odločitev o potrditvi obtožnice, 29. 1. 2007, par. 200 in naslednji.

<sup>68</sup> Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, sodba obravnavnega senata, 14. 3. 2012, par. 503 in naslednji.

<sup>69</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 26. 9. 2008, par. 233 in naslednji.

<sup>70</sup> Tožilec proti Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, sodba obravnavnega senata, 18. 11. 2012, str. 215.

<sup>71</sup> Tožilec proti Jean-Pierru Bembi Gomboju, ICC-01/05-01/08, odločitev o potrditvi obtožnice, 15. 6. 2009, par. 264.

<sup>72</sup> Tožilec proti Sylvestru Mudacumuri, ICC-01/04-01/12, nalog za aretacijo, 13. 7. 2012, par. 35.

<sup>73</sup> Tožilec proti Josephu Konyju, Vincentu Ottiju, Okotu Odhiambi in Dominicu Ongwenu, ICC-02/04-01/05, nalog za aretacijo, 8. 7. 2005, par. 5 in 42.

<sup>74</sup> Enako velja za druge zadeve iz situacije Uganda (Tožilec proti Ahmadu Muhammadu Harunu (»Ahmad Harun«) in Aliju Muhammadu Aliju Abd-Al-Rahmanu (»Ali Kushayb«), ICC-02/05-01/07, nalog za aretacijo, 27. 4. 2007, str. 3, ter Tožilec proti Josephu Konyju, Vincentu Ottiju, Okotu Odhiambi and Dominicu Ongwenu, ICC-02/04-01/05, nalog za aretacijo, 8. 7. 2005, str. 3).

<sup>75</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, prvi nalog za aretacijo, 4. 3. 2009, str. 4. Drugi nalog za aretacijo se nanaša na obtožbe v zvezi z domnevnim genocidom.

*Abu Garda*,<sup>76</sup> *Nourain in Jamus*<sup>77</sup> in *Hussein*.<sup>78</sup> Ravno tako je v nasprotju s prvim nalogom MKS v drugem nalogu v zadevi *Ntaganda* natančno opredelilo, da gre za notranji oboroženi spopad, in navedlo le ustrezne pravne kvalifikacije.<sup>79</sup>

Manj jasna in dosledna je četrta možnost, v skladu s katero je MKS sicer navedlo tiste pravne kvalifikacije, ki se nanašajo le na vojna hudodelstva v določeni obliki oboroženega spopada, ni pa se izrecno opredelilo do same oblike oboroženega spopada. Tako je bilo v nalogu za aretacijo v zadevi *Gombo*, v kateri se je MKS izreklo, da gre za notranji ali mednarodni spopad, potem pa je z uporabo pravnih kvalifikacij za notranji oboroženi spopad<sup>80</sup> jasno začrtalo smer preiskave, kar je potrdila tudi kasnejša odločitev o potrditvi obtožnice.

Na podlagi analizirane sodne prakse sta po mojem najmanj primerni kumulacija pravnih kvalifikacij vojnih hudodelstev za mednarodne in notranje oborožene spopade in uporaba pravega steka, ko gre pravzaprav za eno samo naravno izvršitveno ravnanje. V takem primeru bi bilo primerneje alternativno opredeliti obliko oboroženega spopada in ustrezni pravni kvalifikaciji vojnega hudodelstva, če oblika oboroženega spopada še ni jasna. A niti to ne bi bilo potrebno ob dovolj široko zastavljeni dejanski podlagi glede oblike oboroženega spopada, saj lahko obravnavni senat v skladu z Rimskim statutom sam spremeni pravno kvalifikacijo. Sodba obravnavnega senata sicer ne sme presegati dejstev in okoliščin, navedenih v obtožnici,<sup>81</sup> lahko pa obravnavni senat spremeni pravno kvalifikacijo teh dejstev glede pravne kvalifikacije in udeležbene oblike.<sup>82</sup> Glede tega senat torej ni vezan na vloženo in potrjeno obtožnico, treba pa je obdolžencu zagotoviti pravico do obrambe. To ne bi smelo biti problematično, saj so izvršitvena ravnanja tako rekoč enaka, razlika je le v obliki oboroženega spopada. Vsekakor pa bi bilo z vidika obdolženčeve pravice do obrambe najbolje, da se oblika oboroženega spopada čim prej izkristalizira in se nato uporabi

<sup>76</sup> Tožilec proti Baharju Idrissu Abu Gardu, ICC-02/05-02/09, poziv za prisotnost, 7. 5. 2009, par. 9. Enako kasneje v odločitvi o zavrnitvi obtožnice Tožilec proti Baharju Idrissu Abu Gardu, ICC-02/05-02/09, odločitev o zavrnitvi obtožnice, 23. 4. 2010, par. 57.

<sup>77</sup> Tožilec proti Abdallahu Bandi Abakaerju Nourainu in Salehu Mohammedu Jerbi Jamusu, ICC-02/05-03/09, poziv za prisotnost, 27. 8. 2009, par. 9. Enako kasneje v Tožilec proti Abdallahu Bandi Abakaerju Nourainu in Salehu Mohammedu Jerbi Jamusu, ICC-02/05-03/09, odločitev o potrditvi obtožnice, 7. 3. 2011, par. 51.

<sup>78</sup> Tožilec proti Abdelu Raheemu Muhammadu Husseinu, ICC-02/05-01/12, nalog za aretacijo, 1. 3. 2012, str. 4.

<sup>79</sup> Tožilec proti Boscu Ntagandi, ICC-01/04-02/06, drugi nalog za aretacijo, 13. 7. 2012, par. 23.

<sup>80</sup> Tožilec proti Jean-Pierru Bembi Gomboju, ICC-01/05-01/08, nalog za aretacijo, 23. 5. 2008, par. 14 in 16.

<sup>81</sup> Pravilo 55 Pravil sodišča Mednarodnega kazenskega sodišča in drugi odstavek 74. člena Rimskega statuta.

<sup>82</sup> Prvi odstavek 55. pravila Pravil sodišča.

ustrezna kvalifikacija za vojno hudodelstvo. Skrajna točka za to bi po mojem mnenju morala biti odločitev o potrditvi obtožnice, čeprav je ta točka trenutno prestavljena na trenutek izdaje sodbe.

Po drugi strani tožilec lahko razširi preiskavo tudi na dejstva in kazniva dejanja, ki niso bila navedena v nalogu za aretacijo,<sup>83</sup> še več, ko so obtožbe potrjene in preden se začne sojenje, lahko tožilec z dovoljenjem predobravnavnega senata in po uradnem obvestilu obtožencu spremeni obtožnico. Če hoče tožilec obtožnico razširiti z obtožbami ali nadomestiti obtožbe s hujšimi, mora v skladu s tem členom potekati zaslišanje za potrditev teh obtožb (ponovna potrditev obtožnice v tem delu).<sup>84</sup> Prav možnost spreminjati obtožnico in nevezanost sodišča na pravno kvalifikacijo po mojem mnenju (nepravilno) omogočata alternativno navajanje pravnih kvalifikacij.

