

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2011

LETNIK LXXI

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 71 (2011) / Volume 71 (2011)
Oktober 2011 / October 2011

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje
avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-
NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Dr. Mirjam Škrk*

Viri mednarodnega kazenskega prava

1. Uvod

Obravnavanje virov mednarodnega kazenskega prava je tesno povezano z vprašanjem, kako opredeljujemo to pravno vejo. Nobenega dvoma ni, da je mednarodno kazensko pravo razmeroma mlada znanstvena disciplina, pomen katere se vse bolj povečuje.¹ Bavcon, ki je pionir mednarodnega kazenskega prava v slovenskem pravnem prostoru, ocenjuje, da je danes mednarodno kazensko pravo postalo celovita, samostojna pravna disciplina.² Po njegovem prepričanju je bil izjemen napredek v pogledu razvoja mednarodnega kazenskega prava storjen po padcu berlinskega zidu v devetdesetih letih prejšnjega stoletja, ki se je zaključil z izglasovanjem Rimskega statuta stalnega mednarodnega kazenskega sodišča na rimski diplomatski konferenci leta 1998 in s hitrimi ter številnimi ratifikacijami tega statuta.³ Podobno tudi drugi avtorji menijo, da o pojavu režima mednarodnega kazenskega prava lahko govorimo šele po letu 1990, ko sta bili ustanovljeni *ad hoc* mednarodni kazenski sodišči za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando.⁴ V svetu namreč deluje pet mednarodnih kazenskih sodišč in vrsta internacionaliziranih oziroma hibridnih sodišč. Na področje mednarodnega kazenskega prava posega tudi Meddržavno sodišče v Haagu, katerega pristojnost je sicer omejena

* Redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ »First, ICL (international criminal law – op. a.) is a *relatively new branch of international law.*« Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 4.

² Bavcon, Mednarodno kazensko pravo, v: Zbornik znanstvenih razprav (ZZR) 65 (2005), str. 83.

³ Prav tam, str. 84.

⁴ Cryer, Frima, Robinson, Wilmschurst, AN INTRODUCTION (2007), str. 1: »It was not until the 1990s, with the establishment of the *ad hoc* Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda, that it could be said that an international criminal law regime had evolved. This is a relatively new body of law which is not yet uniform, nor are its courts universal.«

na spore med državami.⁵ Sodna praksa teh sodišč je za ugotavljanje pravil in načel mednarodnega kazenskega prava ter za njihovo razlago in razvoj nepogrešljiva. Pri obravnavanju virov mednarodnega kazenskega prava ostajamo v okviru kršitev mednarodnega prava, ki so pripisljive posamezniku (fizični osebi) in za katere je kazensko odgovoren pred nacionalnimi ali mednarodnimi sodišči, in se ne spuščamo na področje kršitev, ki so pripisljive državi.⁶

Pojmovanje mednarodnega kazenskega prava v teoriji ni povsem enotno. Bavcon pristopa k opredelitvi mednarodnega kazenskega prava potom norm kazenskopravne narave v mednarodnem pravu. Te razvrsti v štiri skupine, in sicer: (1) norme mednarodnega prava, ki so materialnopravne narave; (2) norme mednarodnega prava, ki spadajo v kazensko procesno pravo, (3) norme mednarodnega prava, ki so kazenskoorganizacijske narave, in (4) norme mednarodnega prava, ki so izvršilne narave.⁷ Ob tem opozarja, da je mednarodno kazensko pravo za večino strokovnjakov s področja mednarodnega prava samo eno od poglavij mednarodnega javnega prava.⁸ Za penaliste je mednarodno kazensko pravo posebno poglavje domačega kazenskega materialnega in procesnega prava ali pa posebna pravna disciplina.⁹

Med tujimi avtorji je Cassese najznamenitejši zagovornik stališča, da je mednarodno kazensko pravo del mednarodnega javnega prava.¹⁰ Pravila, ki tvorijo to vejo prava, po njegovem izhajajo iz virov mednarodnega prava.¹¹ Nekoliko previdnejši je Akande, ki se strinja, da je mednarodno kazensko pravo del med-

⁵ Meddržavno sodišče, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Demokratska republika Kongo v. Belgija), sodba, ICJ Reports 2002, str. 3; Meddržavno sodišče, Certain Questions of Mutual assistance in Criminal Matters (*Džibuti v. Francija*), sodba, ICJ Reports 2008, str. 177; Meddržavno sodišče, Certain Criminal Proceedings in France (*Republika Kongo v. Francija*), sklep z dne 16. novembra 2010 (postopek je bil ustavljen s sklepom, ker je DR Kongo umaknil tožbo); od 19. 2. 2009 je v teku postopek Belgije proti Senegalu zaradi izpolnitve obveznosti, ali bivšemu predsedniku Čada Hissènu Habréju soditi ali ga izročiti.

⁶ Glej na primer Meddržavno sodišče, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, sodba, ICJ Reports 1986, str. 14; Meddržavno sodišče, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, svetovalno mnenje, 9. julij 2004, ICJ Reports, 2004, str. 136; Meddržavno sodišče, Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosna in Hercegovina v. Srbija in Črna gora*), sodba, 26. februar 2007; Meddržavno sodišče, Armed Activities on the Territory of the Congo (*Demokratska republika Kongo v. Uganda*), sodba, ICJ Reports, 2005, str. 168.

⁷ Bavcon idr., MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (1997), str. 15.

⁸ Prav tam, str. 29.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 4. Antonio Cassese je bil prvi predsednik *ad hoc* Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo.

¹¹ Prav tam.

narodnega prava.¹² Vendar opozarja, da je pri upoštevanju virov mednarodnega kazenskega prava pomembno določiti organ, naloga katerega je uporabljati to pravo.¹³ Pregon mednarodnih hudodelstev namreč lahko poteka pred mednarodnimi sodišči, pred internacionaliziranimi sodišči ali pred nacionalnimi sodišči. Mednarodna in internacionalizirana sodišča lahko uporabljajo načela in pravila mednarodnega prava, nacionalna sodišča pa nimajo vedno takšne svobode ali vsaj ne v takšnem obsegu kot prvi dve skupini sodišč.¹⁴ V kakšnem obsegu in na kakšen način, torej neposredno ali posredno, prek nacionalne zakonodaje, lahko nacionalna sodišča pri pregonu mednarodnih hudodelstev ali mednarodnih kaznivih dejanj uporabljajo vire mednarodnega kazenskega prava, je v prvi vrsti odvisno od njihovih ustavnih ureditev in od tega, ali njihovo notranje pravo pripada tako imenovani skupini *common law* držav ali skupini držav s civilnim pravnim redom.¹⁵ V doktrini in praksi je bolj ali manj uveljavljeno stališče, da v državah s civilnim pravnim redom, ki imajo pravila kazenskega materialnega in procesnega prava zbrana v kazenskih zakonikih, njihova sodišča ne morejo neposredno uporabljati pravil mednarodnega kazenskega prava, ki izvirajo iz mednarodnega prava, če niso transformirana v njihovo nacionalno zakonodajo.¹⁶ Tudi drugi avtorji priznavajo, da je mednarodno kazensko pravo zlitje dveh pravnih disciplin, mednarodnega prava in domačega kazenskega prava.¹⁷ Po enem od stališč je mednarodno kazensko pravo celo hibrid tristranske zveze med mednarodnim pravom človekovih pravic, *ius in bello* oziroma mednarodnim humanitarnim pravom in domačim kazenskim pravom.¹⁸ Pri tem seveda ne moremo prezreti dejstva, da so v notranjih kazenskih zakonodajah tako imenovanih demokratičnih držav uveljavljeni številni materialnopravni in procesni instituti, ki so civilizacijsko merilo z vesplošno veljavo in torej tudi tvorijo del korpusa mednarodnega kazenskega prava.

Bassiouni, ki je nesporno eden vodilnih teoretikov na tem področju, opredeljuje mednarodno kazensko pravo kot kompleksno pravno disciplino, sestavlje-

¹² Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 41.

¹³ Prav tam.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ *Common law countries in civil law countries*. Pojem *civil law* države se uporablja kot sinonim za države evropskega kontinentalnega pravnega sistema.

¹⁶ Pri tem imamo v mislih transformacijo, kot je uveljavljena pri državah strogega dualizma (na primer Združeno kraljestvo), kjer se za uveljavitev pogodbenega pravila mednarodnega prava zahteva, da zakonodajalec sprejme poseben nacionalni predpis (zakon) in zgolj akt o ratifikaciji, ki je sicer uveljavljen pri zmernem dualizmu z adopcijo (na primer Slovenija), za neposredno uporabljivost mednarodne kazenske norme pred nacionalnimi sodišči ne zadošča.

¹⁷ »International criminal law (ILC) constitutes the fusion of two legal disciplines: international law and domestic criminal law.« Bantekas, Nash, International Criminal Law (2007), str. 1.

¹⁸ Grover, A Call to Arms, v: EJIL, 21 (2010) 3, str. 550.

no iz delov, povezanih v njihovem funkcionalnem odnosu zaradi zasledovanja njihovih vrednostno usmerjenih ciljev.¹⁹ Ti cilji vključujejo preprečevanje in zatiranje mednarodne kriminalitete, pospeševanje odgovornosti in zmanjševanje nekaznovanosti ter uveljavitev mednarodnega kazenskega sojenja.²⁰ Že omenjeni sestavni deli mednarodnega kazenskega prava izhajajo iz različnih pravnih disciplin in njihovih vej, vključno z mednarodnim pravom, nacionalnim kazenskim pravom, primerjalnim kazenskim pravom in postopkom ter mednarodnim in regionalnim pravom človekovih pravic.²¹

Degan in Pavišić opredelita mednarodno kazensko pravo v najširšem pomenu kot skupnost kazenskopravnih norm, vezanih na mednarodne odnose.²² Pojasnita, da mednarodno kazensko pravo lahko pomeni izbor pravil, s katerimi država predpisuje kazniva dejanja s tujim elementom in kazenske sankcije zanje, ali pravila, ki so mednarodnega izvora.²³ Mednarodno kazensko pravo zajema tudi nekatera najhujša dejanja, ki jih je mednarodna skupnost priznala za mednarodna hudodelstva, za katera osumljenim lahko sodijo nacionalna ali mednarodna sodišča.²⁴

Tudi če sprejmemo širši pomen pojma mednarodnega kazenskega prava, da torej poleg mednarodnega (javnega) prava zajema tudi nacionalno kazensko pravo, kadar gre za zaščito vrednot mednarodnega reda,²⁵ primerjalno kazensko pravo in odnose med državami, ki zadevajo mednarodno pravno pomoč, ne moremo pri tem prezreti prevlade mednarodnega prava. K temu nas napeljuje zgodovinski razvoj mednarodnega kazenskega prava.²⁶ Poleg tega ne moremo mimo dejstva, da danes deluje pet mednarodnih kazenskih sodišč: dve *ad hoc* za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando (International Criminal Tribunal for Yugoslavia – ICTY in International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR), Mednarodno kazensko sodišče (v nadaljevanju MKS), Posebno sodišče za Sierro Leone in Posebno sodišče za Libanon.²⁷ Zadnji dve uvrščamo med internacionalizirana

¹⁹ Bassiouni, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 3.

²⁰ Prav tam.

²¹ Prav tam.

²² Degan, Pavišić, MEDUNARODNO KAZNENO PRAVO (2005), str. 1. Vendar ta opredelitev pove pre malo, čeprav ji ne odrekata pravilnosti. »Ta definicija iako je točna, malo što objašnjava.«

²³ Prav tam.

²⁴ Prav tam.

²⁵ Cryer, Frima, Robinson Wilmschurst, AN INTRODUCTION (2007), str. 4.

²⁶ Za zgodovinski razvoj mednarodnega kazenskega prava glej Bavcon in drugi, Mednarodno kazensko pravo (1997), str. 41–51. Prim. Škrk, M., Stalnemu mednarodnemu kazenskemu sodišču naproti?, v: Pravnik 50 (1995) 6–8, str. 326–327.

