



Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 77 (2017) 1 / Volume 77 (2017) 1
December 2017

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/>

Spletna stran / Web page:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Sabina Zgaga**

Pregon mednarodnih hudodelstev in načelo zakonitosti

1. Uvod

V skladu z 28. členom Ustave RS nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno (načelo zakonitosti oziroma lat. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Dejanja, ki so kazniva, se ugotavljajo in kazni zanje izrekajo po zakonu, ki je veljal ob storitvi dejanja, razen če je novi zakon za storilca milejši. Načelo zakonitosti velja seveda tudi za mednarodna hudodelstva, tj. kazniva dejanja genocida, hudodelstev zoper človečnost, vojnih hudodelstev ter agresije, ki jih je država dolžna preganjati na nacionalni ravni, kazenski pregon storilcev pa poteka tudi pred mednarodnim ali mešanim sodiščem, ki ima za to v skladu s svojim statutom pristojnost.

Za kazenski pregon mednarodnih hudodelstev je v zadnjih 60 letih v svetovnem, evropskem in slovenskem merilu mogoče ugotoviti več skupnih lastnosti. Ena od teh je zagotovo njihov *post factum* kazenski pregon. Načeloma sicer vsak kazenski pregon poteka po izvršitvi kaznivega dejanja, vendar je za mednarodna hudodelstva značilno, da kazenski pregon njihovih storilcev poteka dolgo obdobje po njihovi izvršitvi, lahko celo po desetletjih in po spremenjenih političnih sistemih.

To okoliščino je treba povezati s tem, kako je potekal razvoj mednarodnega kazenskega prava in slovenskega kazenskega prava o mednarodnih hudodelstvih. Do skokovitega razvoja opredelitev mednarodnih hudodelstev in drugih pravil mednarodnega kazenskega prava prišlo v obdobju po koncu druge svetovne vojne, ko je bil kot prilo-

* Doktorica pravnih znanosti, docentka za kazensko pravo, habilitirana na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, svetovalka na Ustavnem sodišču Republike Slovenije; sabinazgaga@gmail.com. Mnenje avtorice ni nujno enako mnenju organizacije, v kateri je zaposlena.

ga Londonskemu sporazumu oblikovan Nürnberški statut,¹ pa do sprejema Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča leta 1998, ki večinoma pomeni kodifikacijo dotedanjega mednarodnega običajnega kazenskega prava.² Kot renesanso mednarodnega kazenskega prava je mogoče šteti devetdeseta leta dvajseta stoletja, ko je Varnostni svet Organizacije združenih narodov (OZN) z Resolucijo št. 827 z dne 25. maja 1993³ sprejel Statut Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) in ga tako tudi ustanovil. V istem času je bilo na enak način ustanovljeno tudi Mednarodno kazensko sodišče za Ruando (MKSR). V vmesnem obdobju je treba omeniti delo Komisije za mednarodno pravo na Osnutku Statuta mednarodnega kazenskega sodišča in na Osnutku kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva. V okviru slovenske kazenske zakonodaje je razvoj potekal z logičnim zamikom. Pred uveljavitvijo Kazenskega zakonika (KZ-1)⁴ je slovenska kazenska zakonodaja sicer določala nekatera kazniva dejanja, ki so inkriminirala posamezna izvršitvena ravnanja mednarodnih hudodelstev, kakršna danes ureja Rimski statut, vendar ne tako celovito, kakor to danes ureja KZ-1 v svojem 14. poglavju. Šele KZ-1 in novela KZ-1B⁵ sta v celoti implementirala določbe Rimskega statuta glede opredelitev mednarodnih hudodelstev.

Za spoštovanje načela zakonitosti pri pregonu mednarodnih hudodelstev je odločilno tudi dejstvo, da so bile mednarodne pogodbe, vključno z mednarodnimi konvencijami o varstvu človekovih pravic, ki določajo načelo zakonitosti in prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava, prav tako sprejete šele po koncu druge svetovne vojne. Resolucija Generalne skupščine OZN št. 95 (I) z dne 11. decembra 1946, ki je potrdila načela Nürnberškega sodišča, je določila kazensko odgovornost za mednarodna hudodelstva po 6. členu Nürnberškega statuta (hudodelstva zoper mir, vojna hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost) po mednarodnem kazenskem pravu, tudi če nacionalno pravo teh ravnanj ne določa kot mednarodno hudodelstvo.⁶ Načelo zakonitosti je določeno v Splošni deklaraciji človekovih pravic.⁷ V skladu z drugim odstavkom njenega 11. člena tako nihče ne sme biti spoznan za krivega kateregakoli kaznivega dejanja zaradi kakršnegakoli ravnanja ali opustitve, ki v času storitve ni bilo kaznivo dejanje po notranjem ali mednarodnem pravu. Prav tako se ne sme izreči strožja kazen od tiste, ki je bila predpisana v času storitve kaznivega dejanja. Podobno ureditev določa Konvencija o varstvu člo-

¹ Statut Mednarodnega vojaškega sodišča (1945), URL: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.

² Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča, Uradni list RS – MP, št. 29/01.

³ Dostopno na (URL): http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf.

⁴ Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/08.

⁵ Zakon o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika (KZ-1B), Uradni list RS, št. 91/11.

⁶ Dostopno na (URL): http://legal.un.org/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html, načeli št. 1 in 2.