#### *4.2. Razmerje med izvršitvenimi ravnanji vojnih hudodelstev ter hudodelstev zoper človečnost*

Če gre za izvršitvena ravnanja vojnih hudodelstev, ki se ne prekrivajo z izvršitvenimi ravnanji hudodelstev zoper človečnost, razmerje med njimi ni problematično in gre za pravi stek. Toda v nekaterih primerih gre tudi v razmerju med tema oblikama mednarodnih hudodelstev za podobna ali celo ista izvršitvena ravnanja. V trenutno veljavnem Rimskem statutu se na primer vojna hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost prekrivajo v mnogih izvršitvenih ravnanjih.<sup>85</sup> V tem primeru je bistvena razlika med njima spet vsebina kontekstualnih okoliščin; vojna hudodelstva morajo biti izvršena v okviru oboroženih spopadov, česar se mora storilec (na dejanski ravni) tudi zavedati,<sup>86</sup> medtem ko pri hudodelstvih zoper človečnost velja, da mora biti izvršitveno ravnanje sestavni del velikega ali sistematičnega napada na civilno prebivalstvo ob storilčevi vednosti, da gre za tak napad, ni pa več nujne povezanosti z oboroženim spopadom.<sup>87</sup> Vsako

<sup>83</sup> Četrty odstavek 54. člena Rimskega statuta ter Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, *MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO* (2012), str. 461, 468.

<sup>84</sup> Prav tam, str. 469, deseti odstavek 61. člena Rimskega statuta.

<sup>85</sup> Na primer umor, deportacija ali prisilna preselitev prebivalstva, mučenje, hudo spolno nasilje itd. Glej prvi odstavek 7. člena Rimskega statuta.

<sup>86</sup> Znaki kaznivih dejanj Mednarodnega kazenskega sodišča, uvodno pojasnilo k vojnim hudodelstvom.

<sup>87</sup> Prvi odstavek 7. člena Rimskega statuta. Drugače je bilo to določeno v Statutu MKSJ, v skladu s katerim mora biti hudodelstvo zoper človečnost izvršeno v okviru notranjega ali mednarodnega oboroženega spopada, in v Statutu, v skladu s katerim mora biti hudodelstvo zoper človečnost izvršeno pred oboroženim spopadom ali v njegovem okviru.

mednarodno hudodelstvo ima torej neki zakonski znak, ki ga drugo nima, zato je po sodni praksi MKS praviloma obveljalo, da gre v skladu z Blockburgerjevim testom za pravi stek.<sup>88</sup>

Toda treba je upoštevati še drugi, vsebinski razlikovalni element med hudodelstvoma; objekt zaščite. Hudodelstvo zoper človečnost je mogoče izvršiti samo zoper civilno prebivalstvo, medtem ko to ne velja nujno za vojno hudodelstvo, ki ščiti vojne ujetnike, civilno prebivalstvo, ranjence in druge zaščitene osebe ter predmete.<sup>89</sup> Vprašanje (pravega) steka se tako po mojem mnenju lahko zastavi samo v primeru tistega vojnega hudodelstva, ki se po izvršitvenem dejanju ujema s hudodelstvom zoper človečnost in ki je bilo izvršeno zoper civilno osebo.

Pri razmerju teh dveh mednarodnih hudodelstev je treba odgovoriti tudi na vprašanje, ali je v konkretni zadevi sploh šlo za oborožen spopad ali ne. Samo ob pozitivnem odgovoru na to vprašanje je mogoče prekrivanje inkriminacij in vprašanje steka med njimi, saj so vojna hudodelstva nujno vezana na obstoj oboroženega spopada.

V dosednji sodni praksi se je MKS v večini primerov vsaj v eni fazi postopka dotaknilo obeh hudodelstev. V nalogu za aretacijo v zadevi *Katanga in Chui* je tako predobravnavni senat dogodke med napadom na vas Bogoro 24. februarja 2003 in po njem<sup>90</sup> štel za hudodelstvo zoper človečnost, ker je bil napad izveden kot del sistematičnega ali velikega napada na civilno prebivalstvo. Za ta dejanski stan je senat navedel tri inkriminacije hudodelstva zoper človečnost in štiri alternativne pare inkriminacij vojnih hudodelstev, od katerih imata umor in hudo spolno nasilje<sup>91</sup> kot hudodelstvo zoper človečnost svoj par tudi v ustreznih inkriminacijah vojnih hudodelstev (naklepno pobijanje<sup>92</sup> in spolno nasilje, ki je huda kršitev ženevskih konvencij<sup>93</sup>). Odločitev o potrditvi obtožnice je dejansko stanje že bolj opredelila, iz njega pa je razvidno, da vojno hudodelstvo naklepnega pobijanja zajema pobjoj vsaj 200 civilnih oseb, ki so bile navzoče

<sup>88</sup> Tožilec proti Mirjanu Kupreškiću et al., IT-95-16-A, sodba pritožbenega senata, 23. 10. 2001, par. 387–388. Enako Tožilec proti Radislavu Krstiću, IT-98-33-T, sodba obravnavnega senata, 2. 8. 2001, par. 674, Tožilec proti Goranu Jelišiću, IT-95-10-A, sodba pritožbenega senata, 5. 7. 2001, par. 82, in Tožilec proti Dragoljubu Kunaracu, IT-96-23&23/1-A, sodba pritožbenega senata, 12. 6. 2002, par. 176.

<sup>89</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 186–194.

<sup>90</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, nalog za aretacijo, 6. 7. 2007, str. 4.

<sup>91</sup> Alineji a in g prvega odstavka 7. člena Rimskega statuta.

<sup>92</sup> Točka i alineje a drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>93</sup> Točka xxii alineje b drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

v vasi Bogoro ob omenjenem napadu (ne pa tudi vojaki UPC/FPLC),<sup>94</sup> vojno hudodelstvo spolnega nasilja pa posilstvo in spolno suženjstvo žensk, ki so bile ob napadu v vasi Bogoro, vključno s pričama W132 in W249.<sup>95</sup> Pri umoru kot hudodelstvu zoper človečnost je sodišče navajalo enako dejansko podlago kot pri vojnem hudodelstvu naklepnega pobijanja,<sup>96</sup> isto velja za izvršitveno ravnanje hudega spolnega nasilja.<sup>97</sup> Predobravnavni senat je odločil, da je mogoče ravnanje, ki izpolnjuje zakonske znake vojnega hudodelstva, subsumirati tudi pod hudodelstvo zoper človečnost, a da se umor (kot hudodelstvo zoper človečnost) ter naklepno pobijanje (kot vojno hudodelstvo) kljub vsebinsko enakemu izvršitvenemu ravnanju razlikujeta v kontekstualnih okoliščinah in zakonskih znakih. Zato je po mnenju senata mogoče storilca preganjati za obe mednarodni hudodelstvi simultano in narediti pravi stek.<sup>98</sup>