²⁷ Mednarodna praksa pri uporabi pojma sodišče (angl. *court*, fr. *cour*) ni enotna. V nekaterih primerih, kot so nürnberško in tokijsko sodišče, obe *ad hoc* sodišči za nekdanjo Jugoslavijo ter Ruando in posebno sodišče za Libanon, je bil uporabljen pojem tribunal (angl. in fr. *tribunal*).

kazenska sodišča, ker imata v primerjavi z MKS in *ad hoc* sodiščema za Jugoslavijo in Ruando nekatere elemente internacionaliziranih (hibridnih sodišč). Posebno sodišče za Siero Leone je pristojno za pregon hudodelstev po mednarodnem humanitarnem pravu in po nacionalnem pravu.²⁸ Posebni tribunal za Libanon, ki je opredeljen kot sodišče mednarodnega značaja, je pristojen za pregon terorističnih kaznivih dejanj po libanonskem Kazenskem zakoniku.²⁹ Tudi za internacionalizirana sodišča je mednarodno pravo poleg nacionalnega prava nepogrešljiv pravni vir.³⁰

2. Viri mednarodnega kazenskega prava v kontekstu mednarodnega prava

2.1. Predstavitev virov mednarodnega prava po prvem odstavku 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča

Zaradi poudarjene vloge mednarodnega prava pri razvoju in utrjevanju mednarodnega kazenskega prava se sprašujemo, ali lahko za opredelitev virov mednarodnega kazenskega prava uporabimo 38. člen Statuta Meddržavnega sodišča, ki predstavlja splošno priznano pravilo o virih mednarodnega prava. Teorija se pogosto ozira k 38. členu Statuta Meddržavnega sodišča kot napotilu za vire mednarodnega kazenskega prava.³¹ Degan in Pavišić zagovarjata stališče, da je z vidika virov mednarodnega prava treba preučiti tisti del mednarodnega kazen-

V angleškem in francoskem nacionalnem pravu, od koder pojma izvirata, pomenske razlike med njima ni mogoče z gotovostjo ugotoviti in se oba izraza uporabljata za določene vrste sodišč. V mednarodni praksi je bil pojem sodišče (*court, cour*) uveljavljen z ustanovitvijo Stalnega arbitražnega sodišča (angl. *Permanent Court of Arbitration*) kot institucije, za postavitve posameznih arbitraž po Haaških konvencijah pa je uporabljen pojem arbitražni tribunal. Tudi pri stalnih mednarodnih sodiščih pojem sodišče ni enotno uporabljen (na primer Tribunal za pravo morja). V nadaljevanju tega besedila je za vsa mednarodna kazenska sodišča uporabljen enotni pojem sodišče, ki pomensko pokrije tudi primere mednarodnih kazenskih tribunalov. Glej Zakon o sodelovanju med Republiko Slovenijo in Mednarodnim kazenskim sodiščem za Jugoslavijo ter Mednarodnim kazenskim sodiščem za Ruando, Ur. l. RS, št. 124/2000.

²⁸ Pravna podlaga za njegovo ustanovitev je Sporazum med ZN in vlado Sierre Leone o ustanovitvi Posebnega sodišča za Siero Leone, URL: <http://www.sc-sl.org/>.

²⁹ Ustanovljen na podlagi resolucije Varnostnega sveta št. 1757 (2007) z dne 30. maja 2007, katere priloga je Sporazum med ZN in Republiko Libanon o ustanovitvi Posebnega tribunala za Libanon, pristojnega za sojenje osebam, odgovornim za storitev terorističnega hudodelstva, v katerem so bili ubiti nekdanji libanonski predsednik vlade Rafiq Hariri in druge osebe.

³⁰ Glej Arnol, *INTERNACIONALIZIRANA KAZENSKA SODIŠČA* (2008).

³¹ Cryer, Frima, Robinson, Wilmschurst, *AN INTRODUCTION* (2007), str. 6. »As international criminal law is a subset of international law, its sources are those of international law. These are

skega prava, v katerem je to pravo v celoti del mednarodnega prava, ter vse tiste dele, v katerih se ne more razvijati ali uporabljati zunaj pravil mednarodnega prava.³²

Prvi odstavek 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča določa, da sodišče, katerega naloga je odločati v skladu z mednarodnim pravom v sporih, ki se mu predložijo, uporablja:

- a) meddržavne dogovore, bodisi splošne bodisi posebne, s katerimi so postavljena pravila, ki jih države v sporu izrečno pripoznavajo,
- b) mednarodni običaj kot dokaz obče prakse, ki je sprejeta kot pravo,
- c) obča pravna načela, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi,
- d) sodne odločbe, s pridržkom določbe 59. člena,³³ in nauk najbolj kvalificiranih pravnih strokovnjakov različnih narodov, kot pomožno sredstvo za ugotavljanje pravnih pravil.

To pravilo je predvideno za reševanje sporov med državami kot suverenimi in neodvisnimi subjekti mednarodnega prava. V mednarodnem kazenskem pravu naletimo na odnos med sodnikom, tožilcem, osumljenim oziroma obtoženim in njegovim zagovornikom, ter žrtvami mednarodnih hudodelstev³⁴ Torej gre za drugačna pravna razmerja, kar je treba upoštevati tudi pri obravnavanju pravnih virov. Na drugačna pravna razmerja opozarja tudi Bassiouni, ki meni, da uveljavitev mednarodnega prava v svojem bistvu temelji na prostovoljnem sodelovanju držav, medtem ko mednarodno kazensko pravo vsebuje določene prisilne mehanizme uveljavitve, katerih namen je države spodbujati, da se podredijo mednarodnim normam skupnega interesa in po potrebi tudi nekaterim prisilnim ukrepom.³⁵

Prve tri skupine virov po prvem odstavku 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča so med seboj enakovredne in med njimi ni hierarhije, za reševanje kolizije med njimi veljajo splošna pravila o koliziji enakovrednih pravnih virov (*lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori, lex cogens derogat legi dispositivi*).³⁶ Vendar prav v mednarodnem kazenskem pravu naletimo na nekatere obče imperativne norme mednarodnega prava (*ius cogens*), ki prevladajo nad drugimi načeli in pravili mednarodnega prava. Mednje spadajo med

usually considered to be those enumerated in Article 38(1)(a)-(d) of the Statute of the International Court of Justice ...»

³² Degan, Pavišič, MEDUNARODNO KAZENNO PRAVO (2005), str. 19.

³³ Člen 59 določa, da je odločba sodišča obvezna samo za pravdne stranke in edinole glede tistega posebnega primera.

³⁴ Degan, Pavišič, MEDUNARODNO KAZENNO PRAVO (2005), str. 20.

³⁵ Bassiouni, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 11.

³⁶ Škrk, Pojem virov v mednarodnem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav (ZZR) 45 (1985), str. 149.

drugim prepoved suženjstva, genocida, mučenja, hudih kršitev človekovih pravic in pravil mednarodnega humanitarnega prava. Te norme delujejo *erga omnes*.³⁷ Ne zavezujejo le subjektov mednarodnega prava v njihovih medsebojnih odnosih, temveč tudi druge udeležence v oboroženih spopadih, ne glede na naravo spopada (mednarodni, nemednarodni spopad). Spoštovati jih je treba tudi na nacionalni ravni. V mednarodnem kazenskem pravu so viri podrejeni načelu zakonitosti (*nullum crimen sine lege*), ki je po svojem izvoru ob upoštevanju 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča splošno pravno načelo.³⁸

Sodne odločbe skupaj s pravno znanostjo so pomožni vir mednarodnega prava in služijo za razlago glavnih skupin virov.

Ker *ad hoc* sodišče za nekdanjo Jugoslavijo v prvi vrsti uporablja mednarodno pravo, se sklicuje na 38. člen Statuta Meddržavnega sodišča kot na uveljavljeno pravilo o virih mednarodnega prava.³⁹

V nadaljevanju so prikazani viri mednarodnega kazenskega prava, pri čemer je upoštevana razvrstitev virov mednarodnega prava po prvem odstavku 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča.

2.1.1. Mednarodne pogodbe

Najpomembnejše mednarodne pogodbe s področja mednarodnega kazenskega prava so ustanovne pogodbe mednarodnih kazenskih sodišč. Odločitev o ustanovitvi mednarodnega vojaškega sodišča za sojenje nacističnim vojnim zločincem za hudodelstva, ki jih ni mogoče geografsko opredeliti, je bila formalno potrjena z Londonskim sporazumom z 8. avgusta 1945.⁴⁰ Sklenile so ga velesile ZDA, Francija, Združeno kraljestvo in nekdanja Sovjetska zveza kot podpisnice. K njemu je v skladu s 5. členom pristopilo še 19 vlad Združenih narodov, med njimi tudi jugoslovanska. Rimski statut MKS je mednarodna pogodba, h kateri lahko pristopijo vse države, ni pa še dosegla univerzalnosti,⁴¹ zato po pravu mednarodnih pogodb zavezuje le pogodbenice. Statut Posebnega sodišča za Siero Leone ima naravo mednarodne pogodbe, ker je priložen Sporazumu med ZN in vlado Sierre Leone o njegovi ustanovitvi in je sestavni del tega spo-

³⁷ Meddržavno sodišče, Barcelona Traction, sodba z dne 5. februarja 1970, ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1970, § 33.

³⁸ Bassiouni, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 5.

³⁹ MKSJ, *Tožilec v. Kuprešić*, št. IT-95-16-T, 14. januar 2000, § 540. »Being international in nature and applying international law principally, the Tribunal cannot but rely upon well-established sources of international law and within this framework, upon judicial decisions.«

⁴⁰ V: Trial of the Major War Criminals (1947), str. 8.

⁴¹ Ur. l. RS, št. 101/2001 – MP, št. 29/2001. Veljati je začel 1. 7. 2002 v skladu s 126. členom. Ima 139 podpisnic in 115 pogodbenic, status as at 01-06-2011.

razuma.⁴² *Ad hoc* sodišči za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando sta bili ustanovljeni na podlagi resolucij Varnostnega sveta.⁴³ Enako velja za Posebni tribunal za Libanon. Prevladuje stališče, da statuti *ad hoc* sodišč, ki jih je Varnostni svet sprejel na temelju VII. poglavja (*Akcija v primeru ogrožanja miru, kršitve miru in agresivnih dejanj*) Ustanovne listine, ki je mednarodna pogodba, zavezujejo vse države članice ZN na podlagi njenega 25. člena.⁴⁴

Položaj Posebnega tribunala za Libanon je drugačen kot pri MKSJ in MKSR, čeprav je tudi pri njem Varnostni svet ravnal na podlagi VII. poglavja Ustanovne listine. Tribunal je bil ustanovljen na zaprosilo libanonske vlade, sporazum med vlado in ZN pa je bil priložen resoluciji VS št. 1757 (2007).⁴⁵ Statut Posebnega tribunala za Libanon je priložen omenjenemu sporazumu in je njegov sestavni del. Torej je primerljiv s Statutom Posebnega sodišča za Sierro Leone.

Pomembne so tudi konvencije s področja mednarodnega humanitarnega prava, ki zajema mednarodno pravo oboroženih spopadov, vključno z zaščito žrtev vojne. Sem spadajo v prvi vrsti Ženevske konvencije (ŽK) iz leta 1949 o zaščiti žrtev vojne in oba Dopolnilna protokola k tem konvencijam iz leta 1977, Dopolnilni protokol I, ki se nanaša na mednarodne oborožene spopade mednarodnega značaja, in Dopolnilni protokol II, ki se nanaša na oborožene spopade nemednarodne narave.⁴⁶ ŽK iz leta 1949 so dosegle univerzalno veljavo, protokola pa še ne.⁴⁷

⁴² Glej drugi odstavek 1. člena Sporazuma.

⁴³ *Ad hoc* kazensko sodišče za Jugoslavijo (v polnem nazivu International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Criminal Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, v nadaljevanju MKSJ) je bilo ustanovljeno z resolucijo Varnostnega sveta št. 827 (1993) z dne 25. maja 1993, *ad hoc* kazensko sodišče za Ruando (v polnem nazivu International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994, v nadaljevanju MKSR) pa z resolucijo Varnostnega sveta št. 955 (1994) z dne 8. novembra 1994.