⁷ Dostopno na (URL): <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

vekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP).⁸ Ureditev 15. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (MPDPP) ne odstopa bistveno od tega.⁹ Načelo zakonitosti je mogoče danes šteti tudi med splošna načela mednarodnega prava v skladu s točko c prvega odstavka 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča,¹⁰ določa pa ga tudi Osnutek zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva iz leta 1996.¹¹ V skladu z njegovim 13. členom nihče ne sme biti obsojen za ravnanja, izvršena pred uveljavitvijo osnutka zakonika, kar pa naj ne bi preprečevalo pregona za ravnanje, ki je bilo določeno kot kaznivo v času izvršitve po mednarodnem ali nacionalnem pravu.¹²

Ob upoštevanju tega je mogoče ugotoviti, da so bili vsaj do kodifikacije Rimskega statuta in do implementacije ustrezne materialne kazenske zakonodaje v slovenski pravni sistem v mednarodnem in slovenskem kazenskem pravu kazenski pregoni storilcev mednarodnih hudodelstev vedno sporni z vidika načela zakonitosti oziroma da se je vedno in se še vedno odpira vprašanje, ali je načelo zakonitosti v takem primeru dosledno spoštovano, zlasti zato, ker so bila pravila pregona mednarodnih hudodelstev, vključno z njihovimi opredelitvami, oblikovana po tem, ko so bila mednarodna hudodelstva izvršena. To je značilnost vseh *ad hoc* mednarodnih in hibridnih sodišč, do sporne situacije pa lahko pride tudi v primeru kazenskega pregona pred nacionalnimi organi, če pregon poteka dalj časa po izvršitvi mednarodnih hudodelstev.

Prispevek zato obravnava dileme, ki izvirajo iz spoštovanja načela zakonitosti pri pregonu mednarodnih hudodelstev, in preverja osrednjo hipotezo, da vsebuje slovenska Ustava strožjo ureditev načela zakonitosti kot mednarodno kazensko pravo in mednarodno pravo človekovih pravic. S tem namenom prispevek uvodoma na kratko predstavi elemente načela zakonitosti, kakor izhajajo iz slovenske Ustave in ustaljene ustavnosodne presoje, ter poudari tiste elemente, ki bi lahko bili sporni za pregon mednarodnih

⁸ Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjena s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjena s protokolom št. 2, ter nadaljnji protokoli št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11., je začela veljati 3. septembra 1953, v Sloveniji pa šele leta 1994, torej kar dolgo obdobje po začetku pospešenega razvoja mednarodnega kazenskega prava.

⁹ Uradni list SFRJ, št. 7/71 in Uradni list RS – MP, št. 9/92. Člen 15 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah določa: »Nihče ne sme biti obsojen zaradi dejanj ali opustitev, ki ob storitvi po domačem ali mednarodnem pravu niso veljale za kaznivo dejanje. Prav tako mu ne sme biti izrečena strožja kazen od tiste, ki bi mu bila izrečena takrat, ko je bilo kaznivo dejanje storjeno. Če določi zakon po storitvi kaznivega dejanja milejšo kazen, mora biti storilec tega deležen. Določbe tega člena ne nasprotujejo temu, da bi bil kdorkoli obsojen ali kaznovan zaradi dejanja storitve ali opustitve, ki je v času, ko je bilo storjeno, veljalo za kaznivo dejanje po splošnih pravnih načelih, priznanih v mednarodni skupnosti.«

¹⁰ Kress, *Nulla poena nullum crimen sine lege* (2010), str. 5; Barzegarzadeh, Karveh, Raisi, *Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law* (2015), str. 398.

¹¹ Dostopno na (URL): http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf&clang=EF.

¹² Prav tam, str. 38 in 39.

hudodelstev. Prispevek nato na podlagi te sistematizacije obravnava odgovore, ki jih na dileme v zvezi s spoštovanjem načela zakonitosti ponuja mednarodno kazensko pravo. V tem okviru je še posebej poudarjena sodna praksa MKSJ, ki je to vprašanje poudarjeno obravnavalo. V nadaljevanju prispevek z istim namenom analizira ureditev EKČP in prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) o načelu zakonitosti pri pregonu mednarodnih hudodelstev. Sklepno vsebinsko poglavje prispevka predstavi še slovenski pogled na dileme načela zakonitosti in, glede na to, da je Slovenija pogodbenica EKČP, primerja slovenske rešitve z rešitvami ESČP.

Pri obravnavi načela zakonitosti se prispevek osredinja predvsem na vprašanje, kakšno metodologijo je posamezna ureditev uporabila za odločanje o tem, ali in pod katerimi pogoji je načelo zakonitosti pri pregonu mednarodnih hudodelstev spoštovano. Prispevek je omejen tudi s tem, da se osredinja na spoštovanje načela zakonitosti glede opredelitev mednarodnih hudodelstev (lat. *nullum crimen*), čeprav velja seveda načelo zakonitosti tudi za določanje kazni (*nulla poena*).

2. Elementi načela zakonitosti po Ustavi Republike Slovenije

Kot je bilo že omenjeno, je načelo zakonitosti v slovenski Ustavi določeno v 28. členu.¹³ V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo ta določba določa več elementov načela zakonitosti:

- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s podzakonskimi akti ali z običajnim pravom (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s pomočjo praznih, nedoločljivih ali nejasnih pojmov (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*);
- prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivih dejanj in izrekanju kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).¹⁴

V drugem odstavku 28. člena Ustava izrecno določa prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava, hkrati pa ureja tudi izjemo od tega pravila v primeru, ko je novi zakon za storilca milejši. Bistvo drugega odstavka 28. člena Ustave je tako uveljavitev načela uporabe milejšega zakona (*lex mitior*), ki zavezuje sodišče pri razlagi zakonov, če od časa storitve kaznivega dejanja do izreka sodbe njegovemu storilcu pride do zakonskih

¹³ KZ-1 določa načelo zakonitosti v 2. in 7. členu.