Uporaba pravega steka med izvršitvenim ravnanjem hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev, ko gre za popolnoma isto dejansko stanje, civilno žrtev in oborožen spopad, je po mojem mnenju neprimerna. Res je, da je taka odločitev v skladu s sodno prakso MKSJ in MKSR,<sup>99</sup> a je po mojem mnenju poleg strogo formalnega Blockburgerjevega testa treba upoštevati tudi mnenje sodnika Dolenca v MKSR zadevi *Semanza*, ob kateri je izrazil stališče, da je treba pri analizi razlikovanja mednarodnih hudodelstev z vsebinskim testom (že omenjena načela) presoditi, kakšen je pomen kontekstualnih okoliščin, in ne vztrajati pri strogi jezikovni razlagi zakonskih znakov.<sup>100</sup>

Pogledati je treba tudi vsebino in namen posameznih mednarodnih hudodelstev. Vojno hudodelstvo pomeni posamično kršitev pravil in običajev oboroženih spopadov ter humanitarnega prava,<sup>101</sup> ki so nujno vezane na oboroženi spopad. Vojno hudodelstvo po Rimskem statutu je tudi posameznikovo posamezno

<sup>94</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 26. 9. 2008, par. 285.

<sup>95</sup> Prav tam, par. 339 in naslednji.

<sup>96</sup> Prav tam, par. 420 in naslednji.

<sup>97</sup> Prav tam, par. 428 in naslednji.

<sup>98</sup> Prav tam, par. 419.

<sup>99</sup> Tožilec proti Radislavu Krstiću, IT-98-33-T, sodba obravnavnega senata, 2. 8. 2001, par. 223–227. Enako je pritožbeni senat odločil za preganjanje kot hudodelstvo zoper človečnost in genocid. Prav tam, par. 229. Glej tudi Tožilec proti Jeanu Paulu Akayesu, ICTR-96-4, sodba obravnavnega senata, 2. 9. 1998, par. 469, Tožilec proti Alfredu Musemi, ICTR-96-13-A, sodba obravnavnega senata, 27. 1. 2000, par. 297 in 951, Tožilec proti Alfredu Musemi, ICTR-96-13-A, sodba pritožbenega senata, 16. 11. 2001, par. 366 in 367.

<sup>100</sup> Tožilec proti Laurentu Semanzi, ICTR-97-20, ločeno in odklonilno mnenje sodnika Pavla Dolenca k sodbi obravnavnega senata, 15. 5. 2003, par. 22–26.

<sup>101</sup> Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 186.

ravnanje, in ne sistematično izvrševanje teh.<sup>102</sup> Rimski statut namreč pravi, da je MKS pristojno za vojno hudodelstvo, še *posebej*, ko je izvršeno kot sestavni del načrta ali politike ali kot del obsežnega izvrševanja takih hudodelstev.<sup>103</sup> Po definiciji gre torej za vojno hudodelstvo vedno, ko so izpolnjeni zakonski znaki iz drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta, njihova sistematičnost oziroma organiziranost pa bo verjetno vplivala na presojo dopustnosti situacije po 17. členu statuta.<sup>104</sup>

Pri hudodelstvu zoper človečnost gre po mojem mnenju za širše in hujše mednarodno hudodelstvo, ki ima nekatera izvršitvena ravnanja enaka kot vojno hudodelstvo, gre pa za del sistematičnega ali velikega napada na civilno prebivalstvo ob vednosti storilca, da gre za tak napad. Treba bi bilo torej upoštevati vsebinski in vrednostni vidik ter dejstvo, da hudodelstvo zoper človečnost pomeni večjo kriminalno količino in hujše hudodelstvo kot vojno hudodelstvo. Zato bi bilo treba v primeru, ko gre za vsebinsko enako naravno izvršitveno ravnanje, izvršeno zoper civilno prebivalstvo v okviru oboroženega spopada, vedno narediti navidezni stek zaradi odnosa konsumpcije, saj po mojem mnenju sistematično hudodelstvo zoper človečnost konzumira posamično vojno hudodelstvo. Vojno hudodelstvo naj bi v tem primeru izgubilo samostojnost in ostala naj bi le odgovornost za hudodelstvo zoper človečnost.

V tej zadevi pa je zanimiva tudi uporaba stekov znotraj samih hudodelstev zoper človečnost, in sicer v razmerju med različnimi izvršitvenimi ravnanji hudodelstev zoper človečnost po točkah a do j na eni strani in izvršitvenim ravnanjem po točki k (druga podobna nečlovečna ravnanja) na drugi strani. Že nalog za aretacijo v tej zadevi je namreč vseboval pravi stek med umorom,<sup>105</sup> hudim spolnim nasiljem<sup>106</sup> in drugim podobnim nečlovečnim dejanjem, ki naklepno povzročajo veliko trpljenje ali hude telesne poškodbe ali okvare duševnega ali telesnega zdravja.<sup>107</sup>

Za dejansko podlago tem hudodelstvom zoper človečnost je predobravnavni senat navedel umor več kot 200 civilistov, povzročanje hudih telesnih poškodb civilistom in spolno suženjstvo žensk in deklic.<sup>108</sup> Glede na navedene pravne kvalifikacije in dejansko stanje lahko sklepam, da je mogoče pod druga nečlovečna dejanja subsumirati povzročanje hudih telesnih poškodb civilnemu prebivalstvu.

<sup>102</sup> Prav tam, str. 186.

<sup>103</sup> Prvi odstavek 8. člena Rimskega statuta.

<sup>104</sup> Byron, *WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY* (2009), str. 16.

<sup>105</sup> Alineja a prvega odstavka 7. člena Rimskega statuta.

<sup>106</sup> Alineja g prvega odstavka 7. člena Rimskega statuta.

<sup>107</sup> Alineja k prvega odstavka 7. člena Rimskega statuta.

<sup>108</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, nalog za aretacijo, 6. 7. 2007, str. 5.