⁴⁴ Člani ZN soglašajo v tem, da sprejmejo in izvršijo odločbe Varnostnega sveta v skladu z Ustanovno listino. Glej tudi preambuli MKSJ in MKSR.

⁴⁵ Glej drugi odstavek 1. člena Sporazuma.

⁴⁶ Ženevska konvencija o zaščiti žrtev vojne z dne 12. 8. 1949, Ur. l. Prezidijuma Ljudske skupščine FLRJ, št. 6/1950 in 24/1950, Dopolnilna protokola I in II k ŽK, Ur. l. SFRJ, MP, št. 16/1978, izjava o nasledstvu vseh šestih pogodb je bila deponirana pri vladi Švice 26. 3. 1992, Ur. l. RS, št. 14/1992.

⁴⁷ Ženevske konvencije o zaščiti žrtev vojne imajo 194 pogodbenic (med njimi Cookovi otoki in Sveti sedež, ki nista člana ZN) in presegajo članstvo v ZN (193. članica je Južni Sudan). Dopolnilni protokol I ima 170 pogodbenic, med njimi vse stalne članice Varnostnega sveta ZN, razen ZDA, ki so ga podpisale, Dopolnilni protokol II pa 165 pogodbenic. URL: <http://www.icrc.org/eng> (1. junij 2011).

Zato so bile pod stvarno pristojnost MKSJ vključene le hude kršitve ŽK 1949, ne pa Dopolnilnega protokola I in tudi ne kršitve iz Dopolnilnega protokola II, čeprav je bila nekdanja Jugoslavija njuna pogodbenica, ker so načrtovalci statuta menili, da ne vsebujeta mednarodnih hudodelstev po običajnem mednarodnem pravu. Nekaterim teoretikom se ne zdi sporno, da mednarodna sodišča ne bi smela soditi za mednarodna hudodelstva po mednarodnih pogodbah, zlasti če so vpletene države, ki so njihove pogodbenice, kot je bilo to v primeru nekdanje SFRJ.⁴⁸ Vendar je pri ustanovitvi MKSJ obveljalo stališče, da uporaba načela zakonitosti zahteva, naj sodišče uporablja tista pravila mednarodnega humanitarnega prava, ki so onkraj kakršnegakoli dvoma del običajnega mednarodnega prava, tako da ne bo problematiziran pristop k konvencijam samo s strani nekaterih držav.⁴⁹ Degan in Pavišić kritizirata sodbo obravnavnega senata tega sodišča v zadevi Blaškić iz leta 2000, ker je upošteval Sporazum med Hrvaško in BiH iz leta 1992, sklenjen pod okriljem Mednarodnega odbora Rdečega križa (MORK), s katerim sta se državi zavezali k spoštovanju določenih pravil po Dopolnilnem protokolu I, katerega pogodbenici sta postali leta 1992.⁵⁰ Sodišče je zavrnilo trditve obrambe, da je ta protokol državi zavezoval kot mednarodna pogodba, in ne kot običajno mednarodno pravo. S tem naj bi sodišče široko razlagalo določbo 3. člena Statuta, in to na škodo obdolženca.⁵¹ Ni namreč upoštevalo dosega načela zakonitosti in zahteve, da morajo biti vsa mednarodna hudodelstva del običajnega mednarodnega prava.⁵² Ne glede na te kritike je pritožbeni senat MKSJ sprejel pozitivno stališče do uporabe mednarodnih pogodb, ki niso del običajnega mednarodnega prava, pod pogojem, da zavezujejo stranke v času storjene kršitve in niso v nasprotju z vseobvezujočimi normami mednarodnega prava (*ius cogens*), kamor spada večina pravil mednarodnega humanitarnega prava.⁵³

Drugačen, širši pristop je bil sprejet pri ustanovitvi MKSR, pod pristojnost katerega so bile izrecno vključene tudi kršitve Dopolnilnega protokola II glede na okoliščino, da je bil oboroženi spopad v Ruandi opredeljen kot prevladujoče nemednarodni oboroženi spopad. Pri pripravi Statuta MKSR je komisija strokovnjakov upoštevala dejstvo, da je Ruanda nasledila Dopolnilna protokola I in

⁴⁸ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 48–49.

⁴⁹ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, str. 9.

⁵⁰ Degan, Pavišić, MEDUNARODNO KAZNENO PRAVO (2005), str. 37.

⁵¹ Prav tam. V 3. členu Statuta so zajete kršitve zakonov ali običajev vojne.

⁵² Prav tam.

⁵³ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 49. Glej MKSJ, *Tožilec v. Tadić*, št. IT-94-I-AR72, 2. oktober 1995, § 14–40 in 143. Glej še: MKSJ, *Tožilec v. Kordić in Čerkez*, št. IT-95-14/2-A, 17. december 2004, § 41–46.

II k ŽK 1949.⁵⁴ Kršitve obeh Dopolnilnih protokolov iz leta 1977 so vsebovane v 8. členu Rimskega statuta pod vojnimi hudodelstvi.

Poleg ženevskega prava je za mednarodno kazensko pravo pomembno tudi tako imenovano haaško pravo, s čimer so v prvi vrsti mišljene Haaške konvencije iz leta 1899/1907, ki se nanašajo na pravo oboroženih spopadov. Nekatere od teh konvencij niso uveljavljene, druge so uveljavljene kot pogodbeno pravo, najpomembnejša med njimi, Četrta haaška konvencija, ki vsebuje Haaški pravilnik o zakonih in običajih vojne na kopnem, pa je del običajnega mednarodnega prava.⁵⁵ Zato je bila tudi pomemben vir pri stvarni pristojnosti Nürnberškega sodišča in MKSJ, pri slednjem v okviru kršitev zoper zakone ali običaje vojne (3. člen Statuta). Ne smemo tudi mimo Martensove klavzule, ki je zapisana v njenem uvodu in je *ultima ratio* za zaščito posameznikov, izpostavljenih v oboroženih spopadih.⁵⁶ Vir mednarodnega humanitarnega prava so še konvencije s področja prepovedi uporabe nekaterih sredstev ali orožja, na primer Ženevski protokol za prepoved uporabe zadušljivih, strupenih in drugih plinov v vojni ter bakterioloških metod vojskovanja (1925).⁵⁷ S tem seznam ženevskih in haaških konvencij še zdaleč ni izčrpan.⁵⁸ Naj za primer omenimo Dopolnilni protokol III o ženevskem znaku iz leta 2005,⁵⁹ Haaško konvencijo o varstvu kulturnih dobrin v primeru oboroženih spopadov in Protokol k tej konvenciji iz leta 1954 ter njeni Drugi protokol iz leta 1999.⁶⁰ Poleg tega obstaja še vrsta univerzalnih mednarodnih instrumentov s področja mednarodnega humanitarnega prava, poimenovana sodobno pogodbeno pravo oziroma newyorško pravo.⁶¹

V mednarodnem kazenskem pravu na splošno ter zlasti z vidika postopkov zoper storilce mednarodnih hudodelstev so pomembni univerzalni mednarodni

⁵⁴ Glej Letter Dated 9 December 1994 from the SG addressed to the President of the SC, str. 22.

⁵⁵ The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907 (1915).

⁵⁶ Za prevod glej Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2007), str. 563: »Dokler ne bo sprejet bolj celovit kodeks zakonov vojne, visoke pogodbene stranke menijo, da je primerno razglasiti, da v primerih, ki niso vključeni v sprejete določbe, prebivalstvo in borci ostanejo pod zaščito in vladavino načel mednarodnega prava, ki izhajajo iz običajev, vzpostavljenih med civiliziranimi narodi, zakonov človečnosti in zahtev javne vesti.«

⁵⁷ League of Nation Treaty Series, str. 65–74.

⁵⁸ Za pregled haaškega in ženevskega pogodbenega prava glej Sancin, Švarc, Ambrož, MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV (2009), str. 67–69.

⁵⁹ Ur. l. RS, št. 15/2008 – MP, št. 3/2008. Ima 56 pogodbenic, URL: <http://www.icrc.org/eng> (1. junij 2011).

⁶⁰ Konvencija in Protokol, Ur. l. FLRJ, MP, št. 4/1956, Akt o notifikaciji nasledstva, Ur. l. RS, št. 54/1992, MP, št. 15/1992. Drugi protokol k Haaški konvenciji, Ur. l. RS, št. 102/2003, MP, št. 22/2003.

⁶¹ Sancin, Švarc, Ambrož, MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV (2009), str. 69–70.

instrumenti o varstvu človekovih pravic. Posebno vlogo ima Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah (MPDPP) iz leta 1966.⁶² Njegov 14. člen vsebuje minimalna procesna jamstva, ki so zagotovljena obdolženim mednarodnih hudodelstev pred mednarodnimi kazenskimi in tudi internacionaliziranimi sodišči, če nacionalni procesni zakoni ne dajejo zadostnih procesnih varstev. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) je sicer regionalna mednarodna pogodba, a jo je pritožbeni senat MKSJ v zadevi Tadić uporabil pri razlagi besedne zveze »z zakonom ustanovljeno sodišče« (prvi odstavek 6. člena).⁶³

V mednarodno pogodbeno pravo spadajo tudi že omenjene konvencije o prepovedi genocida, mučenja in apartheida, vključno s Konvencijo o suženjstvu iz leta 1926⁶⁴ in Dodatno konvencijo o odpravi suženjstva, trgovine s sužnji ter ustanov in praks, podobnih suženjstvu.⁶⁵ Pogodbeno pravo predstavlja tudi Konvencija o nezastaranju vojnih zločinov in zločinov proti človečnosti iz leta 1968.⁶⁶ Zaradi zgolj pogodbenega značaja te konvencije Komisija za mednarodno pravo ZN (KMP) nezastaranja za mednarodna hudodelstva ni vključila v svoj končni osnutek statuta mednarodnega kazenskega sodišča, ki ga je predložila Generalni skupščini leta 1994. Institut nezastaranja je uveljavljen v 29. členu Rimskega statuta MKS.

Če upoštevamo mednarodno kazensko pravo v širšem pomenu, ki zajema tudi sodelovanje med državami pri pregonu storilcev kaznivih dejanj, je treba opozoriti še na pogodbeno pravo v okviru Sveta Evrope (SE). Za primer navajamo Evropsko konvencijo o zatiranju terorizma (1977)⁶⁷ in Evropsko konvencijo o izročitvi (1957), Dodatni protokol k njej (1975) in Drugi dodatni protokol k Evropski konvenciji o izročitvi (1978).⁶⁸ V širši kontekst mednarodnega kazenskega prava spadajo tudi dvostranske pogodbe o pravni pomoči in izročitvi.⁶⁹

⁶² Ur. l. SFRJ, št. 7/1971, Akt o notifikaciji nasledstva, Ur. l. RS, št. 35/1992, MP, št. 9/1992.

⁶³ MKSJ, *Tožilec v. Duško Tadić*, št. IT-94-I-AR72, 2. oktober 1995, § 43. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Ur. l. RS, št. 33/93 – MP, št. 7/1994.

⁶⁴ Podpisana v Ženevi 25. 9. 1926 (s Protokolom in Dodatnim protokolom), Človekove pravice, zbirka mednarodnih dokumentov, I. del, Univerzalni dokumenti, Društvo za ZN za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1995, str. 193.

⁶⁵ Podpisana v Ženevi 7. septembra 1956, Ur. l. FLRJ, MP, št. 7/1958, Akt o notifikaciji nasledstva, Ur. l. RS, št. 35/1992 – MP, št. 9/1992.

⁶⁶ Ur. l. SFRJ, MP – št. 50/1970, Akt o notifikaciji nasledstva, Ur. l. RS, št. 35/1992 – MP, št. 9/1992. Konvencija je začela veljati 11. novembra 1970 v skladu s členom VIII. Ima 9 podpisnic in 54 pogodbenic.

⁶⁷ Ur. l. RS, št. 96/2000 – MP, št. 27/2000.

⁶⁸ Ur. l. RS, št. 79/1994 – MP, št. 22/1994.

⁶⁹ Badovinac Bjelič, *DVOSTRANSKE POGODBE* (1996).