¹⁴ Odločbi Ustavnega sodišča U-I-335/02, 24. marec 2005, in Up-879/14, 20. april 2015, 16.–18. točka obrazložitve. Glej tudi Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL (2013), str. 129–132; Bele, KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, SPLOŠNI DEL (2001), str. 28–23; Šturm (ur.), KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (2010), str. 307–314.

sprememb v določitvi kaznivega dejanja.¹⁵ Z vidika *post factum* pregona mednarodnih hudodelstev sta od vseh elementov načela zakonitosti še posebej sporna prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava v povezavi s pravilom uporabe milejšega zakona (*lex mitior*).

3. Načelo zakonitosti v mednarodnem kazenskem pravu

3.1. Splošno o načelu zakonitosti v mednarodnem kazenskem pravu

Načelo zakonitosti je obravnavalo že Nürnberško sodišče po drugi svetovni vojni. Obramba je na glavnem sojenju namreč zatrjevala, da je načelo zakonitosti kršeno, ker naj bi Nürnberško sodišče retroaktivno uporabilo kazensko pravo, ki ga določa Nürnberški statut, saj naj nemški kazenski zakon, ki naj bi veljal v času izvršitve mednarodnih hudodelstev pred in med drugo svetovno vojno, teh ravnanj ne bi določal kot mednarodnih hudodelstev, ampak kot navadna kazniva dejanja.¹⁶ Obramba je še zatrjevala, da agresija v času izvršitve sploh ni bila kazniva in da zanj niso bile določene kazni, podobni očitki obrambe pa so leteli tudi glede hudodelstev zoper človečnost.¹⁷ Nürnberško sodišče je očitke obrambe odločno zavrnilo.¹⁸ Ker Nürnberški statut (in ne pravo, veljavno v času izvršitve) določa kaznivost načrtovanja ali sprožitve agresivne vojne ali vojne, ki krši mednarodne pogodbe, je Nürnberško sodišče menilo, da mu niti ni treba presojeti, ali in koliko je bila agresivna vojna kaznivo dejanje pred izvršitvijo Londonskega sporazuma. Zadoščalo naj bi, da je Nürnberški statut *post factum* agresijo določil kot kaznivo dejanje. Kljub temu pa je podalo svoje odločno stališče glede pomena načela zakonitosti. Razumelo ga je kot načelo, ki naj bi zagotavljalo pravičnost (ang. *principle of justice*), in ne kot načelo, ki bi omejevalo suverenost oziroma kazenski pregon. Zato naj ne bi bilo v nasprotju z načelom pravičnosti, če bi kaznovali storilce, ki so v nasprotju s pogodbami in danimi zagotovili brez opozorila napadli sosednje države, saj naj bi morali vedeti, da je to, kar počnejo, narobe, naj bi bilo pravzaprav nepravilno, če tako nepravo ne bi bilo kaznovano. Glede na položaj storilcev v nemški vladi so vsi obdolženci ali vsaj nekateri od njih po stališču Nürnberškega sodišča morali vedeti za pogodbe, ki jih je Nemčija podpisala in s katerimi je bila vojna prepovedana kot sredstvo za reševanje mednarodnih

¹⁵ Odločba Ustavnega sodišča Up-152/14, 9. februar 2017, 7. točka obrazložitve.

¹⁶ Prispevek še večkrat uporablja izraz navadna kazniva dejanja in s tem opredeljuje kazniva dejanja, ki imajo ob odsotnosti kontekstualnih okoliščin, značilnih za mednarodna hudodelstva (genocidni namen, napad na civilno prebivalstvo itd.) ista ali podobna izvršitvena ravnanja kot mednarodna hudodelstva (na primer umor namesto genocida).

¹⁷ Glavna sodba Nürnberškega sodišča; dostopno na (URL): <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>.

¹⁸ Shahram, *Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing* (2009), str. 29.

sporov. Morali naj bi tudi vedeti, da ravnajo v nasprotju z mednarodnim pravom, ko so načrtno izvrševali načrte invazije in agresije, zato Nürnberško sodišče načela zakonitosti ni upoštevalo. Pri nadaljnji presoji je upoštevalo stanje mednarodnega prava v letu 1939 (tj. Kellog-Briandov Pakt, Haaška konvencija iz leta 1907, osnutek Pogodbe Društva narodov o medsebojni pomoči iz leta 1923, Protokol Društva narodov za mirno reševanje mednarodnih sporov iz leta 1924, Versajjska pogodba iz leta 1919).¹⁹

Nürnberško sodišče je torej v svoji glavni sodbi po eni strani odločno odklonilo stališče, da načelo zakonitosti zaradi hude narave mednarodnih hudodelstev omejuje kazenski pregon storilcev mednarodnih hudodelstev, ki so jih izvršili, po drugi strani pa se je kljub temu prizadevalo utemeljiti obstoj pravne podlage za kazensko odgovornost za mednarodno hudodelstvo agresije v času njegove izvršitve in utemeljiti, da je bilo ravnanje protipravno že v času izvršitve, da je pomenilo mednarodno hudodelstvo ter da so se obdolženci tega zavedali ali pa bi se tega vsaj morali zavedati.