V odločitvi o potrditvi obtožnice je ta dejanska podlaga bolj obrazložena in iz nje je razvidno, da je predobravnavni senat pod to izvršitveno ravnanje hudodelstva zoper človečnost res subsumiral povzročanje hudih poškodb osebam, navzočim v vasi Bogoro v času napada.<sup>109</sup> MKS je ugotovilo, da je zadosti dokazov, ki kažejo na to, da so vojaki povzročali civilistom, ki so bili navzoči v vasi Bogoro, hude telesne poškodbe,<sup>110</sup> vendar da so bile te izvršene z naklepom usmrtitve in ne zgolj povzročanja hudih telesnih poškodb, saj so se neposredni storilci zavedali, da bodo te poškodbe sčasoma privedle do smrti žrtev,<sup>111</sup> toda ostalo je »le« pri poskusu usmrtitve zaradi okoliščin zunaj njihovega nadzora.<sup>112</sup>

Senat je zato odločil, da je treba ravnanja storilcev opredeliti kot poskus umora in ne zgolj kot dokončano hudo telesno poškodbo, saj so imeli storilci naklep usmrtitve in ne zgolj poškodovanja.<sup>113</sup> V tem primeru se je senat torej pravilno odločil, da bo uporabil institut kvalificiranega poskusa, ki je znan tudi v kontinentalni in slovenski pravni ureditvi, v skladu s katerim pride pri poskusu kaznivega dejanja, pri katerem je bilo hkrati dokončano tudi drugo kaznivo dejanje, do navideznega steka in ostane le odgovornost za poskus naklepanega kaznivega dejanja.<sup>114</sup>

Ker je senat ugotovil, da gre za poskus umora, tj. izvršitvenega ravnanja, ki je bilo že zajeto v obtožnici kot hudodelstvo zoper človečnost, je odločil, da druga podobna nečlovečna ravnanja (točka k prvega odstavka 7. člena) ne morejo biti navedena v obtožnici v pravem steku z umorom, ampak zaradi navideznega steka (odnos subsidiarnosti) izgubijo samostojnost, ostane pa le odgovornost za hudodelstvo zoper človečnost z izvršitvenim ravnanjem umora.<sup>115</sup> Obtožnica zato v tem delu ni bila potrjena.<sup>116</sup>

Ta odločitev pa bi bila relevantna tudi za primer, da bi bil naklep poškodovanja civilnih žrtev dokazan. Senat je namreč tudi za ta primer podal (pravilno) stališče, da ni dopustno enega naravnega izvršitvenega ravnanja hkrati (v pravem steku) preganjati kot izvršitveno ravnanje po točkah a do j in kot drugo podobno

<sup>109</sup> Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 26. 9. 2008, par. 445.

<sup>110</sup> Prav tam, par. 456.

<sup>111</sup> Prav tam, par. 457.

<sup>112</sup> Prav tam, par. 457.

<sup>113</sup> Prav tam, par. 463.

<sup>114</sup> Razen če gre pri tem za dve drugačni kaznivi dejanji, ki varujeta različne pravne dobrine, in je zato nujen pravi stek. Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 207.

<sup>115</sup> Prav tam, str. 319, in Tožilec proti Germainu Katangi in Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 26. 9. 2008, par. 461.

<sup>116</sup> Prav tam, par. 465.

nečlovečno ravnanje.<sup>117</sup> Točka k je tako splošna in pomeni generalno klavzulo,<sup>118</sup> zato vsako izvršitveno ravnanje hudodelstva zoper človečnost iz točk a do j po mojem mnenju pomeni specialno obliko točke k in je edina možnost navidezni stek, v skladu s katerim ohrani samostojnost le specialnejša oblika izvršitvenega ravnanja po točkah a do j. Taka odločitev je tudi v skladu s sodno prakso MKSJ,<sup>119</sup> MKS pa ji je sledilo še v odločitvi o potrditvi obtožnice v zadevi *Kenyatta*.<sup>120</sup>

V drugem nalogu za aretacijo v zadevi *Ntaganda* je šel predobravnavni senat v združevanju inkriminacij vojnega hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost še dlje; v primeru umora<sup>121</sup> in spolnega nasilja<sup>122</sup> kot vojnega hudodelstva se je pri ugotovitvi, da obstaja razumna dejanska podlaga za prepričanje, da je osumljenec izvršil ta mednarodna hudodelstva, dejansko skliceval<sup>123</sup> na isto dejansko podlago, ki jo je navedel že pri utemeljevanju umora in hudega spolnega nasilja kot izvršitvene oblike hudodelstva zoper človečnost.<sup>124</sup> Šlo je za ista naravna izvršitvena ravnanja, ki jih je senat subsumiral tako pod vojno hudodelstvo kakor tudi pod hudodelstvo zoper človečnost (pravi stek).<sup>125</sup>

Isto prakso je mogoče najti v nalogu za aretacijo v zadevi *Mbarushimana*, v katerem je navedena ena sama dejanska podlaga,<sup>126</sup> na njeni podlagi pa sledita ustrezni kvalifikaciji za vojno hudodelstvo in za hudodelstvo zoper človečnost z istim izvršitvenim ravnanjem, enako v zadevah *Gombo*,<sup>127</sup> *Kony*, *Otti*, *Odhiamo*, *Ongwen*,<sup>128</sup> *Ahmad Harun*, *Ali Kushayb*<sup>129</sup> in *Husein*.<sup>130</sup>

<sup>117</sup> Prav tam, par. 452. Drugih podobnih nečlovečnih ravnanj ni mogoče najti niti v (oprostilni) sodbi zoper Chuija. Glej Tožilec proti Mathieuju Ngudjolu Chuiju, ICC-01/04-01/07, sodba obravnavnega senata, 18. 11. 2012, par. 215.

<sup>118</sup> Byron, *WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY* (2009), str. 243. *THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY* (2002), str. 375.

<sup>119</sup> Tožilec proti Radislavu Krstiću, IT-98-33-T, sodba obravnavnega senata, 2. 8. 2001, par. 675.

<sup>120</sup> Tožilec proti Francisu Kirimiju Muthauri in Uhuruju Muigaiju Kenyatti, ICC-01/09-02/11, odločitev o potrditvi obtožnice, 23. 1. 2012, par. 280. Gre za druga izvršitvena ravnanja in ne za tista, ki so že izrecno naštet.

<sup>121</sup> Točka i alineje c drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>122</sup> Točka vi alineje e drugega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

<sup>123</sup> Tožilec proti Boscu Ntagandi, ICC-01/04-02/06, nalog za aretacijo, 22. 8. 2006, par. 53 in 57.

<sup>124</sup> Prav tam, par. 37–40 in 34–36.

<sup>125</sup> Prav tam, par. 83.

<sup>126</sup> Tožilec proti Callixteju Mbarushimani, ICC-01/04-01/10, nalog za aretacijo, 28. 9. 2010, par. 7.

<sup>127</sup> Tožilec proti Jean-Pierru Bembi Gomboju, ICC-01/05-01/08, nalog za aretacijo, 23. 5. 2008, str. 5., 6. Tožilec proti Jean-Pierru Bembi Gomboju, ICC-01/05-01/08, odločitev o potrditvi obtožnice, 15. 6. 2009, str. 49, 56, 69, 95, 97, 100, 102, 107.

<sup>128</sup> Tožilec proti Josephu Konyju, Vincentu Ottiju, Okotu Odhiami and Dominicu Ongwenu, ICC-02/04-01/05, nalog za aretacijo, 8. 7. 2005, str. 12–19.