Za razlago mednarodnih pogodb se uporabljajo razlagalna pravila Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb (v nadaljevanju DKPMP), za katero velja, da so se njene številne določbe uveljavile kot običajno mednarodno pravo.⁷⁰ Z razlagalnimi pravili, ki veljajo za mednarodne pogodbe, je pritožbeni senat MKSJ v zadevi Tadić razlagal Statut MKSJ glede vprašanja, ali se njegove določbe nanašajo tudi na nemednarodne oborožene spopade. Pri tem je uporabil jezikovno, namensko, logično in sistematično razlago.⁷¹ MKSR in MKS prav tako priznavata uporabnost DKPMP za razlago njenih statutov.⁷²

2.1.2. Običajno mednarodno pravo

Običajno mednarodno pravo je po izvoru najstarejši vir mednarodnega prava. Vendar se nenehno razvija in na nekaterih področjih, kot je mednarodno humanitarno pravo, pomembno dopolnjuje norme mednarodnega pogodbenega prava, kar mu daje naravo sodobnega pravnega vira.⁷³ Pravilo mednarodnega običajnega prava nastane s prakso držav, ki jo spremlja pravna zavest (*opinio iuris sive necessitatis*). Praksa držav, zadošča splošna praksa, ne univerzalna, predstavlja objektivni kriterij, pravna zavest pa subjektivnega. Oba kriterija, preko katerih ugotavljamo obstoj pravila običajnega mednarodnega prava, morata biti izpolnjena kumulativno. Čeprav se pri običajnem mednarodnem pravu pogosto zatrjuje, da gre pri njem lahko za nepisani vir prava, se njegov obstoj najpogosteje dokazuje s pisnimi viri (na primer diplomatska korespondenca). V mednarodnem kazenskem pravu so pisni viri za dokaz obstoja pravila mednarodnega običajnega prava resolucije Varnostnega sveta, mednarodne pogodbe in praksa sodišč (mednarodnih in nacionalnih). Kot dokaz prakse lahko služijo operativno ravnanje oboroženih sil v oboroženih spopadih, vojaški priročniki in uradni razglasi.⁷⁴ Splošno veljavno pravilo običajnega mednarodnega prava praviloma zavezuje vse države.⁷⁵

Ob dejstvu, da je običajno mednarodno pravo v načelu nepisni vir prava, ki izhaja iz prakse držav, ki jo spremlja *opinio iuris*, se zastavlja vprašanje njegove

⁷⁰ Glej člene 31–33. Ur. l. SFRJ, MP, št. 30/1972, Akt o notifikaciji nasledstva, Ur. l. RS, št. 35/1992 – MP, št. 9/1992.

⁷¹ MKSJ, Tožilec v. Duško Tadić, št. IT-94-I-AR72, 2. oktober 1995, § 71–94.

⁷² Grover, A Call to Arms, v: EJIL, 21 (2010) 3, str. 546. Prim. Gardiner, Treaty Interpretation (2008), str. 126.

⁷³ Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2007), str. 54.

⁷⁴ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 51.

⁷⁵ Razen države, ki vztrajno nasprotuje nastanku novega pravila običajnega mednarodnega prava (tako imenovani *persistent objector*). Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2008), str. 11.

primernosti in zadostne predvidljivosti za določitev kazenske odgovornosti v mednarodnem kazenskem pravu. Vprašanje je povezano z vsebino načela zakonitosti v kazenskem materialnem pravu in z njegovo razlago. Tudi v slovenskem pravnem redu, kjer je načelo zakonitosti zapisano v 28. členu Ustave, je eden od štirih ustavnih pogojev za uporabo kazenskopravne represije *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, ki pomeni prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s podzakonskimi akti ali z običajnim pravom.⁷⁶ Načelo zakonitosti v materialnem kazenskem pravu postavlja še naslednje pogoje za uporabo kazenskopravne represije in sicer: prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivih dejanj in izrekanju kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s pomočjo praznin, nedoločljivih ali nejasnih pojmov (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).⁷⁷ Izjema od prepovedi povratne veljave je zakon, ki je za domnevnega storilca milejši (*lex mitius*).⁷⁸

Nekateri avtorji zatrjujejo, da tako ozka razlaga načela zakonitosti ni uveljavljena v državah, v katerih velja *common law* ter se ni nikoli uveljavila v mednarodnem pravu.⁷⁹ Podobno meni tudi Cassese, ki ugotavlja, da mednarodno kazensko pravo v tem pogledu močno spominja na kazensko pravo v Angliji in v drugih državah s sistemom *common law*, kjer poleg zakonsko določenih kaznivih dejanj obstajajo tudi kazniva dejanja po običajnem pravu, ki so se razvila s sodno prakso.⁸⁰ Degan dopušča možnost, da v teh državah inkriminacija novih kaznivih dejanj lahko nastane s sodno prakso na temelju doktrine *stare decisis*.⁸¹ Vendar opozarja, da tako pravo, ki ga ustvari sodnik (*judge-made law*), nima nič skupnega z običajnim pravom, nacionalnim ali mednarodnim. Po njegovem mnenju anglo-ameriški sodniki v kazenskem postopku ne uporabljajo neposredno pravil mednarodnega običajnega prava niti jih ne morejo postavljati s svojimi lastnimi odločitvami. Tudi drugi avtorji so previdnejši in imajo pomisleke glede uporabe pravil mednarodnega običajnega prava v mednarodnem

⁷⁶ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, U-I-335/02, 24. marec 2005, 10. točka obrazložitve, Ur. l. RS, št. 37/2005 in Odl.US XIV, 16.

⁷⁷ Prav tam.

⁷⁸ Prim. člen 24 Rimskega statuta (Prepoved veljavnosti za nazaj *ratione personae*), po katerem velja prepoved retroaktivnosti za ravnanje, izvršeno pred začetkom njegove veljavnosti (I). Če je bilo pravo, ki se uporablja v dani zadevi, spremenjeno pred pravnomočno sodbo, se uporabi pravo, ki je ugodnejše za osebo, proti kateri teče preiskava, ki se preganja ali obsodi.

⁷⁹ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 51.

⁸⁰ Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 17.

⁸¹ Degan, On the Sources of International Criminal Law, v: Chinese Journal of International Law 4 (2005) 1, str. 67.

kazenskem pravu, zlasti če gre za nepisana pravila, ki niso podprta s pisnimi instrumenti, kot so mednarodne pogodbe in resolucije Generalne skupščine.⁸²

Degan in Pavišić sta kritična do uporabe običajnega mednarodnega prava v mednarodnem kazenskem pravu, zlasti v zvezi s sodno prakso MKSJ.⁸³

Kljub številnim pomislekom v doktrini se je običajno mednarodno pravo uveljavilo kot eden od virov mednarodnega kazenskega prava. Statuti mednarodnih kazenskih sodišč se sklicujejo na običajno mednarodno pravo, s tem ko navajajo kršitve zakonov ali običajev vojne.⁸⁴ Pred MKSJ je v zadevi Furundžija obravnavni senat najprej upošteval dejstvo, da je posilstvo prepovedano po pogodbenem pravu, in sicer po Ženevski konvenciji o zaščiti žrtev vojne (1949) in po Dopolnilnih protokolih I in II.⁸⁵ V nadaljevanju je ugotovil, da se je prepoved posilstva in hudega spolnega napada v oboroženem spopadu uveljavila tudi na ravni običajnega mednarodnega prava.⁸⁶ Pritožbeni senat MKSJ je v zadevi Tadić uporabil pojem skupne hudodelske združbe (*joint criminal enterprise*), ker se je pojem skupnega načrtovanja kot oblika sosterilske odgovornosti trdno uveljavil v običajnem mednarodnem pravu.⁸⁷ MKSJ se je pri tem opiralo na kazenske postopke pred zavezniškimi vojaškimi sodišči po koncu druge svetovne vojne in s tem posredno na Nürnberški statut.⁸⁸

Običajno mednarodno pravo je lahko vir za ugotavljanje o omejitvi kazenske odgovornosti ali nekaznivost celo, če statut sodišča ali pravila o postopku in dokazih tega ne urejajo.⁸⁹ Pritožbeni senat MKSJ je v zadevi Erdemović ugotovil, da prisiljenost (*duress*)⁹⁰ ne more biti podlaga za nekaznivost pri vojaku, ki je obtožen hudodelstev proti človečnosti in/ali vojnih hudodelstev, povezanih z ubijanjem nedolžnih ljudi. Pri tem se je skliceval na skupno ločeno mnenje dveh sodnikov senata, da v običajnem mednarodnem pravu ni zadostne podlage za nekaznivost omenjenih hudodelstev zaradi prisiljenosti.⁹¹

⁸² Cryer, Frima, Robinson Wilmshurst, *AN INTRODUCTION* (2007), str. 7–8.

⁸³ Degan, Pavišić, *MEĐUNARODNO KAZNENO PRAVO* (2005), str. 45–48. Prim. Degan, *On the Sources of International Criminal Law*, v: *Chinese Journal of International Law* 4 (2005) 1, str. 69–70.

⁸⁴ Akande, *Sources*, v: *THE OXFORD COMPANION* (2009), str. 49. Prim. člen 3 Statuta MKSJ in točko (b) prvega odstavka 8. člena Rimskega statuta.

⁸⁵ MKSJ, *Tožilec v. Anto Furundžija*, št. IT-95-17/1-T, 10. december 1995, § 165.

⁸⁶ Prav tam, § 168.

⁸⁷ Akande, *Sources*, v: *THE OXFORD COMPANION* (2009), str. 50, po MKSJ, *Tožilec v. Tadić*, št. IT-94-1-A, 15. julij 1999, § 220. O tem glej tudi Cassese, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (2008), str. 19.

⁸⁸ Zgaga, S.: *Skupni hudodelski podvig v sodni praksi Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo*, v *Zbornik znanstvenih razprav (ZZR)* 68 (2008), str. 316.

⁸⁹ Akande, *Sources*, v: *THE OXFORD COMPANION* (2009), str. 50.

⁹⁰ Za izraz prisiljenost glej 23. člen KZ-1 (2008).

⁹¹ MKSJ, *Tožilec v. Erdemović*, št. IT-96-22-A, 7. oktober 1997, § 19. Glej skupno ločeno mnenje sodnikov McDonalda in Vohraha.

Dokazljivost obstoja mednarodnega hudodelstva po mednarodnem običajnem pravu je pomembna z vidika načela zakonitosti v zvezi s prepovedjo retroaktivnega učinka statuta kateregakoli mednarodnega kazenskega sodišča ali druge pogodbene norme (*nullum crimen sine lege praevia*).⁹² V zadevi Norman pred Posebnim sodiščem za Sierro Leone je šlo v predhodnem postopku za ugovor nepristojnosti sodišča za hude kršitve mednarodnega humanitarnega prava, in sicer za vpoklic ali novačenje otrok vojakov (člen 4c Statuta), ker naj bi to v času storitve ne pomenilo kršitve običajnega mednarodnega prava.⁹³ Sodišče je v tem primeru ugotovilo kršitev po običajnem mednarodnem pravu.

Pri obravnavanju pravil običajnega mednarodnega prava ne smemo prezreti, da so vseobvezujoče norme občega mednarodnega prava (*ius cogens*) po izvoru pravzaprav nadgradnja pravil običajnega mednarodnega prava. Imperativna norma mednarodnega prava je pravilo, ki ga je vsa mednarodna skupnost držav kot celota sprejela in priznala za normo, od katere ni dovoljeno nikakršno odstopanje in ki jo je dopustno spremeniti le z novo normo občega mednarodnega prava enake narave.⁹⁴ V hierarhiji pravnih virov ima kogentna norma mednarodnega prava (*ius cogens*) višji rang kot pogodbeno pravo in celo višji rang kot navadna pravila mednarodnega običajnega prava.⁹⁵ Te norme imajo v mednarodnem kazenskem pravu osrednji položaj.⁹⁶ Ne smemo prezreti, da je Meddržavno sodišče v Haagu v primeru genocida, prepoved katerega tudi spada med norme *ius cogens*, v svetovalnem mnenju iz leta 1951 o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju genocida ugotovilo, da je njegova opredelitev po tej konvenciji pravilo običajnega mednarodnega prava.⁹⁷ Zato je v statutih vseh mednarodnih kazenskih sodišč, ki so pristojna za genocid, opredelitev genocida *verbatim* prevzeta iz te konvencije.⁹⁸

⁹² Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, U-I-335/02, 24. marec 2005; člen 24 Rimskega statuta (Prepoved veljavnosti za nazaj *ratione personae*); Akande, Sources, v: The Oxford Companion (2009), str. 51. Prim. člen 29 Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb (Neretroaktivnost mednarodnih pogodb).