Tudi v poznejših sojenjih, ki so potekala v okupacijskih conah Nemčije na podlagi Zakona Nadzornega sveta št. 10,²⁰ so sodišča skušala utemeljiti pravno podlago za kazenski pregon mednarodnih hudodelstev v času njihove izvršitve. Eden od razlogov za stališče, da je že v času izvršitve hudodelstev zoper človečnost obstajala pravna podlaga za njihov pregon, je bil (v nasprotju s poznejšim stališčem MKSJ) tudi argument, da so bila hudodelstva zoper človečnost v takratnem času opredeljena tudi kot navadna kazniva dejanja po nacionalnem pravu, tudi po nemškem. Poleg tega naj bi bila ravnanja že v trenutku izvršitve kršitev mednarodnega prava in naj bi se obdolženci tega zavedali.²¹

3.2. Načelo zakonitosti v praksi Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo

V skladu s svojim Statutom ima MKSJ pristojnost za pregon oseb, odgovornih za resne kršitve mednarodnega humanitarnega prava na ozemlju nekdanje Jugoslavije od 1. januarja 1991 naprej.²² Statut MKSJ nato v 2. do 5. členu določa stvarno pristojnost MKSJ in opredelitve posameznih mednarodnih hudodelstev (tj. hude kršitve Ženevskih konvencij iz leta 1949, kršitve zakonov in običajev vojne, genocid in hudodelstva zoper človečnost). Čeprav Statut MKSJ ne določa zaključnega datuma časovne pristojnosti MKSJ,²³ je pri njegovi *de facto* določitvi treba upoštevati zaključno strategijo MKSJ, v

¹⁹ Glavna sodba Nürnberškega sodišča, dostopno na (URL): <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>.

²⁰ Dostopno na (URL): <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>.

²¹ Kress, *Nulla poena nullum crimen sine lege* (2010), str. 3 in 4; sodbi v zadevah ZDA proti Altstoetterju in ZDA proti Ohlendorferju.

²² Člena 1 in 8 Statuta MKSJ.

²³ Verjetno zato, ker je v času ustanovitve MKSJ oboroženi spopad še trajal. Glej Worster, *Art. 8. Territorial and temporal jurisdiction* (2013), str. 3.

skladu s katero je 1. julija 2013 Varnostni svet OZN ukazal ustanovitev mednarodnega mehanizma za mednarodna sodišča, za prenehanje MKSJ in za prenos preostalih zadev na ta mehanizem.²⁴ V skladu s to strategijo po tem datumu ni bilo več mogoče vlagati obtožnic na MKSJ in časovna pristojnost MKSJ je prenehala. MKSJ je bilo ustanovljeno z Resolucijo Varnostnega sveta št. 827 z dne 25. maja 1993, torej po datumu, ki opredeljuje začetek njegove časovne pristojnosti. Zato je tudi v primeru MKSJ za to obdobje mogoče govoriti o *post factum* pregonu mednarodnih hudodelstev, oziroma določitvi pravil kazenskega materialnega in postopkovnega prava po trenutku, ko so bila mednarodna hudodelstva že izvršena. Na podlagi tega se zato postavlja vprašanje spoštovanja načela zakonitosti, zlasti prepovedi rektroaktivne veljavnosti kazenskega prava.

Da bi se izognil očitkom, kakršnih je bilo deležno Nürnberško sodišče, je Generalni sekretar OZN že v svojem poročilu o ustanovitvi MKSJ iz leta 1993²⁵ zastopal stališče, da je stvarna pristojnost MKSJ zajeta bodisi v mednarodnem pogodbenem bodisi običajnem pravu. Uporaba načela zakonitosti (*nullum crimen sine lege*) po njegovem stališču namreč zahteva, da mora MKSJ pri sojenju uporabljati tista pravila mednarodnega humanitarnega prava, ki so nedvoumno del mednarodnega običajnega prava. S tem naj bi se tudi izognili morebitnim težavam, če ne bi bile vse upoštevne države podpisnice mednarodne pogodbe.²⁶

Drugače ot pri Nürnberškem sodišču je MKSJ, če je obramba v konkretnem primeru postavila ugovor, da obsodba za posamezno mednarodno hudodelstvo pomeni kršitev načela zakonitosti, presoja, kakšna je bila vsebina prava v času izvršitve mednarodnega hudodelstva,²⁷ ali je bilo mednarodno hudodelstvu v času izvršitve zadostno opredeljeno,²⁸ ali je mogoče razumno sklepati, da se je obdolženi v tistem obdobju zavedal kaznive narave svojega ravnanja²⁹ in ali mu je bila opredelitev mednarodnega hudodelstva tudi zadostno dostopna (t. i. pogoja predvidljivosti in dostopnosti).³⁰ Pri tej presoji je MKSJ sicer upoštevalo naravo mednarodnega (običajnega prava) in dopuščalo postopno po-

²⁴ Resolucija Varnostnega sveta OZN št. (2010), URL: <http://www.un.org/press/en/2010/sc10141.doc.htm>.

²⁵ Poročilo Generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije Varnostnega sveta OZN št. 808 (1993), dostopno na (URL): http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf.

²⁶ Prav tam, tč. 33 in 34.

²⁷ International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, sti. 4; *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 96–135.

²⁸ *Tožilec proti Mitarju Vasiljeviću*, sodba sodečega senata, 29. november 2002, tč. 193.

²⁹ International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, sti. 4; *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 96–135.