<sup>129</sup> Tožilec proti Ahmadu Muhammadu Harunu (»Ahmad Harun«) in Aliju Muhammadu Aliju Abd-Al-Rahmanu (»Ali Kushayb«), ICC-02/05-01/07, nalog za aretacijo, 27. 4. 2007, str. 3–4.

<sup>130</sup> Tožilec proti Abdelu Raheemu Muhammadu Husseinu, ICC-02/05-01/12, nalog za aretacijo, 1. 3. 2012, str. 4, 5.

### 4.3. Razmerje med izvršitvenimi ravnanji hudodelstev zoper človečnost ter genocidom

Vprašanje steka med genocidom ter hudodelstvom zoper človečnost se je do zdaj v sodni praksi MKS zastavilo le v zadevi *Al Bashir*. Predlog tožilstva za izdajo naloga za aretacijo je vseboval tudi genocid, a predobravnavni senat temu ni ustregel in je izdal le nalog za aretacijo zaradi vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost.<sup>131</sup> Na podlagi tožilčeve pritožbe je nato pritožbeni senat odločil, da je predobravnavni senat postavil previsoke zahteve glede dokaznega standarda in da mora ponovno odločiti o genocidu.<sup>132</sup>

Na podlagi tega je predobravnavni senat izdal nov nalog za aretacijo, med drugim za hudodelstvo zoper človečnost (umor, iztrebljanje, prisilna preselitev civilnega prebivalstva, mučenje in posilstvo)<sup>133</sup> in genocid (pobijanje pripadnikov zaščitene skupine, povzročanje hudih telesnih ali duševnih poškodb njenim pripadnikom in naklepno izpostavljanje življenjskim razmeram, ki naj privedejo do njenega popolnega ali delnega fizičnega uničenja).<sup>134</sup> Za obe pravni kvalifikaciji je predobravnavni senat uporabil isto dejansko stanje, in sicer napade na ozemlju Darfurja, izvršene zoper pripadnike plemen Fur, Masalit in Zaghawa.<sup>135</sup> V drugi odločitvi o tožilčevi zahtevi za izdajo naloga za aretacijo je predobravnavni senat celo izrecno obravnaval razmerje med umorom kot izvršitvenim ravnanjem hudodelstva zoper človečnost in naklepnim pobijanjem pripadnikov zaščitene skupine kot izvršitvenim ravnanjem genocida ter naklepno izpostavljanjem življenjskim razmeram, ki naj bi privedle do popolnega ali delnega uničenja skupine (genocid), in iztrebljanjem (hudodelstvo zoper človečnost). V primeru prvega para je senat podal stališče, da imata genocid in hudodelstvo zoper človečnost isto izvršitveno ravnanje (pobijanje oziroma umor), razlikujeta pa se v kontekstualnih okoliščinah, krivdi in posebni lastnosti žrtev (pripadnik zaščitene skupine oziroma civilna oseba pri hudodelstvu zoper človečnost).<sup>136</sup> Ker gre za isto naravno izvršitveno ravnanje (povzročitev smrti ene ali več oseb),<sup>137</sup> se je

<sup>131</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, prvi nalog za aretacijo, 4. 3. 2009, str. 6 in 7.

<sup>132</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, odločitev pritožbenega senata o pritožbi tožilca zoper odločitev o nalogu za aretacijo, 3. 2. 2010, par. 33, 34 in 42.

<sup>133</sup> Alineja a, b, d in g prvega odstavka 7. člena Rimskega statuta.

<sup>134</sup> Alineja a, b in c 8. člena Rimskega statuta.

<sup>135</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, drugi nalog za aretacijo, 12. 7. 2010, str. 5–7.

<sup>136</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, druga odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 12. 7. 2010, par. 20.

<sup>137</sup> Čeprav je tako stališče neprimerno, saj je usmrnitev osebno kaznivo dejanje, pri teh pa je navidezni stek nedopusten.

senat pri ugotavljanju, ali obstaja razumna podlaga za sklepanje, da so izpolnjeni zakonski znaki pobijanja pripadnikov zaščitene skupine (v konkretnem primeru pripadnikov etničnih skupin Fur, Msalit in Zaghwa) kot izvršitvenega ravnanja genocida, oprl kar na ugotovitve glede dejanskega stanja v zvezi z umorom kot hudodelstvom zoper človečnost, izvršenim zoper pripadnike istih etničnih skupin in hkrati civilistov.<sup>138</sup> Na podlagi iste dejanske podlage<sup>139</sup> je torej predobravnavni senat potrdil dve različni pravni kvalifikaciji in se odločil za pravi stek med genocidom in hudodelstvom zoper človečnost.

Isto taktiko je predobravnavni senat ubral pri naklepem izpostavljanju zaščitene skupine življenjskim razmeram, ki naj privedejo do njenega popolnega ali delnega fizičnega uničenja (izvršitveno ravnanje genocida), in ugotovil, da gre pri njegovi dejanski podlagi za podobna naravna izvršitvena ravnanja kot pri iztrebljanju kot hudodelstvu zoper človečnost.<sup>140</sup> Ker je bilo to hudodelstvo zoper človečnost potrjeno že s prvo odločitvijo o nalogu za aretacijo,<sup>141</sup> je senat naknadno potrdil tudi genocid z istovrstnim izvršitvenim ravnanjem na podlagi istega dejanskega stanja.<sup>142</sup>

Tako stališče je sicer v skladu s prevladujočo sodno prakso MKSJ in MKSR,<sup>143</sup> a se z njim ne strinjam. Menim, da je tudi na primeru teh dveh mednarodnih hudodelstev avtomatična in formalna uporaba Blockburgerjevega testa nepriemerna, ne da bi upoštevali tudi vidik konsumpcije in vsebino oziroma pomen posameznih inkriminacij.

Genocid in hudodelstvo zoper človečnost imata lahko ista oziroma istovrstna izvršitvena ravnanja, pod katera je mogoče subsumirati ista naravna izvršitvena ravnanja, razlikujeta pa se lahko (ni pa nujno) v nekaj elementih, ki jih je omenil že predobravnavni senat v zadevi *Al Bashir* v drugi odločitvi o nalogu za aretacijo: kontekstualne okoliščine, lastnosti žrtve in vsebina krivde.

<sup>138</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, druga odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 12. 7. 2010, par. 21.

<sup>139</sup> Senat se je skliceval kar na dejansko stanje iz hudodelstev zoper človečnost.

<sup>140</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, druga odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 12. 7. 2010, par. 35.

<sup>141</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, prva odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 4. 3. 2009, par. 97.

<sup>142</sup> Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, druga odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 12. 7. 2010, par. 38.