⁹³ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 46, po: Posebno sodišče za Sierro Leone, *Tožilec v. Norman*, št. SCSL-04-14-AR72(E), odločitev o predhodnem predlogu zaradi pomanjkanja jurisdikcije (novačenje otrok), 31. maj 2004.

⁹⁴ Prim. člen 53 DK o pravu mednarodnih pogodb.

⁹⁵ »A peremptory norm of *ius cogens* principle is a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even ordinary customary rules.« MKSJ, *Tožilec v. Furundžija*, št. IT-95-17/1-T, 10. december 1998, § 153.

⁹⁶ Degan, Pavišić, MEDNARODNO KAZNENO PRAVO (2005), str. 41.

⁹⁷ Meddržavno sodišče, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports, 1951.

⁹⁸ Prim. 2. člen Konvencije o genocidu, 4. člen Statuta MKSJ, 2. člen Statuta MKSR in 6. člen Rimskega statuta.

Po Konvenciji o genocidu so objekt varstva pred genocidom narodnostne, etnične, rasne ali verske skupine. Strogo v okviru teh skupin je odločalo MKSJ v zadevi Krstić.⁹⁹ Zato z vidika mednarodnega prava vzbuja pomisleke inkriminacija kaznivega dejanja genocida v slovenski nacionalni zakonodaji, ki gre prek okvira teh štirih zaščitnih skupin.¹⁰⁰ Tako ekstenzivno ureditev je vseboval že drugi odstavek 373. člena KZ RS (Ur. l. RS, št. 63/1994, 23/1999, 95/2004), ki je kot genocid določal napad zoper neko socialno ali politično skupino z namenom njenega delnega ali popolnega uničenja. Še bolj problematična s tega vidika je sedanja ureditev. Drugi odstavek 100. člena KZ-1 se glede možnosti kaznovanja za genocid prek konvencijsko zaščitnih skupin, ki so našteje v prvem odstavku 100. člena, sklicuje na osmo alinejo 101. člena (Hudodelstva zoper človečnost). Ta člen ne samo razširi krog zaščitnih skupin na politične in kulturne skupine ali skupine, povezane s spolom, temveč tudi na skupine in skupnosti, ki so preganjane iz drugih razlogov, »ki so po mednarodnem pravu splošno priznani kot nedopustni«. Tako nedoločna opredelitev skupin, ki je mimorede v mednarodnem pravu neobičajna, je problematična tudi z vidika *legis certae*. Vendar se zdi, da je ekstenzivni opredelitvi genocida, ki naj opusti naštevaje zaščitnih skupin po konvenciji iz leta 1948, naklonjen tudi del slovenske kazenskopravne doktrine.¹⁰¹ Menimo, da je glede na kogentno naravo genocida njegovo ekstenzivno inkriminiranje v notranji zakonodaji držav mednarodnopravno dvomljivo. To še toliko bolj velja v primeru Slovenije, ker slovenski zakon določa nezastarljivost kazenskega pregona in izvršitve kazni za genocid, kot je inkriminiran v domačem KZ.¹⁰² Po členu 1 (b) Konvencije o nezastaranju vojnih zločinov in hudodelstev proti človečnosti se institut nezastaranja nanaša med drugim na genocid, kot je določen v Konvenciji o genocidu. Pri tem ne smemo mimo dejstva, da je nekdanja Jugoslavija ratificirala Konvencijo o geno-

⁹⁹ MKSJ, *Tožilec v. Krstić*, št. IT-98-33-T, 2. avgust 2001. V zadevi Krstić je sodeči senat ugotovil, da so bili ta skupina za vojskovanje sposobni bosanski Muslimani moškega spola, uboji katerih bi v svojem bistvu neizogibno vodili k uničenju celotne bosanske muslimanske skupnosti v Srebrenici (glej § 634).

¹⁰⁰ Pred sprejetjem Konvencije o genocidu leta 1948 so bile kot objekt varstva pred genocidom zamišljene »rasne, verske, politične in druge« skupine, glej resolucijo Generalne skupščine 96/I, 11. decembra 1946, *The Crime of Genocide*. Vendar so »politične in druge« skupine iz nje izpadle zaradi bojazni nekaterih držav, da bi vključitev tako nestabilnih kategorij lahko ovirala poznejšo ratifikacijo konvencije. Končno poročilo skupine ekspertov, ustanovljene na podlagi resolucije Varnostnega sveta 935 (1994), skupaj s Statutom MKSR priloženo pismu generalnega sekretarja predsedniku Varnostnega sveta, dok. S/1994/1405, str. 31 in op. 30; po Webb, *Genocide Treaty*, v: *Georgian Journal of International and Comparative Law*, Summer 23 (1993) 2, str. 391.

¹⁰¹ Prim. Korošec, *Genocid in sodobno kazensko pravo*, v: *Pravnik* 61 (2006) 4–5, str. 213–214.

¹⁰² Prim. 116. člen KZ in 95. člen KZ-1.

cidu brez pridržkov, in jo je v tej obliki Republika Slovenija nasledila z aktom o notifikaciji nasledstva.¹⁰³

2.1.3. Splošna pravna načela

Splošna pravna načela so bila leta 1920 vključena v Statut Stalnega meddržavnega sodišča, da bi jih sodišče lahko uporabilo pri premagovanju pravnih praznin. Dostavek »ki jih priznavajo civilizirani narodi« večina sodobnih teoretikov opušča, ker se v današnjo mednarodno skupnost enakopravno vključujejo vse države ne glede na njihovo geografsko pripadnost.¹⁰⁴ Splošna pravna načela kot vir mednarodnega prava so nastala v notranjih pravnih redih. Veljavnost splošnemu pravnemu načelu kot viru mednarodnega prava priznamo, če takšno načelo velja v notranjih pravih velikega števila držav oziroma so ga sprejeli vsi poglobitni pravni sistemi.¹⁰⁵

Splošna pravna načela imajo pomembno vlogo v mednarodnem kazenskem pravu in jih uporabljajo vsa mednarodna kazenska sodišča. Večkrat je bilo že omenjeno načelo zakonitosti (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), ki je osrednje načelo mednarodnega kazenskega prava in po svoji naravi splošno pravno načelo. Zapisano je v vseh temeljnih instrumentih o varstvu človekovih pravic univerzalnega in regionalnega značaja.¹⁰⁶ Najpogosteje med splošna pravna načela uvrščamo načela, kot so prepoved sojenja v isti stvari (*ne bis in idem*), domneva nedolžnosti, enakost orožij, načelo specialnosti, *res iudicata*. Prevladuje stališče, da MKSJ in MKSR uporabljata splošna pravna načela pri iskanju uporabnih pravil mednarodnega prava.¹⁰⁷ V razmerju do kazenskega prava splošna pravna načela niso idealen vir, ker so po svoji naravi splošna in se zaradi te lastnosti uporabljajo kot izhod v sili.¹⁰⁸

Cassese govori o splošnih načelih mednarodnega kazenskega prava, pod katerimi razume tudi splošna pravna načela, in o splošnih načelih mednarodnega prava.¹⁰⁹ Vendar splošna načela mednarodnega kazenskega prava razume širše

¹⁰³ V: Human Rights, Status of International Instruments, 1987, str. 175–193.

¹⁰⁴ Škrk, Pojem virov v mednarodnem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav (ZZR) 45 (1985), str. 153.

¹⁰⁵ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 52.

¹⁰⁶ Drugi odstavek 11. člena Splošne deklaracije človekovih pravic (v: Človekove pravice, 1995, str. 3), 15. člen MPDPP, 7. člen EKČP, 9. člen Ameriške konvencije o človekovih pravicah, sprejete v San Joseju, Kostarika, 22. novembra 1969, in drugi odstavek 7. člena Afriške listine človekovih pravic in pravic ljudstev, sprejete v Nairobiju 26. junija 1981 (zadnji dve objavljeni v: Človekove pravice, 2003, str. 15 in 287).

¹⁰⁷ Cryer, Frima, Robinson Wilmshurst, AN INTRODUCTION (2007), str. 8.

¹⁰⁸ Prav tam.

¹⁰⁹ Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 20–21.

od splošnih pravnih načel, ker med njimi med drugim našteva tudi načelo poveljniške odgovornosti, kot se je razvilo v mednarodnem humanitarnem pravu. Splošna načela mednarodnega kazenskega prava so načela, ki so iz nacionalnih pravnih sistemov postopoma prešla na mednarodno raven.¹¹⁰

Na drugi strani Cassese govori o splošnih načelih mednarodnega prava, ki so nastala v mednarodnem pravnem sistemu.¹¹¹ Sklicevanje na splošna načela mednarodnega kazenskega prava pride v poštev, kadar so mednarodne pogodbe (ali Statuta MKSJ oziroma MKSR kot sekundarna vira) ali pravila mednarodnega običajnega prava nejasni ali nepopolni; če niso uporabna niti splošna načela mednarodnega kazenskega prava, se sodišča zatečejo k uporabi splošnih načel mednarodnega prava (če je to mogoče).¹¹² Kot primer navaja zadevo Furundžija pred MKSJ v zvezi s opredelitvijo ene od oblik posilstva, in sicer glede storitve s penetracijo spolnega uda v usta. Obravnavni senat sodišča za tako opredelitev posilstva ni našel pravne podlage niti v pogodbenem pravu niti v praksi držav. Zato se je zatekel k preučitvi, ali lahko poišče primerno rešitev v splošnih načelih mednarodnega kazenskega prava ali, če ta niso na voljo, v splošnih načelih mednarodnega prava.¹¹³ Sodišče je za to opredelitev posilstva uporabilo splošna načela mednarodnega prava. Oralno obliko posilstva je opredelilo za najbolj nečloveški in ponižujoč napad na človeško dostojanstvo.¹¹⁴ Ugotovilo je, da je bistvo vsega korpusa mednarodnega humanitarnega prava in mednarodnega prava človekovih pravic zaščita človeškega dostojanstva vsakega posameznika, ne glede na njegov spol. Splošno načelo človeškega dostojanstva je temeljna podlaga in bistvo mednarodnega humanitarnega prava ter prava človekovih pravic; v modernem času se je pomen tega načela tako povečal, da se je usidralo v celotnem korpusu mednarodnega prava.¹¹⁵ Obravnavni senat je sklenil, da je v skladu s tem načelom, da se tako hud spolni napad, kot je prisilna oralna penetracija, opredeli za posilstvo.

Degan je do uporabe splošnih pravnih načel v mednarodnem kazenskem pravu zadržan, čeprav jim priznava velik pomen v evoluciji prava človekovih pravic.¹¹⁶

¹¹⁰ Prav tam. Tako tudi Degan, Pavišić, MEĐUNARODNO KAZNENO PRAVO (2005), str. 23.

¹¹¹ Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 24.

¹¹² Prav tam.

¹¹³ MKSJ, *Tožilec v. Anto Furundžija*, št. IT-95-17/1-T, 10. december 1998, § 182: »Faced with this lack of uniformity, it falls to the Trial Chamber to establish whether an appropriate solution can be reached by resorting to the general principles of international criminal law or, if such principles are of no avail, to the general principles of international law.«

¹¹⁴ Prav tam, § 183.

¹¹⁵ Prav tam.

¹¹⁶ Degan, On the Sources of International Criminal Law, v: Chinese Journal of International Law 4 (2005) 1, str. 53-55.