³⁰ *Tožilec proti Mitarju Vasiljeviću*, sodba sodečega senata, 29. november 2002, tč. 193.

večevanje jasnosti pravil, ni pa dopuščalo obsodbe na podlagi pravila, ki prepoveduje določeno ravnanje, ni pa dovolj jasno, da bi bilo iz njega mogoče razbrati vsebino prepovedanega ravnanja in s tem mejo med prepovedanim in dovoljenim, ali na podlagi pravila, ki v času izvršitve ni bilo dovolj dostopno. Pravilo je moralo imeti dovolj jasno vsebino celote, protipravnosti in resnosti prepovedanega ravnanja,³¹ oziroma glede tega, katera storitev ali opustitev povzroči njegovo kazensko odgovornost. Poudariti velja, da je MKSJ, drugače kot Nürnberško sodišče, tudi zavzelo stališče, da zgolj iz prepovedi nekega ravnanja še ne moremo sklepati, da je to prepovedano ravnanje tudi kaznivo s kaznijo. MKSJ je torej moralo v vsakem primeru ugotoviti, ne le, da je bilo konkretno ravnanje v času izvršitve prepovedano, ampak tudi, da je bilo to ravnanje takrat kaznivo. Za tak sklep po praksi MKSJ ne zadoščata predpisana odgovornost države po mednarodnem javnem pravu za tako ravnanje ali kaznivost po domačem pravu storilca. Po stališču MKSJ načelo zakonitosti sicer ne preprečuje razlage in pojasnjevanja vsebine posameznih elementov konkretnega mednarodnega hudodelstva ter progresivnega razvoja prava skozi sodno prakso, vendar pa pod nobenim pogojem ne dopušča, da bi sodišče samo ustvarilo nova mednarodna hudodelstva po izvršitvi kaznivega dejanja; bodisi z dodajanjem nove vsebine mednarodnemu hudodelstvu bodisi z inkriminiranjem ravnanja, ki do takrat še ni bilo kaznivo.³²

MKSJ je pravne podlage za inkriminacije iskalo v mednarodnem pravu, in sicer v skladu s Poročilom Generalnega sekretarja OZN najprej v mednarodnem običajnem pravu, ki zadošča z vidika zahtev načela zakonitosti.³³ Pri tem se je MKSJ sklicevalo tudi na ureditev 15. člena MPDPP.³⁴ Sodeči senat je imel dolžnost, da se prepriča, da je pravo, na katerem utemelji obsodbo, del mednarodnega običajnega prava in da je predvidljivo ter dostopno.³⁵ V skladu z mednarodnim javnim pravom je za to, da ima posamezno pravilo lastnost mednarodnega običajnega prava, potrebna razširjena mednarodna praksa (ang. *state practice*) in pravna zavest (*opinio juris sive necessitatis*).³⁶ Pri utemeljevanju stališča, da so v primeru posamezne inkriminacije mednarodnega hudodelstva izpolnjeni pogoji za obstoj mednarodnega običajnega prava, je MKSJ med drugim uporabilo stališča

³¹ Prav tam, tč. 193 in 201.

³² Prav tam, tč. 195–199.

³³ *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 577; *Tožilec proti Zejnilu Delaliću in drugim*, sodba pritožbenega senata, 20. februar 2001, tč. 163–167.

³⁴ *Tožilec proti Mitarju Vasiljeviću*, sodba sodečega senata, 29. november 2002, tč. 199.

³⁵ Prav tam, tč. 198; *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 577; *Tožilec proti Zejnilu Delaliću in drugim*, sodba pritožbenega senata, 20. februar 2001, tč. 163–195.

³⁶ Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2007), str. 54.

Meddržavnega sodišča,³⁷ stališča državnikov, stališča Društva narodov in Organizacije združenih narodov, Evropske unije ter Mednarodnega odbora Rdečega križa, prakso Nürnberškega sodišča, prakso držav, določila nacionalnih vojaških priročnikov in določila nacionalne zakonodaje, ki pomenijo implementacijo ženevskega prava.³⁸ Na običajno naravo posamezne inkriminacije naj bi kazalo tudi dejstvo, da je ravnanje inkriminiralo veliko nacionalnih ureditev ali da pogodba, ki to ravnanje inkriminira, pomeni del mednarodnega običajnega prava.³⁹

MKSJ svojega statuta ni razumelo kot samostojno pravno podlago, ki bi (*post factum*) ustvarila mednarodna hudodelstva, za katera je MKSJ stvarno pristojno. Zgolj navedba mednarodnega hudodelstva v Statutu MKSJ torej še ne ustvarja zadostne kazenskopravne podlage, ampak mora biti ravnanje poleg navedbe v Statutu MKSJ kaznivo tudi po mednarodnem običajnem pravu.⁴⁰

Čeprav le inkriminacija mednarodnega hudodelstva zgolj po nacionalnem pravu države storilca po stališču MKSJ ne zadošča za obsodbo, pa je MKSJ nacionalne ureditve upoštevalo za oblikovanje splošnih načel, ki izvirajo iz svetovnih sistemov, če v mednarodnem pravu ni našlo zadostne podlage za ugotovitev vsebine opredelitve kaznivega dejanja.⁴¹ Zaradi nevarnosti pristranskosti oziroma enostranskega izbora pravnih ureditev pa je zahtevalo posebno skrbnost pri oblikovanju načel kazenskega prava, ki so skupna vsem svetovnim pravnim sistemom (*lex stricta*).⁴² Za to je določila tudi naslednja metodološka pravila:

1. sklep ne sme nikoli temeljiti zgolj na eni nacionalni ureditvi bodisi angloameriškega bodisi kontinentalnega sistema, ampak mora sodišče poiskati načela in institute, ki so skupna vsem večjim pravnim sistemom sveta, kar predpostavlja postopek ugotavljanja skupnega imenovalca teh sistemov;
2. ko se ta načela uporabijo na mednarodni ravni, je treba pri tem upoštevati posebno naravo preгона pred mednarodnim kazenskim sodiščem.⁴³

³⁷ *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 96–135.