<sup>143</sup> Tožilec proti Radislavu Krstiću, IT-98-33-T, sodba pritožbenega senata, 19. 4. 2004, par. 223–227, Tožilec proti Jeanu Paulu Akayesu, ICTR-96-4, sodba obravnavnega senata, 2. 9. 1998, par. 469, Tožilec proti Alfredu Musemi, ICTR-96-13-A, sodba obravnavnega senata, 27. 1. 2000, par. 297, 951, Tožilec proti Alfredu Musemi, ICTR-96-13-A, sodba pritožbenega senata, 16. 11. 2001, par. 366 in 367.

Glede kontekstualnih okoliščin drži, da se pri hudodelstvu zoper človečnost zahteva, da je izvršitveno ravnanje sestavni del velikega ali sistematičnega napada na civilno prebivalstvo, pri genocidu pa mora obstajati poseben naklep v celoti ali delno uničiti določeno zaščiteno osebo, česar Rimski statut ne zahteva pri genocidu. Znaki kaznivih dejanj določajo, da mora tožilstvo dokazati, da je bilo ravnanje izvršeno v okviru nedvoumnega vzorca podobnega ravnanja zoper zaščiteno skupino ali da bi konkretno ravnanje samo po sebi lahko povzročilo takšno uničenje.<sup>144</sup> Ta pogoj kaže na element organiziranosti ali sistematičnosti in je posebnost definicije genocida v okviru Rimskega statuta. Še posebej je to relevantno v zvezi z že omenjeno strategijo pregona, v skladu s katero naj bi tožilstvo preganjalo oblikovalce politike, ne pa najnižjih izvrševalcev ukazov (*footsoldiers*). Po mojem mnenju gre v obeh primerih za diskriminatorno politiko države, le da gre pri kontekstualni okoliščini genocida za kvalificirano in zaradi tega tudi specialno kontekstualno okoliščino v razmerju do sistematičnega ali velikega napada na civilno prebivalstvo, v skladu s katerim naklep uničenja določene skupine (znotraj civilnega prebivalstva) ni potreben.

Hudodelstvo zoper človečnost mora biti izvršeno zoper civilno prebivalstvo, medtem ko je genocid usmerjen zoper etnično, rasno, narodnostno ali versko skupino. Ker so skupine pri genocidu bolj natančno določene, gre tukaj spet za specialno določbo, in to kljub temu, da določba o genocidu ne ščiti le civilnih pripadnikov zaščitene skupine. V primeru civilnih pripadnikov zaščitene skupine se torej inkriminacije prekrivajo, genocidna pa je ožja in s tem specialna.

Razliko je mogoče najti tudi v vsebini krivde. Pri hudodelstvu zoper človečnost je treba dokazati storilčevo zavedanje, da je ravnanje del sistematičnega ali velikega napada na civilno prebivalstvo, in krivdo, ki se zahteva pri posameznem izvršitvenem ravnanju.<sup>145</sup> Pri genocidu pa mora tožilstvo dokazati, da ima storilec naklep (*dolus coloratus*) v celoti ali delno uničiti neko zaščiteno skupino ter krivdo do posameznega izvršitvenega ravnanja v skladu s 30. in 6. členom Rimskega statuta. Če odštejemo krivdo za posamezno izvršitveno ravnanje, je bistvena razlika med krivdo pri genocidu in hudodelstvu zoper človečnost po mojem mnenju v krivdnem odnosu do kontekstualnih okoliščin, kar pa po mojem mnenju spet pomeni, da je inkriminacija genocida glede tega hujša in specialna.

<sup>144</sup> Znaki kaznivih dejanj Mednarodnega kazenskega sodišča, uvodna pojasnila k 6. členu in elementi posameznega izvršitvenega ravnanja genocida, Tožilec proti Omarju Hassanu Ahmadu Al Bashirju, ICC-02/05-01/09, druga odločitev predobravnavnega senata o nalogu za aretacijo, 12. 7. 2010, par. 8; THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY (2002), str. 347–350, Schabas, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2010), str. 124–125, COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2008), str. 147–149.

<sup>145</sup> Prvi odstavek 7. člena Rimskega statuta, Znaki kaznivih dejanj Mednarodnega kazenskega sodišča, elementi posameznega izvršitvenega ravnanja hudodelstva zoper človečnost.

Če zaščiteni skupina genocida ustreza civilnemu prebivalstvu hudodelstev zoper človečnost in gre za ista naravna izvršitvena ravnanja, ki jim ustreza isto vrstno zakonsko izvršitveno ravnanje po Rimskem statutu, potem načeli specialnosti in konsumpcije po mojem mnenju ne dopuščata pravega steka, ampak je treba nujno narediti navidezni stek, po katerem bi le genocid ohranil samostojnost.<sup>146</sup>

V zadevi *Al Bashir* so se vsaj na podlagi dejstev, ki sta jih tožilstvo in predobravnavni senat navedla do zdaj, prekrivale inkriminacije na dejanski ravni, saj naj bi bila tako izvršitvena ravnanja genocida kakor tudi hudodelstva zoper človečnost izvršena zoper civilno prebivalstvo, ki hkrati ustreza definiciji etnične skupine pri genocidu. Poleg tega je šlo za isto dejansko stanje oziroma naravna izvršitvena ravnanja. Na podlagi vsega tega menim, da bi moral predobravnavni senat napraviti navidezni stek. V nasprotnem primeru gre za dvakratni kazenski pregon za isto ravnanje in za kršitev človekovih pravic<sup>147</sup> ter Rimskega statuta.

## 5. Sklep

Pravilna uporaba pravega in navideznega steka omogoča dosledno spoštovanje prepovedi večkratnega kaznovanja za isto ravnanje. Strogo procesno gledano to sicer pomeni, da ni mogoče voditi ponovnih kazenskih postopkov, ko je bilo o kaznivem dejanju že pravnomočno odločeno, na materialnopravnem področju pa dosledno spoštovanje *ne bis in idem* vpliva na odločitev, ali skupek ravnanj ali zgolj eno ravnanje pomeni le eno kaznivo dejanje ali gre za več kaznivih dejanj. Če so ta pravila napačno uporabljena, gre za večkratno kaznovanje za isto ravnanje, in to pomeni kršitev *ne bis in idem*.

Dosedanja sodna praksa MKS glede navedenih vprašanj stekov sledi uveljavljeni sodni praksi MKSJ in MKSR in od nje ne odstopa. Tako dopušča alternativno obtoževanje za vojna hudodelstva v mednarodnem in notranjem oboroženem spopadu, pravi stek med istim izvršitvenim ravnanjem hudodelstva zoper človečnost in vojnim hudodelstvom ter pravi stek med istim izvršitvenim ravnanjem hudodelstva zoper človečnost in genocida, čeprav imajo isto dejansko podlago.

Po mojem mnenju bi se moralo vprašanje, ali gre za notranji ali mednarodni oboroženi spopad, izkristalizirati čim prej v postopku, skrajna dostojna točka za

<sup>146</sup> Tako tudi Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 124–125, str. 135.