2.1.4. Mednarodna judikatura in pravna znanost

Večinsko stališče v doktrini je, da sodne odločbe, čeprav v okviru istega sodišča, same po sebi nimajo narave vira mednarodnega kazenskega prava.¹¹⁷ Formalno imajo naravo pomožnega vira, tako kot določa točka d) prvega odstavka 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu. Vendar sta MKSJ in MKSR razvila doktrino obvezne sodne prakse (*stare decisis*) v tem obsegu, da so obravnavni senati vezani na stališča pritožbenih senatov, na odločbe drugih obravnavnih senatov pa ne.¹¹⁸ Pritožbeni senati lahko iz prepričljivih razlogov odstopijo od starejših odločb drugih pritožbenih senatov.¹¹⁹

MKSJ in MKSR se sklicujeta ne le na prakso drugih mednarodnih kazenskih sodišč, temveč tudi na prakso drugih mednarodnih sodišč in na prakso nacionalnih sodišč. V zadevi Tadić se je pritožbeni senat MKSJ skliceval na razlago skupnega 1. člena ŽK o zaščiti žrtev vojne, ki jo je dalo Meddržavno sodišče v Haagu v primeru Nikaragve proti ZDA, in sicer da je obveznost pogodbenic, da spoštujejo Ženevske konvencije v vseh okoliščinah, postala splošno načelo humanitarnega prava.¹²⁰ V zadevi Aleksovski se je pritožbeni senat glede načeloma neobvezujočega učinka sodne prakse, kot je bila opisana, skliceval na prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi Cossey.¹²¹ V zadevi Furundžija se je glede prepovedi posilstva in drugih hudih spolnih napadov v oboroženem spopadu obravnavni senat skliceval na prakso Tokijskega vojaškega sodišča in na odločbo vojaške komisije ZDA v zadevi Jamašita glede razvoja splošno priznane norme mednarodnega prava, ki prepoveduje posilstvo in hude spolne napade ter velja v kateremkoli oboroženem spopadu.¹²²

Naravo pomožnega vira mednarodnega kazenskega prava ima tudi pravna znanost. Sodbe MKSJ se med drugim sklicujejo na mednarodnopravno doktrino. V tem kontekstu lahko priznamo naravo pomožnega vira mednarodnega kazenskega prava tudi poročilom izvedencev za pripravo statutov MKSJ in

¹¹⁷ Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 26.

¹¹⁸ Akande, Sources, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 53. Glej tudi MKSJ, *Tožilec v. Aleksovski*, št. IT-95-14/1-A, 24. marec 2000, § 113.

¹¹⁹ Prav tam, § 92–115. Tako tudi Cassese, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2008), str. 27.

¹²⁰ Obrazložitev se je nanašala na doseg uporabe skupnega 3. člena Ženevskih konvencij (1949), ki se nanaša na oborožene spopade nemednarodne narave. Glej MKSJ, *Tožilec v. Duško Tadić*, št. IT-94-1-AR72, 2. oktober 1995, § 93, po Meddržavno sodišče, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (*Nikaragva v. ZDA*), sodba, ICJ Reports, 1986, 14, § 220.

¹²¹ MKSJ, *Tožilec v. Aleksovski*, št. IT-95-14/1-A, 24. marec 2000, § 95 in op. 234; ESČP, *Cossey v. Združeno kraljestvo*, 27. september 1990, Series A, vol. 184.

¹²² MKSJ, *Tožilec v. Anto Furundžija*, št. IT-95-17/1-T, 10. december 1998, § 168.

MKSR.¹²³ V doktrini je mogoče zaslediti stališče, da bi omenjenima poročiloma pri razlagi statutov obeh *ad hoc* sodišč lahko dali moč pripravljalnega gradiva po 32. členu DKPMP (*Dodatna sredstva za razlago*).

2.2. Drugi viri mednarodnega kazenskega prava

Med druge vire mednarodnega kazenskega prava lahko uvrstimo pravila o postopku in dokazih mednarodnih kazenskih sodišč. Nekateri avtorji jih opredeljujejo kot sekundarne vire.¹²⁴ Pri MKSJ in MKSR je kvazizakonodajna naloga sprejemanja teh pravil zaupana tema sodiščema.¹²⁵ Pri MKS je za sprejem Pravil o postopku in dokazih pristojna Skupščina držav pogodbenic; sprejema jih z dvetretjinsko večino.¹²⁶ Vendar po sprejetju Pravil o postopku in dokazih lahko sodniki v nujnih primerih, če ta pravila ne urejajo ravnanja sodišča v posebnih okoliščinah, sprejmejo z dvetretjinsko večino začasna pravila, ki se uporabljajo, dokler jih ne sprejme, spremeni ali zavrne Skupščina držav pogodbenic (tretji odstavek 51. člena Rimskega statuta). Pravila o postopku in dokazih morajo biti v vsakem primeru v skladu s statutom mednarodnega sodišča, sicer besedilo slednjega prevlada.¹²⁷

V to skupino virov mednarodnega kazenskega prava lahko uvrstimo tudi Znake kaznivih dejanj po 9. členu Rimskega statuta, ki jih prav tako sprejme Skupščina držav pogodbenic z dvetretjinsko večino članic in morajo biti v skladu s statutom.

Vlogo pri odkrivanju pravil in načel mednarodnega kazenskega prava imajo lahko tudi resolucije Generalne skupščine in Varnostnega sveta ZN. Resolucije Varnostnega sveta, sprejete po VII. poglavju Ustanovne listine, so bile obravnavane v točki 2.1.1 z naslovom Mednarodne pogodbe. Pomembnejše resolucije Generalne skupščine lahko pripomorejo k utrjevanju pravil mednarodnega običajnega prava ali služijo kot dokaz za obstoj teh pravil.¹²⁸

¹²³ Poročilo GS ZN v skladu z drugim odstavkom resolucije Varnostnega sveta 808 (1993), dok. S/25704, in Končno poročilo skupine ekspertov, ustanovljene na podlagi resolucije Varnostnega sveta 935 (1994), skupaj s Statutom MKSR priloženo pismu generalnega sekretarja predsedniku Varnostnega sveta, dok. S/1994/1405.

¹²⁴ Na primer Akande, *Sources*, v: THE OXFORD COMPANION (2009), str. 47.

¹²⁵ Člen 15 Statuta MKSJ in 14. člen Statuta MKSR. Sodniki MKSR sprejmejo Pravila o postopku in dokazih MKSJ s spremembami, ki se jim zdijo potrebne.

¹²⁶ Prvi odstavek 51. člena Rimskega statuta določa, da ta pravila začnejo veljati, ko jih sprejmejo članice Skupščine držav pogodbenic z dvetretjinsko večino. Isti postopek velja za sprejem sprememb Pravil po drugem odstavku 51. člena.

¹²⁷ Prim. četrti in peti odstavek 51. člena Rimskega statuta.

¹²⁸ Glej sodbo Meddržavnega sodišča, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nikaragva v. ZDA)*, sodba, ICJ Reports, 1986, 14, § 264.

3. Člen 21 Rimskega statuta (*Uporabno pravo*)

Statuta MKSJ in MKSR nimata pravila o uporabnem pravu. Poglavitna materialnoppravna podlaga za njuno odločanje je zajeta kar v določbah o njuni stvarni pristojnosti. Poleg tega vsebujeta tudi načelna minimalna procesna jamstva za obdolžence.¹²⁹ Podoben pristop zasledimo pri Posebnem sodišču za Sierro Leone. Statut Posebnega tribunala za Libanon se v 2. členu (*Uporabno kazensko pravo*) sklicuje na uporabo nacionalnega kazenskega zakonika.

Rimski statut v 21. členu (*Uporabno pravo*) določa:

»1. Sodišče uporablja:

(a) predvsem ta statut, Znake kaznivih dejanj ter svoja Pravila o postopku in dokazih,

(b) pa tudi, če je primerno, uporabne mednarodne pogodbe ter načela in pravila mednarodnega prava, vključno z veljavnimi načeli in pravili mednarodnega prava oboroženih spopadov,

(c) če to ne zadošča, splošna pravna načela, ki jih Sodišče izvede iz notranjih zakonodaj pravnih sistemov sveta, vključno, kadar je to primerno, z notranjim pravom držav, ki bi praviloma izvajale jurisdikcijo za kaznivo dejanje, če ta načela niso neskladna s tem statutom, ter z veljavnim mednarodnim pravom in mednarodno priznanimi normami in standardi.

2. Sodišče lahko uporablja pravna načela in pravila v skladu z razlago v svojih prejšnjih odločitvah.

3. Uporaba in razlaga prava v skladu s tem členom morata biti skladni z mednarodno priznanimi človekovimi pravicami ter brez kakršnegakoli razlikovanja na podlagi spola, kot je opredeljen v tretjem odstavku 7. člena, starosti, rase, barve, jezika, vere ali prepričanja, političnega ali drugega mnenja, narodnosti, etničnega ali socialnega izvora, gmotnega stanja, rojstva ali drugega stanja.«

Člen 21 je uvrščen v 2. del Rimskega statuta (Pristojnost, dopustnost, uporabno pravo). Zato lahko pritrdimo stališču, da se ne nanaša le na vire materialnega prava v ožjem smislu, tj. na opredelitev mednarodnih hudodelstev iz njegove pristojnosti, temveč na vsa pravna pravila in načela, na katera MKS lahko naleti v postopku sojenja.¹³⁰ V drugem delu sta to med drugim pravilo o jurisdikciji *ratione temporis* (11. člen) in načelo *ne bis in idem* (20. člen). Člen 21 pomeni prvo kodifikacijo virov mednarodnega kazenskega prava.¹³¹

Prvi odstavek 21. člena je osrednja določba o virih, ki jih uporablja MKS. Drugače od 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča je MKS pri uporabi prava

¹²⁹ Člen 21 Statuta MKSJ in 20. člen Statuta MKSR.

¹³⁰ Degan, Pavišić, *MEĐUNARODNO KAZNENO PRAVO* (2005), str. 57.

¹³¹ Triffterer, *COMMENTARY* (2008), str. 703.

vezano na hierarhijo virov, ki je določena v točkah (a), (b) in (c) tega odstavka.¹³² Sodišče na prvem mestu¹³³ uporablja Rimski statut, Znake kaznivih dejanj in Pravila o postopku in dokazih (točka a). Statut, ki je mednarodna pogodba, ima prednost pred Znaki kaznivih dejanj in Pravili o postopku in dokazih.¹³⁴

Na drugem mestu, če je primerno, MKS uporablja uporabne mednarodne pogodbe ter načela in pravila mednarodnega prava, vključno z veljavnimi načeli in pravili mednarodnega prava oboroženih spopadov (točka b prvega odstavka 21. člena). Ta druga skupina uporabnega prava zajema dva med seboj ločena pravna vira, med katerima hierarhija ni vzpostavljena.¹³⁵ Besedna zveza »če je primerno« ni naključna in pomeni diskrecijo sodišča pri odločanju, kdaj je primerno uporabiti mednarodne pogodbe ter kdaj načela in pravila mednarodnega prava.¹³⁶ »Uporabne mednarodne pogodbe« so v prvi vrsti tiste, katerih pogodbenena stranka je MKS.¹³⁷ Poleg tega prav gotovo pridejo v poštev mednarodne pogodbe o človekovih pravicah in o mednarodnem humanitarnem pravu. Mogoče je pričakovati, da bo MKS sledilo praksi *ad hoc* sodišč, ki uporabljata mednarodne pogodbe, veljavne za države, ki bi bile sicer pristojne za pregon storjenih hudodelstev.¹³⁸

Druga skupina virov po točki (b) prvega odstavka 21. člena so »načela in pravila mednarodnega prava«. Ta skupina je nekoliko bolj problematična. Pod pojmom »načela mednarodnega prava« je treba razumeti splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi, kot je določeno v točki c) prvega odstavka 38 člena Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu (na primer pravilo *res iudicata*).¹³⁹ Poleg tega v to skupino spadajo načela mednarodnega prava, ki se niso razvila v notranjem pravu, temveč v mednarodnem pravu, in pomenijo temeljna načela

¹³² Prav tam. Glej tudi Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 385: »Article 21 (1) clearly imposes a hierarchy of sources with a three-tiered cascade of applicable norms.« Glej tudi prav tam, str. 389, po MKS, *Tožilec v. Katanga idr.*, št. ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 30. september 2008, § 508.