³⁸ Prav tam, tč. 100–135.

³⁹ International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, sti. 5; *Tožilec proti Mitarju Vasiljeviću*, sodba sodečega senata, 29. november 2002, tč. 199.

⁴⁰ Prav tam, tč. 198 in 202; International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, sti. 4.

⁴¹ *Tožilec proti Antoju Furundžiji*, sodba sodečega senata, 10. december 1998, tč. 175 in 177; *Tožilec proti Dragoljubu Kunaracu*, sodba sodečega senata, 22. februar 2001, tč. 438–460.

⁴² *Tožilec proti Antoju Furundžiji*, sodba sodečega senata, 10. december 1998, tč. 177; *Tožilec proti Dragoljubu Kunaracu*, sodba sodečega senata, 22. februar 2001, tč. 438–460.

⁴³ *Tožilec proti Antoju Furundžiji*, sodba sodečega senata, 10. december 1998, tč. 178.

Posebna vrednost teh splošnih načel naj bi bila v tem, da razkrijejo splošne koncepte in institute, ki naj bi bili skupni širokemu naboru nacionalnih ureditev, da lahko razkrijejo mednarodni pristop k posameznemu pravnemu vprašanju in da jih je mogoče šteti kot kazalec mednarodnega prava.⁴⁴

Kot vir za utemeljevanje pravne podlage posamezne inkriminacije je MKSJ uporabilo tudi mednarodne pogodbe.⁴⁵ Pri tem je zahtevalo, da mora biti MKSJ pristono za mednarodno hudodelstvo po Statutu⁴⁶ in da so bile relevantne države podpisnice pogodbe v času izvršitve kaznivega dejanja, kar je moralo MKSJ v posameznem primeru preveriti.⁴⁷ Tudi v takem primeru naj bi bilo načelo zakonitosti spoštovano.⁴⁸

4. Načelo zakonitosti po EKČP

4.1. Splošno o načelu zakonitosti po EKČP

Načelo zakonitosti je določeno tudi v 7. členu EKČP. Nihče ne sme biti obsojen za katerokoli dejanje, izvršeno s storitvijo ali opustitvijo, ki ni bilo določeno kot kaznivo dejanje po domačem ali po mednarodnem pravu v času, ko je bilo storjeno. Prav tako se ne sme izreči strožja kazen od tiste, ki jo je bilo mogoče izreči v času, ko je bilo kaznivo dejanje storjeno. Po drugem odstavku tega člena pa načelo zakonitosti ni ovira za sojenje in kaznovanje oseb za kako storitev ali opustitev, ki je bila v času, ko je bila storjena, kazniva po splošnih pravnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi.

V skladu z ustaljeno prakso ESČP 7. člen EKČP vsebuje tudi prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava v škodo obdolženca,⁴⁹ in sicer tako glede opredelitve kaznivega dejanja kot tudi glede pravil, ki določajo sankcijo.⁵⁰ Tako je prepovedana uporaba prava za kazniva dejanja, izvršena pred časom, ko je začela veljati kazenska zakonodaja, in za dejanja, ki pred tem niso bila opredeljena kot kazniva dejanja. Ne gre pa za kršitev

⁴⁴ *Tožilec proti Dragoljubu Kunaracu*, sodba sodečega senata, 22. februar 2001, tč. 438–460.

⁴⁵ *Tožilec proti Dariu Kordiću*, sodba pritožbenega senata, 17. december 2004, tč. 46.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Prav tam; *Tožilec proti Tihomirju Blaškiću*, sodba sodečega senata, 3. marec 2000, tč. 169.

⁴⁸ International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, str. 6; *Tožilec proti Dariu Kordiću*, sodba pritožbenega senata, 17. december 2004, tč. 44; *Tožilec proti Dušku Tadiću*, odločitev o predlogu obrambe za pritožbo zoper jurisdikcijo, 2. oktober 1995, tč. 94; *Tožilec proti Mitarju Vasiljeviću*, sodba sodečega senata, 29. november 2002, tč. 193; *Tožilec proti Tihomirju Blaškiću*, sodba sodečega senata, 3. marec 2000, tč. 182.

⁴⁹ Sodbi ESČP v zadevah *Del Río Prada proti Španiji*, št. 42750/09, z dne 21. oktobra 2013, tč. 116; *Kokkinakis proti Grčiji*, št. 14307/88, z dne 25. maja 1993, tč. 52.

⁵⁰ Sodba ESČP v zadevi *Vasiliaskas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 165–166.

načela zakonitosti, če obsodba temelji na mednarodnem pravu, ki je veljalo v času izvršitve kaznivega dejanja.⁵¹