<sup>147</sup> Glej na primer 4. člen Protokola št. 7 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Ur. l. RS, MP, št. 33/1994.

določitev pravne kvalifikacije, o kateri naj odloča sodišče na sojenju, pa je potrditev obtožnice, čeprav MKS trenutno to predstavlja na trenutek izdaje sodbe.

Glede razmerja vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost z istim (naravnim) izvršitvenim ravnanjem in zoper isto skupino žrtev bi moralo sodišče pretrgati z nepravilno prakso, ki krši prepoved *ne bis in idem*, uporabiti navidezni stek ter preganjati le za hudodelstvo zoper človečnost na podlagi konsumpcije in načela specialnosti. Enako velja za odnos med genocidom in hudodelstvom zoper človečnost.

Prvi pogoj pravilne uporabe stekov je seveda predhodno poenotenje izvršitvenih ravnanj, ki se včasih zaradi prenosa iz različnih virov humanitarnega prava razlikujejo v poimenovanju, se pa ujemajo v vsebini. Tako bi bilo odločanje glede stekov še preprostejše.

Zdi se tudi, da gre na mednarodni ravni pri vprašanju stekov za čisto druga vprašanja kot v nacionalnih pravnih sistemih. Na nacionalni ravni pri osebnih kaznivih dejanjih velja, da kolikor je žrtev, toliko je kaznivih dejanj.<sup>148</sup> Če je usmrčenih več oseb, je kaznivih dejanj več (pravi stek). Tudi pri omenjenih mednarodnih hudodelstvih gre pogosto za osebna kazniva dejanja (na primer umor kot izvršitveno ravnanje vojnega hudodelstva, hudodelstva zoper človečnost in hudodelstva genocida). Kljub temu pa se praviloma MKS v takem primeru odloči za navidezni stek in kljub številnim žrtvam mednarodnega hudodelstva tožilstvo to preganja le kot vzorčni primerek enega samega mednarodnega hudodelstva genocida, hudodelstev zoper človečnost ali pa vojnih hudodelstev.<sup>149</sup> Samo sklepam lahko, da do tega pride zaradi številčnosti, množičnosti in s tem brezimnosti ter nedoločnosti konkretnih žrtev mednarodnih hudodelstev. To je tudi povezano s strategijo pregona tožilstva, ki ima namen pokazati vzorec storilčevega ravnanja na konkretnih izvršitvah mednarodnih hudodelstev, vse skupaj pa je namenjeno pregonu enega hudodelstva.<sup>150</sup>

Tako pri osebnih kaznivih dejanjih ni pravega steka istega mednarodnega hudodelstva na podlagi več istovrstnih ravnanj zoper več žrtev. Ta argument bi bil sicer najbolj relevanten pri vojnih hudodelstvih, medtem ko je pri hudodel-

<sup>148</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 204.

<sup>149</sup> Glej na primer Tožilec proti Thomasu Lubangi Dyilu, ICC-01/04-01/06, sodba obravnavnega senata, 14. 3. 2012, kjer je šlo za eno samo kaznivo dejanje z več različnimi izvršitvenimi ravnanji, čeprav je iz spisa razvidno, da gre za več žrtev.

<sup>150</sup> The office of the prosecutor: Prosecutorial strategy 2009–2012, URL: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf>, str. 6; in: The Office of the Prosecutor of the ICC – 9 Years On: Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003–2011), Recommendations to the Next ICC Prosecutor, International Federation for Human Rights, 2011, URL: <http://fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf>.

stvu zoper človečnost in tudi pri genocidu element organiziranosti in sistematiziranosti verjetno razlog za navidezni stek med več istovrstnimi izvršitvenimi ravnanji istega hudodelstva.

MKS tako uporablja pravi stek med različnimi izvršitvenimi ravnanji istega mednarodnega hudodelstva ali pa pravi stek med različnimi mednarodnimi hudodelstvi, ki imajo isto naravno izvršitveno ravnanje, pri katerih gre za dokazano iste historične dogodke in skupino žrtev, le kontekstualne okoliščine so različne za vsako mednarodno hudodelstvo. Isto ravnanje torej subsumira pod več mednarodnih hudodelstev oziroma pod vsa, za katera je mogoče dokazati kontekstualne okoliščine, čeprav med njimi obstaja razmerje specialnosti. Po drugi strani pa ne uporablja pravega steka za večkratne primere istega mednarodnega hudodelstva, ki je bilo izvršeno zoper različne žrtve.

Po mojem mnenju procesna ureditev Rimskega statuta s široko možnostjo tožilca spreminjati obtožnico in nevezanostjo sodišča na pravno kvalifikacijo omogoča alternativni pregon za vojna hudodelstva v mednarodnih in notranjih oboroženih spopadih, saj tožilstvo navede dovolj široko pravno podlago za alternativni obtožbi, skozi postopek pa sodišče (najkasneje v sodbi) izbere »pravo« pravno kvalifikacijo na podlagi alternativnega predloga in navedenega dejanskega stanja. To mora biti seveda dovolj široko, da zajame okoliščine obeh možnih oblik oboroženih spopadov.

Taka procesna ureditev pa bi po drugi strani omogočila tudi navidezni stek med hudodelstvom zoper človečnost in vojnim hudodelstvom ter genocidom in hudodelstvom zoper človečnost, saj bi sodišče na podlagi nevezanosti na pravno kvalifikacijo še vedno lahko izdalo obsodilno sodbo za milejše mednarodno hudodelstvo, če bi ugotovilo, da zakonski znaki za hujše niso izpolnjeni. To bi bilo še vedno pokrito z dejanskim stanjem, navedenim v obtožnici. Nasprotna situacija, ko bi tožilec tožil le za lažje mednarodno hudodelstvo, sodišče pa bi potem spremenilo pravno kvalifikacijo v hujše, praviloma ne bi bila dopustna, ker bi taka sprememba ponavadi pomenila preseganje dejanskega stanja iz obtožnice in s tem kršitev 55. pravila iz Pravil sodišča. Na tak način bi po mojem mnenju MKS s pravilno uporabo stekov tudi lažje doseglo prepoved večkratnega kaznovanja za isto ravnanje.