¹³³ Slovenski prevod se glede vzpostavljene hierarhije med točkama (a) in (b) prvega odstavka 21. člena z uporabo besedne zveze »predvsem« (točka a) in »pa tudi« (točka b) zdi nekoliko nedoločeno. Angl. in franc. izvirnik v točki (a) uporabljata besedno zvezo »na prvem mestu« (»In the first place«; »En premier lieu«) in v točki (b) besedno zvezo »na drugem mestu« (»In the second place«; »En second lieu«) in sta v tem pogledu pri hierarhiji med točkama natančnejša. Škoda, da slovenski zakonodajalec ni sledil omenjenima avtentičnima besediloma Rimskega statuta.

¹³⁴ Natančneje glej poglavje 2.2.

¹³⁵ Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 390.

¹³⁶ Triffterer, *COMMENTARY* (2008), str. 705.

¹³⁷ Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 390.

¹³⁸ Triffterer, *COMMENTARY* (2008), str. 706.

¹³⁹ Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 391–392. Komentar med primeri splošnih (pravnih) načel navaja še načelo dobre vere, pravičnost (*equity*) in obveznost poravnati škodo v primeru kršitve obveznosti.

tega prava in skupne vrednote vse mednarodne skupnosti, na primer načelo *pacta sunt servanda* ali (naravna) pravica do samoobrambe.¹⁴⁰ Končno, v to skupino spadajo še veljavna načela in pravila mednarodnega prava oboroženih spopadov. Tu gre v prvi vrsti za primarne vire, kot je Četrta haaška konvencija o zakonih in običajih vojne na kopnem (1907) ter Ženevske konvencije o zaščiti žrtev vojne (1949) in Dopolnilna protokola I in II k tem konvencijam (1977).¹⁴¹ Za ugotavljanje obstoja pravil običajnega prava oboroženih spopadov je koristna študija, ki jo je o tem izdelal MORK.¹⁴²

Če viri, navedeni v točkah (a) in (b), ne zadoščajo, MKS uporablja »splošna pravna načela, ki jih izvede iz notranjih zakonodaj pravnih sistemov sveta, vključno, kadar je to primerno, z notranjim pravom držav, ki bi sicer izvajale jurisdikcijo za hudodelstva po Rimskem statutu« (točka c prvega odstavka 21. člena). Viri po točki (c) se uporabljajo pod pogojem, da splošna pravna načela, izvedena iz notranjih zakonodaj, in notranje pravo držav, ki bi sicer izvajale jurisdikcijo, niso v neskladju s Rimskim statutom, veljavnim mednarodnim pravom in mednarodno priznanimi normami in standardi. Ta točka je najbolj problematična. Viri v točki (c) pomenijo kompromis med zagovorniki stališča, da bi MKS lahko uporabljalo nacionalno zakonodajo, in nasprotniki tega stališča. Od splošnih pravnih načel, ki jih priznavajo civilizirani narodi in so vsebovana pod splošnimi načeli mednarodnega prava v točki (b), se ta določba razlikuje v tem, da je v točki (c) zamišljeno, da MKS poišče rešitev v primerjalnem kazenskem pravu kot pomožnem viru mednarodnega kazenskega prava.¹⁴³ Nekateri vidijo v točki (c) prvega odstavka 21. člena možnost sodišča, da zapolni pravne praznine v mednarodnem kazenskem pravu.¹⁴⁴ Pri tem se lahko sodišče zateče tudi k notranjemu pravu države, ki bi bila sicer praviloma pristojna za kazenski pregon, torej države, na ozemlju ali pod jurisdikcijo katere se je zgodilo hudodelstvo, ali države državljanstva storilca.¹⁴⁵ Po stališču enega od predobravnavnih senatov je nacionalna sodna praksa lahko le pomožen pravni vir pred MKS, pod pogojem, da potrjuje obstoj splošnega pravnega načela, ki izhaja iz nacionalnih pravnih sistemov sveta, in ni neskladna z Rimskim statutom, mednarodnim pravom ter mednarodno priznanimi normami in standardi.¹⁴⁶ Kot kaže dosedanja praksa,

¹⁴⁰ Triffterer, COMMENTARY (2008), str. 706–707.

¹⁴¹ Glej haaško, ženevsko in newyorško pravo, poglavje 2.1.1.

¹⁴² Henckaerts, Doswald - Beck, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2005).

¹⁴³ Schabas, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2010), str. 393.

¹⁴⁴ Triffterer, COMMENTARY (2008), str. 709–710.

¹⁴⁵ Glej 12. člen Rimskega statuta (Pogoji za izvajanje jurisdikcije).

¹⁴⁶ Schabas, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2010), str. 393, po MKS, *Tožilec v. Katanga in Chui*, št. ICC-01/04-01/07, odločitev o umiku prepovedi stika in komuniciranja med Germanom Katango in Matheieujem Chuiem, 13. marec 2008, str. 12.

je MKS do nacionalne sodne prakse kot vira splošnih načel zadržano in je že povedalo, da v nobenem pogledu ni vezano na nacionalno zakonodajo.¹⁴⁷

Drugi odstavek 21. člena se sklicuje na sodno prakso MKS. Besedna zveza, da sodišče »lahko« uporabljata načela in pravila, obrazložena v svojih prejšnjih odločbah, vodi v sklep, da MKS ni vezano na svoje prejšnje odločitve.¹⁴⁸ Te imajo torej naravo pomožnega vira mednarodnega kazenskega prava. Rimski statut je v tem pogledu sledil praksi drugih mednarodnih sodišč, z Meddržavnim sodiščem v Haagu na čelu. To tudi ne pomeni, da se MKS ne more sklicevati na sodno prakso drugih sodišč, zlasti MKSJ in MKSR, obeh regionalnih sodišč za človekove pravice¹⁴⁹ ali morda celo Meddržavnega sodišča v Haagu.

Tretji odstavek 21. člena se nanaša na njegovo celotno uporabo in razlago.¹⁵⁰ Določa, da morata biti uporaba in razlaga prava pred MKS v skladu z mednarodno priznanimi človekovimi pravicami, zlasti s prepovedjo diskriminacije na kakršnikoli podlagi.¹⁵¹ Zdi se, da je glavni namen tega odstavka podkrepiti uveljavitev pravic o poštemem postopku, ki je sicer dokaj zajetno zajeta na različnih mestih Rimskega statuta, in omogočiti uporabo na vseh stopnjah postopka tudi drugim materialnopravnim in procesnim pravicam, ki v statutu niso zajete.¹⁵² Prepoved diskriminacije je vsebovana tudi v vseh obstoječih univerzalnih in regionalnih instrumentih s področja človekovih pravic. Posebnost te določbe je, da v pogledu prepovedi diskriminacije glede na spol uporablja sodobnejši izraz spol (angl. *gender*) v pomenu, kot je obrazložen v tretjem odstavku 7. člena pri hudodelstvih zoper človečnost, da se torej nanaša na oba spola, moškega in ženskega, kot je ta izraz razumljen v kontekstu družbe.¹⁵³

¹⁴⁷ Prav tam, str. 394, MKS, *Tožilec v. Lubanga*, št. ICC-01/04-01/06, odločitev o potrditvi obtožnice, 29. januar 2007, § 69, in MKS, *Tožilec v. Katanga* idr., št. ICC-01/04-01/07, odločitev o potrditvi obtožnice, 30. september 2008, § 91.

¹⁴⁸ »Article 21(2) clearly rejects a rule stare decisis, because it is worded as a permissive and not a mandatory provision. Nor does the provision explicitly establish any hierarchy in terms of the various Chambers of the Court.« Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 394-395.

¹⁴⁹ ESČP, Medameriško sodišče za človekove pravice.

¹⁵⁰ Če primerjamo to določbo s prvim odstavkom 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča, opazimo, da je Meddržavno sodišče izrecno pooblašeno le za uporabo virov, in ne tudi za njihovo razlago. O pomenski razliki med uporabo in razlago mednarodnega kazenskega prava glej Grover, *A Call to Arms*, v: *EJIL* 21 (2010) 3, str. 549-550.

¹⁵¹ O vprašanju, ali tretji odstavek 21. člena uvaja superzakonitost (*superlegality*) oziroma normativno superiornost za mednarodne človekove pravice v okviru virov po Rimskem statutu, glej Grover, prav tam, str. 558-559.

¹⁵² Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 398.

¹⁵³ Več o tem glej Triffterer, *COMMENTARY* (2008), str. 712. Prim. Schabas, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2010), str. 398.

Člen 21 je osrednja določba Rimskega statuta o uporabnem pravu. Uporabiti ga je treba pri kateremkoli vprašanju prava, na katero naleti sodišče v postopku sojenja. Velja tako v primeru materialnopravnih kot procesnopravnih načel in pravil. Opozoriti velja na njegovo sistemsko povezanost s 3. delom Rimskega statuta, v katerem so naštetá splošna načela kazenskega prava. Na njegovo uporabo se v tem delu izrecno sklicuje 31. člen o razlogih za izključitev kazenske odgovornosti. V tretjem odstavku določa, da sodišče upošteva tudi kakšen drug razlog za izključitev kazenske odgovornosti poleg tistih, ki so navedeni v prvem odstavku 31. člena, če tak razlog izvira iz uporabnega prava, kot je določeno v 21. členu.

4. Sklep

Vprašanje virov prava je eno ključnih vprašanj, ki zadevajo vladavino prava in pravno varnost subjektov, položaj katerih ureja določena pravna veja. Temeljnega pomena so viri prava za sodišča, tako nacionalna kot mednarodna. Sodišča so namreč tista, ki odločajo po pravu, ki ga morajo poznati (*iura novit curia*). To še toliko bolj velja za kazenski pregon, saj se pri njem posameznik sooči z državo, v primeru mednarodnega sojenja pa z mednarodno skupnostjo kot celoto, v imenu katere deluje mednarodno sodišče, ki mu je ta pregon zaupan.

Vprašanje virov je glede na navedeno izhodišče izjemno pomembno tudi v mednarodnem kazenskem pravu. Pri tem je treba raziskati pomen mednarodnega kazenskega prava kot posebne pravne veje. Ta je v primerjavi z drugimi vejami prava razmeroma mlada disciplina, poglobitni zagon pa sta ji dali prvi dve v praksi držav delujoči mednarodni kazenski sodišči, to sta Nürnberško in Tokijsko sodišče. Naše ugotovitve kažejo, da teoretični pogledi na mednarodno kazensko pravo niso povsem enotni. Gre namreč za vprašanje, ali je mednarodno kazensko pravo del mednarodnega javnega prava ali samostojna znanstvena disciplina, ki je povezana tudi z nacionalnim kazenskim pravom. Nesporno je, da na področju mednarodnega materialnega kazenskega prava prevladuje mednarodno pravo. Vendar pri tem ne smemo zanemariti kazenskih sojenj posameznikom, ki v okviru mednarodnega kazenskega prava potekajo pred nacionalnimi sodišči in po nacionalnem procesnem pravu.

Toda tudi če sprejemamo širši pomen mednarodnega kazenskega prava, ki poleg mednarodnega zajema še nacionalno in primerjalno kazensko pravo ter pravo človekovih pravic, ne moremo mimo dejstva, da trenutno na svetu delujejo tri prava mednarodna kazenska sodišča, tj. MKSJ in MKSR ter MKS (ob še dveh, ki ju sicer formalno uvrščamo med internacionalizirana sodišča, tj. sodišči

za Sierro Leone in Libanon). Temeljni instrumenti, ki so pravna podlaga teh sodišč, in njihova sodna praksa potrjujejo, da je vloga mednarodnega prava pri njih praktično izključna.