ESČP je, ne glede na to, ali je bilo dejanje kaznivo v času izvršitve po mednarodnem ali nacionalnem pravu ali po splošnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi (drugi odstavek 7. člena EKČP), odločilo, da v takem primeru veljajo splošne zahteve, ki jih je ESČP oblikovalo za opredelitev kaznivih dejanj po prvem odstavku 7. člena EKČP.⁵² Pravna podlaga inkriminacije mora biti v času izvršitve ravnanja dostopna pritožniku, oziroma javno dostopna (ang. *accessibility*).⁵³ Če obsodba temelji izključno na mednarodni obsodbi, ki jo je država podpisala (in ratificirala), ESČP preveri, ali je bila pogodba prenesena v domače pravo in ali je bila uradno objavljena. Opredelitev kaznivega dejanja mora biti tudi predvidljiva. Posameznik mora iz besedila in prek sodne razlage ter morebitne pravne pomoči razumeti, za katere storitve ali opustitve bo kazensko odgovarjal in kakšna kazen je za to zagrožena (ang. *foreseeability*).⁵⁴ Pravna podlaga inkriminacije je še vedno zadostno predvidljiva, če je za njeno razlogo potreben razumen strokoven nasvet. Po stališču ESČP to še zlasti velja za posameznike, ki opravljajo profesionalno dejavnost in ki so pri tem dolžni ravnati z visoko skrbnostjo. Med take osebe je ESČP uvrstilo organizatorje umorov vzhodnonemških prebežnikov čez mejo med Vzhodno in Zahodno Nemčijo,⁵⁵ storilca takega umora, čeprav je ravnal na ukaz nadrejenega⁵⁶ in poveljnika sovjetske vojske oziroma njene enote v napadu na domnevne kolaboratorje med drugo svetovno vojno.⁵⁷ ESČP predvidljivost inkriminacije po (nacionalnem) pravu presoja z vidika obdolženca v trenutku v izvršitve kaznivega dejanja.⁵⁸ Enako velja za obsodbo na podlagi mednarodnega prava ali na podlagi temeljnih načel mednarodnega prava. ESČP ocenjuje predvidljivost obsodbe z vidika standardov mednarodnega prava, ki so se uporabljali v času izvršitve kaznivega dejanja, tako z vidika mednarodnega pogodbenega prava kot tudi z vidika mednarodnega običajnega prava.⁵⁹

⁵¹ Prav tam, tč. 165.

⁵² Sodbi ESČP v zadevah *Del Río Prada proti Španiji*, št. 42750/09, z dne 21. oktobr 2013, tč. 91, in *Vasiliauskas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 160.

⁵³ Prav tam, tč. 161.

⁵⁴ Sodbi ESČP v zadevah *Del Río Prada proti Španiji*, št. 42750/09, z dne 21. oktobra 2013, tč. 79; *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 186.

⁵⁵ Sodba ESČP v zadevi *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, z dne 22. marca 2001, tč. 78.

⁵⁶ Sodba ESČP v zadevi *K.-H. W. proti Nemčiji*, št. 37201/97, z dne 22. marca 2001, tč. 68–81.

⁵⁷ Sodba ESČP v zadevi *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 235–239.

⁵⁸ Sodba ESČP v zadevi *Del Río Prada proti Španiji*, št. 42750/09, z dne 21. oktobra 2013, tč. 112 in 117.

⁵⁹ Sodbe ESČP v zadevi *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, z dne 22. marca 2001, tč. 90–106; *Vasiliauskas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 171–175; *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 205–227.

Na podlagi teh meril je ESČP na primer presoјalo zatrjevano kršitev načela zakonitosti iz 7. člena EKČP zaradi obsodbe pritožnika leta 2000 za mednarodno hudodelstvo, izvršeno 27. maja 1944. Pritožnik je bil obsojen na podlagi kazenskega zakona, ki je začel veljati leta 1961, toda po določbi, ki je veljala šele od 6. aprila 1993. Ker se je kazenski zakonik glede opredelitve skliceval na upoštevne mednarodne konvencije, je ESČP presodilo, da je obsodba temeljila bolj na mednarodnem kot na notranjem pravu države pogodbenice. Na podlagi tega je ESČP presoјalo, ali je 27. maja 1944, ko naj bi bilo ravnanje izvršeno, obstajala zadostno jasna pravna podlaga za obsodbo za vojno hudodelstvo in ali je bilo to dejanje opredeljeno s pravom z zadostno dostopnostjo in jasnostjo, tako da bi pritožnik lahko takrat vedel, za katere svoje storitve in opustitve bo kazensko odgovoren.⁶⁰ ESČP je ugotovilo, da je imel pritožnik po pravu, ki je veljalo v času izvršitve, status borca. Glede na očitano izvršitveno ravnanje (usmrnitev vojnih ujetnikov) je tudi presodilo, kakšne pravice so imeli vojni ujetniki po pravu v letu 1944 (*ius in bello*), da je že obstajala prepoved usmrnitve brez sojenja ter razlikovanje med civilisti in borci v oboroženih spopadih in posledične pravice, ki iz tega razlikovanja izhajajo, tudi če civilist sodeluje pri sovražnostih ali pri kršitvah prava oboroženega spopada. Zatem je ESČP še presodilo, ali je v letu izvršitve obstajala pravna podlaga za individualno kazensko odgovornost za vojna hudodelstva na splošno⁶¹ in za osebno kazensko odgovornost na podlagi poveljniške odgovornosti ter pravna podlaga za obstoj povezave med inkriminiranim ravnanjem in oboroženim spopadom, ki ga mora ravnanje podpirati.⁶² ESČP pa je tudi konkretnje presodilo, ali je v času izvršitve obstajala dovolj natančna pravna podlaga za pregon prav tistih vojnih hudodelstev, za katera je bil pritožnik obsojen (napadi na civilne osebe, na vojne ujetnike, napadi na civilne objekte in premoženje, požig in pljenje).⁶³ Na podlagi take analize je ESČP ugotovilo, da je leta 1944 obstajala pravna podlaga tako za pregon teh vojnih hudodelstev kot tudi za poveljniško odgovornost pritožnika.⁶⁴

Po splošni ugotovitvi, da je v času izvršitve obstajala pravna podlaga za mednarodno hudodelstvo, za katerega je bil pritožnik obsojen, je ESČP presodilo elemente, ki jih presoja pri vsaki pravni podlagi za kaznivo dejanje in kazen po prvem odstavku 7. člena EKČP; tj. predvidljivost in dostopnost inkriminacije za pritožnika. Ker je šlo v konkretnem primeru za vojaškega poveljnika in vojna hudodelstva, se je ESČP odločilo za strožji standard profesionalne dejavnosti.⁶⁵ Čeprav se domači kazenski zakonik v času izvršitve

⁶⁰ Sodbe ESČP v zadevi *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, z dne 22. marca 2001, tč. 51; *K.-H.W. proti Nemčiji*, št. 37201/97, z dne 22. marca 2001, tč. 46; *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 99.