## Literatura

- Ambos, Kai: The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues, v: *International Criminal Law Review*, 12 (2012), str. 115–153.
- Ambrož, Matjaž; Bavcon, Ljubo; Fišer, Zvonko; Korošec, Damjan; Sancin, Vasilka; Selinšek, Liljana; Škrk, Mirjam: *MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012.
- AU Condemns al-Bashir's Arrest Warrant, URL: <http://www.pambazuka.org/aumonitor/comments/2239/> (22. 1. 2013).
- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: *KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Byron, Christine: *WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*, Manchester University Press, Manchester 2009.
- COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – OBSERVERS' NOTES, 2. izdaja (ur. O. Triffterer), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008.
- Dežman, Zlatan; Erbežnik, Anže: *KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE*, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Frister, Helmut: *STRAFRECHT – ALLGEMEINER TEIL*, 4. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2009.
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas: *LEHRBUCH DES STRAFRECHTS – ALLGEMEINER TEIL*, 5. izdaja, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Schabas, William: *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, A COMMENTARY ON THE ROME STATUTE*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Šošič, Miha: Stek kaznivih dejanj in načelo ne bis in idem, v: *Pravnik* 67 (2012) 7-8, str. 557–585.
- The office of the prosecutor of the ICC – 9 Years On: Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003–2011), Recommendations to the Next ICC Prosecutor, International Federation for Human Rights, 2011, URL: <http://fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf> (29. 1. 2013).
- The office of the prosecutor: Paper on some policy issues before the office of the prosecutor 2003, URL: [http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905\\_policy\\_paper.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf) (22. 1. 2013).
- The office of the prosecutor: Prosecutorial strategy 2009–2012, URL: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf> (22. 1. 2013).

The office of the prosecutor: Report on prosecutorial strategy 2006, URL: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf) (22. 1. 2013)

THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY (ur. A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones), Oxford University Press, New York 2002.

Zgaga, Sabina: Steki kaznivih dejanj v mednarodnem kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 69 (2009), str. 333–363.

## Application of Merger of Offences in Current Case Law of International Criminal Court

### Summary

The policy of criminal prosecution has been gaining focus on national, international and supranational level in order to achieve effective criminal prosecution. This issue is of high importance also in the International Criminal Court (ICC). There is almost none situation under its jurisdiction without criticism that the ICC is being used as a political tool for protection of certain interests of western states. This could be inferred from the selection of situations and cases that are currently under the jurisdiction of the ICC. The selection of cases is the essence of the policy of criminal prosecution, as well as of merger of offences.

The principle of complementarity, upon which the ICC prosecution is based, refers to the subsidiary role of the ICC in its relationship with the states signatories. The primal duty to prosecute the international crimes namely belongs to the state signatories. The ICC can only execute its jurisdiction, when a territorial state is unable or unwilling to effectively prosecute the perpetrators of international crimes from the Rome Statute. The emphasis therefore lies on the positive complementarity, according to which the Office of the Prosecutor will encourage and support genuine and proper criminal proceedings inside state signatories by various forms of cooperation, but without direct involvement of the Office of the Prosecutor with capacities, financial and technical aspects.

Opening chapter of this paper discusses the basis regulation of criminal prosecution in ICC, the next presents the merger of offences in international criminal law and the main focus of this paper lies on the case law of the ICC on the merger of offences, especially in regard to relationship between different international crimes with the same physical act. The case law of ICC is critically analysed and compared to the case law of the International Court for the Former Yugoslavia (ICTY) and Ruanda (ICTR), since it is the main thesis of this paper that the current case law of the ICC follows the previous case law of the ICTY and ICTR, but that it is improper, if analysed from the viewpoint of certain basic principles of continental criminal law.

Namely, proper application of merger of offences enables consistent fulfilment of *ne bis in idem*. This prohibition could be understood strictly procedural; nobody can be prosecuted again for the same act, if it has already been decided upon it in a criminal procedure with a final decision. This rule could however have substantive criminal law aspects. It refers to the proper decision,

whether an actual situation should be prosecuted as one or more criminal acts. This is the essence of the legal institution of the merger of offences. If this decision is incorrect and one act is prosecuted incorrectly as more than one criminal act, the *ne bis in idem* rule is not respected.

The ICC case law consistently follows the case law of ICTY and ICTR and allows the alternative prosecution for war crimes in international and internal armed conflict and prosecution for both, war crimes and crimes against humanity, even though the act, which should be subsumed under their definition, and the factual situation are the same. The same applies to the relationship between the genocide and crimes against humanity with the same factual situation and physical act.

In regard to the alternative prosecution for war crimes in international and internal armed conflict it is my opinion that the nature of the armed conflict in question should be assessed as early as possible in the criminal procedure. The latest stage, which is in my opinion still appropriate, should be the confirmation of charges.

In regard to the relationship between war crimes and crimes against humanity with the same physical act it is my opinion that ICC should depart from the case law of the ICTY and ICTR, which infringes the *ne bis in idem* prohibition. It should allow prohibition only for crimes against humanity due to their *lex specialis* nature, when they are committed in the framework of an armed conflict and against civilian population. The same applies to the relationship between genocide and crimes against humanity. In this case ICC should allow only the prosecution for genocide, when the actual situation implies that the acts were committed against civilian population, which is also one of the protected groups of genocide.

The analysis of the ICC case law also shows that the issues of merger of offences in international criminal law differ from its issues in national legal systems. In national legal the perpetrator should always be prosecuted for as many personal criminal acts as there are victims. The core international crimes do have the personal aspect also, for example murder as an act of war crime, crimes against humanity and genocide. Despite such fact and despite (usually) numerous victims the ICC applies the merger of offences. The perpetrator is therefore being prosecuted for only one example of an international crime; as a proof for a pattern of the perpetrator's behaviour. One reason for such practice could be the high number of victims of core international crimes. There is usually not only a single one or a couple of victims as in national criminal systems. Such high number of victims unfortunately causes their anonymity and namelessness and brings difficulties for the prosecution. In such cases the perpetrator

could be prosecuted for as many international crimes as there are victims. On the other hand is this connected also to the prosecutorial strategy, according to which it is the prosecution intends to prove the pattern of the perpetrator's behaviour on the basis of certain crimes, which were committed. The cases of the same act would therefore be prosecuted as one case of an international crime and as a sample of the pattern for the perpetrator's behaviour.

Instead, the ICC focuses on the relationship between different international crimes. When the crimes against humanity and war crimes have a physical act in common, they are both prosecuted, even though they are based upon the same actual situation. The only distinctions between them are the contextual circumstances. The ICC subsumes an act under all definitions of international crimes, for which the contextual circumstances could be proved. Even though based on their *lex specialis* nature only the worst international crime should be prosecuted. On the other hand, as it was already mentioned, only one case of each international crime is usually prosecuted despite its personal nature and different victims.

In my opinion such prosecution is enabled by the procedural regulation of the Rome Statute and its wide possibility of the prosecutor to amend the charges and the possibility of the trial chamber to amend the legal characterisation of the international crimes on the basis of the facts from the charges.

On the other side such procedural regulation would also enable the merger of offences and prosecution for only one form of international crimes. The chamber namely always has the possibility to amend the legal characterisation of the crime into a lesser one, based on the facts from the charges. Opposite amendment from a lesser to worse crime would not be possible, if the facts from the charges do not suffice. In such manner merger of offences would be applied in a correct manner and the *ne bis in idem* rule could be respected.