Zato smo se v naših razmišljanjih lotili vprašanja virov mednarodnega kazenskega prava v kontekstu mednarodnega prava, in sicer s pomočjo pravila o virih mednarodnega prava, po prvem odstavku 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu. Pristop je sistemsko zanimiv in tudi praktičen, saj je z njim mogoče zajeti večino formalnih virov mednarodnega kazenskega prava. Po vsebini pa ta pristop ni najbolj posrečen. Izhaja namreč iz dejstva, da Meddržavno sodišče sodi v sporih med državami, ki so suvereni in neodvisni subjekti mednarodnega prava, kar se kaže tudi pri nastanku in razvoju njegovih virov ter pri njihovi uporabi in razlagi. Ta pristop pri mednarodnem kazenskem pravu ni v celoti zadovoljiv. Vodilno načelo mednarodnega kazenskega prava je načelo zakonitosti, čeprav del teorije mednarodnega kazenskega prava zatrjuje, da njegov pomen v državah, kjer je uveljavljen *common law*, in v državah evropskega kontinentalnega prava ni povsem enoten. Polnjenje pravnih praznin s pravno analogijo ali z zatekanjem k splošnim pravnim načelom pa je v mednarodnem kazenskem pravu problematično z vidika načela zakonitosti in zahtev po minimalnih procesnih jamstvih, ki so uveljavljena pri sojenju posameznikom za mednarodna hudodelstva.

Zato na področju mednarodnega kazenskega prava ostajajo najzanesljivejši vir mednarodne pogodbe. Mednarodno običajno pravo ni sporen vir mednarodnega kazenskega prava, če gre za kodifikacijo pravil, ki so zajeta v pogodbenem pravu. Sicer pa njegova uporaba od sodnika zahteva previdnost in visoko stopnjo znanja prava. Enako velja za uporabo splošnih pravnih načel in splošno veljavnih načel mednarodnega prava. Doktrina na vse te probleme nakazuje pri delovanju MKSJ in MKSR, ki jima očita, da opravljata tudi funkcijo zakonodajalca (*judge-made law*). Njuna statuta sta bila napisana v naglici in morda ena njunih največjih pomanjkljivosti je v tem, da nimata določb o uporabnem pravu, temveč sodniki glede uporabe prava uporabljajo in razlagajo določbe o njuni stvarni pristojnosti.

Načrtovalci Rimskega statuta MKS so želeli odpraviti to pomanjkljivost obeh *ad hoc* sodišč s določbo o uporabnem pravu, ki so jo vnesli v njegov 21. člen. Gre za pomembno novost na področju mednarodnega kazenskega sojenja. Vendar to pravilo ni brezhibno, nekatere njegove določbe so težko razumljive in jim bo dala pomen in vsebino šele prihodnja praksa MKS. V mislih imamo zlasti določbo, ki subsidiarno napotuje sodišče k uporabi splošnih pravnih načel, ki so izvedena iz notranjih zakonodaj poglobitnih pravnih sistemov in notranjega

prava držav, ki bi sicer imele jurisdikcijo za kazenski pregon v primeru, če tega ne bi prevzel MKS (točka c prvega odstavka 21. člena).

Viri mednarodnega kazenskega prava ter njihova uporaba in razlaga torej načenjajo celo vrsto teoretičnih vprašanj. Nesporno pomembna civilizacijska pridobitev na področju mednarodnega kazenskega sojenja, ki je tesno povezana s problematiko virov mednarodnega kazenskega prava, je razvoj in uveljavitev prava človekovih pravic, kar se kaže v vseh statutih mednarodnih sodišč, zlasti v Rimskem statutu.

Literatura

- Akande, D.: *Sources of International Criminal Law*, v: *THE OXFORD COMPANION TO INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE* (ur. Cassese, A.), Oxford University Press, Oxford 2009.
- Arnol, A.: *INTERNACIONALIZIRANA KAZENSKA SODIŠČA V PRIMERJAVI Z MEDNARODNI MI KAZENSKIMI SODIŠČI*, diplomska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2008.
- Badovinac Bjelič, I.: *DVOSTRANSKE POGODBE O MEDNARODNI PRAVNI POMOČI*, Bonex, Ljubljana 1996.
- Bantekas, I., Nash S.: *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (3rd Edition), Routledge Cavendish, London, New York 2007.
- Bassiouni, C.: *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Vol. I (3rd Edition), Brill/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.
- Bavcon, L.; Bošnjak, M.; Brinc, F.; Jager, M.; Krapac, D.; Maver, D.: *MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO*, ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1997.
- Bavcon, L.: *Mednarodno kazensko pravo – nova, samostojna pravna disciplina*, v: *Zbornik znanstvenih razprav (ZZR)* 65 (2005), str. 83–102.
- Brownlie, I.: *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (7th Edition), Oxford University Press, Oxford 2008.
- Cassese, A.: *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (2nd Edition), Oxford University Press, Oxford 2008.
- Cryer, R.; Frima, H.; Robinson D.; Wilmschurst, E.: *AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Človekove pravice, zbirka mednarodnih dokumentov, I. del, Univerzalni dokumenti, Društvo za ZN za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1995.
- Človekove pravice, Zbirka mednarodnih dokumentov, II. del, Regionalni dokumenti, Društvo za ZN za Slovenijo, Ljubljana 2003.
- Degan, Đ.: *On the Sources of International Criminal Law*, v: *Chinese Journal of International Law* 4 (2005) 1, str. 45–83.
- Degan, Đ.; Pavišić, B.: *MEDNARODNO KAZNENO PRAVO*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2005.
- Gardiner, R.: *TREATY INTERPRETATION*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Grover, L.: *A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Law*, *EJIL* 21 (2010) 3, str. 543–583.

- Henckaerts, J. M.; Doswald - Beck, L.: *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW*, ICCR, Vol. II, RULES, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Human Rights, Status of International Instruments, Centre for Human Rights Geneva, Organizacija združenih narodov, New York 1987.
- Korošec, D.: Genocid in sodobno kazensko pravo, v: *Pravnik* 61 (2006) 4-5, str. 191-221.
- League of Nation Treaty Series, 94 (1929), str. 65-74.
- Končno poročilo skupine ekspertov, ustanovljene na podlagi resolucije Varnostnega sveta 935 (1994), skupaj s Statutom MKSR priloženo pismu generalnemu sekretarju Varnostnega Sveta, dok. S/1994/1405.
- Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN doc. S/25704 (3. maj 1993).
- Sancin, V.; Švarc, D.; Ambrož, M.: *MEDNARODNO PRAVO OBOROŽENIH SPOPADOV*, Poveljstvo za doktrino razvoj, izobraževanje in usposabljanje, Ljubljana 2009.
- Schabas, W.: *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY ON THE ROME STATUTE*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Škrk, M.: Pojem virov v mednarodnem pravu, v: *Zbornik znanstvenih razprav (ZZR)* 45 (1985), str. 147-161.
- Škrk, M.: Stalnemu mednarodnemu kazenskemu sodišču naproti?, v: *Pravnik* 50 (1995) 6-8, str. 325-345.
- The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907, Carnegie Endowment for International Peace, Oxford University Press, Oxford 1915.
- TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL* (14 Nov. 1945 - 1 Oct 1946), Vol. 1, Nuremberg 1947.
- Triffterer, O. (ur.): *COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (2nd Edition), C. H. Beck/Hart, München 2008.
- Türk, D.: *TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA*, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Ustanovna listina ZN in Statut Meddržavnega sodišča, Društvo za ZN za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1992.
- Webb, J.: Genocide Treaty: Ethnic Cleansing, Substantive and Procedural Hurdles in the Application of the Genocide Convention to Alleged Crimes in the Former Yugoslavia, v: *Georgian Journal of International and Comparative Law* 23 (1993) 2, str. 377-408.
- Zgaga, S.: Skupni hudodelski podvig v sodni praksi Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo, v: *Zbornik znanstvenih razprav (ZZR)* 68 (2010), str. 315-342.

Sources of International Criminal Law

Summary

Before resorting to the sources of international criminal law (ICL) it is essential to clarify the position of ICL as the legal discipline. It may be assessed that ICL is a relatively new branch of law. Its importance has been growing on the basis of the fact that at present three inherent international criminal courts and a number of so-called internationalized ones are functioning in the international community. Although in the legal theory the views regarding the character of ICL are not uniform, two different positions prevail. First, several authors have taken the view that ICL is in fact part of public international law. On the other hand, it may be estimated that according to the majority view ICL is a complex legal discipline combining international law, the law of armed conflict and the human rights law, comparative criminal law, and to a certain extent also national criminal law and procedure. The authoress of this treatise can concur with this majority position. However, she believes that due to the fact that the existing international criminal courts almost exclusively apply international law in their proceedings, international law plays a predominant role in the field of ICL.

Consequently, an attempt has been made to resort to Article 38 (I) of the International Court of Justice (ICJ) that is widely recognized as a rule on sources of international law, in order to identify the sources of ICL. The said provision enlists treaties, rules of customary international law and the general principles of law as the main sources of international law. They are not positioned in the hierarchical order, meaning that the rules *lex specialis* or *lex posterior* apply in the case of the conflict between them. In addition, the ICJ's case-law and the teachings of the most highly qualified theoreticians are identified as subsidiary means for the determination of rules of law.

Accordingly, the sources of ICL are identified in the line of the said provision. First, treaties, including the constitutive agreements establishing the international criminal courts, are analyzed. The greatest achievement in this regard was the adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 1998, which entered into force in 2001, but has not yet achieved universality. Despite the fact that the two *ad hoc* criminal tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR) were created on the basis of the Security Council resolutions under Chapter VII of the UN Charter, it is believed that the UN Charter served as an indirect source for their creation. Therefore, the obligations stemming from the Statutes of the *ad hoc* criminal tribunals are binding on all UN member states. Other relevant treaties, including treaties on the internatio-

nal humanitarian law (IHL) and human rights law, are examined. Treaties as the written source are the most reliable source of ICL. Secondly, rules of customary international law in the most sense that they are the reflection of codified rules in the treaty law on armed conflict and in the IHL, have been incorporated in the Statute of the ICTY and to some extent also in the Statute of the ICTR. But the application of customary international law outside this domain that has been occasionally applied in the case-law of the ICTY has been criticized by some writers, especially from the point of view of the principle of legality (*nullum crimen sine lege*). The said principle serves as an example of general principles of law recognized by the civilized nations and plays a pivotal role in ICL. The general principles of law present the group of sources included in subparagraph (c) of the Article 38 (I) of the Statute of the ICJ. It follows from the case-law of the ICTY that not only general principles of law but also general principles of international law have been applied as the legal source of the last resort. The case-law of the ICTY, the ICTR and the ICC as the subsidiary means of ICL has also been observed. Finally, Rules of Procedure and Evidence and the Elements of crimes introduced by Article 9 of the Rome Statute are mentioned under the notion of other sources of ICL. The relevant resolutions of the UN General Assembly and the UN Security Council are also referred to within this context.

Although the wording of Article 38 (I) of the Statute of the ICJ is helpful in order to identify the sources of ICL, it has its shortcomings. It must be noted that the ICTY in its case-law has resorted to this provision when identifying the sources of law. But the said provision was designated to provide legal rules and principles in order to be applied in solving legal disputes between sovereign and independent States. On the other hand, in ICL we are facing an individual suspected of having committed the most heinous crimes. Therefore, the principle of legality must be given an overriding priority in establishing the sources of law applicable before international criminal courts. From this perspective the application of customary international law by the ICTY and ICTR has been criticized by some authors. Consequently, it has been assessed that these tribunals, especially the ICTY, are from time to time creating rules of law (“judge-made law”) instead of applying or interpreting them.

The landmark provision regarding the sources of ICL is Article 21 (*Applicable Law*) of the Rome Statute on the ICC. It represents the first codification of the sources of ICL on the international level. To be precise, the Statutes of the ICTY and ICTR do not contain a rule on applicable law and the judges of the *ad hoc* tribunals apply and interpret the provisions on the subject-matter jurisdiction, contained in their Statutes, as the main source of law in their deliberations. In order to avoid the deficiency thus created by not inserting the rule

on applicable law in the Statutes of the ICTY and ICTR, such provision was adopted at the Rome Conference on the Statute of the ICC. Although the wording of Article 21 of the Rome Statute is not ideal it is estimated that it gives the ICC a firm guidance in respect of the sources of ICL it must apply at all stages of criminal proceedings before it. When dealing with the sources of ICL it must not be disregarded that numerous rules of the law on armed conflict including the IHL and the human rights law have been identified as peremptory norms of general international law (*ius cogens*). These norms prevail in respect of any other norm or principle that does not possess the same character.