⁶¹ Prav tam, tč. 205–207.

⁶² Prav tam, tč. 200–210.

⁶³ Prav tam, tč. 214–219.

⁶⁴ Prav tam, tč. 223.

⁶⁵ Prav tam, tč. 235.

mednarodnega hudodelstva ni skliceval na mednarodna pravila in običaje vojne, je ESČP odločilo, da mednarodno pravo, običaji vojne ter *lex specialis* predpisi o kaznivih ravnanjih med vojno⁶⁶ iz leta 1944 zadoščajo za vzpostavitev pravne podlage za individualno kazensko odgovornost.⁶⁷ Po stališču ESČP bi lahko pritožnik na podlagi take pravne podlage v letu 1944 predvidel, da so njegova ravnanja kot vojna hudodelstva, da so bila ravnanja z zadostno dostopnostjo in predvidljivostjo določena s pravili in običaji vojne kot mednarodna hudodelstva in da zato obsodba za vojno hudodelstvo ne pomeni kršitve prvega odstavka 7. člena EKČP.⁶⁸ Zanimivo, da je ESČP na vprašanje, ali je dopustno in legitimno, da država preganja storilce mednarodnih hudodelstev po spremembi politične ureditve, tudi take, ki je trajala dalj časa, kar povečuje nevarnost retroaktivne uporabe kazenskega prava, odgovorilo, da ima država povsem legitimno možnost, da v skladu z načeli pravne države kazensko preganja storilce kaznivih dejanj iz prejšnje politične ureditve in da njena sodišča razlagajo in uporabljajo pravo iz časa izvršitve mednarodnega hudodelstva v skladu z načeli pravne države.⁶⁹ Ta možnost sicer spada tudi v okvir pozitivnih dolžnosti, ki izvirajo iz pravice do življenja po 2. členu EKČP.⁷⁰

Podobno presojo je ESČP opravilo v primeru obsodbe pritožnika leta 2004 za genocid, izvršen zoper pripadnike politične skupine leta 1963 na podlagi kazenskega zakona, ki je začel veljati šele med kazenskim postopkom. Tako kot v primeru vojnega hudodelstva je ESČP najprej presojalo zakonsko podlago za tako obsodbo po nacionalnem zakonskem pravu (Litve) in ugotovilo, da je bil pritožnik obsojen na podlagi nacionalnega kazenskega zakona, ki ni veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in je bil uporabljen retroaktivno, kar bi lahko pomenilo kršitev 7. člena EKČP, razen če bi bilo pravno podlago za inkriminacijo mogoče najti v mednarodnem pravu iz časa izvršitve kaznivega dejanja.⁷¹ Ob upoštevanju Londonskega sporazuma z Nürnberškim statutom, glavne sodbe Nürnberškega sodišča, Resolucije OZN št. 96 (a) iz decembra 1946 o mednarodnem hudodelstvu genocida in Konvencije o preprečevanju in kaznovanju hudodelstva genocida iz leta 1948 (Konvencija o genocidu),⁷² sodb sodišč v okupacijskih conah Nemčije in na Poljskem ter stališč Meddržavnega sodišča⁷³ je ESČP ugotovilo, da po mednarodnem običajnem in pogodbenem pravu ni zadostnih dokazov, da bi bila inkriminacija genocida

⁶⁶ Prav tam, tč. 238.

⁶⁷ Prav tam, tč. 237.

⁶⁸ Prav tam, tč. 239, 244 in 245.

⁶⁹ Sodbe ESČP v zadevah *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 159; *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, z dne 22. marca 2001, tč. 81; *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 241.

⁷⁰ Prav tam, tč. 241; *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 159.

⁷¹ Prav tam, tč. 166; *K.-H. W. proti Nemčiji*, št. 37201/97, z dne 22. marca 2001, tč. 50.

⁷² Sodba ESČP v zadevi *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05, z dne 20. oktobra 2015, tč. 167.

⁷³ Prav tam, tč. 172.

zoper pripadnike politične skupine leta 1963 predvidljiva⁷⁴ in jasna.⁷⁵ Zato je odločilo, da pritožnikova obsodba ni v skladu s prvim odstavkom 7. člena EKČP.⁷⁶ Po stališču ESČP je sicer dopustno, da države pogodbenice ESČP določijo širšo opredelitev genocida, kot jo določa Konvencija o genocidu, vendar to ne vključuje pravice do retroaktivne obsodbe na podlagi take širše opredelitve. Retroaktivne uporabe širše opredelitve genocida po nacionalnem pravu ne omogoča niti 5. člen Konvencije o genocidu, ki določa, da se države podpisnice zavezujejo, da bodo sprejele potrebne zakonodajne ukrepe za učinkovito izvrševanje konvencije.⁷⁷

Z uporabo iste metodologije je ESČP presojalo tudi obstoj predvidljive in dostopne pravne podlage za hudodelstva zoper človečnost, izvršena v letu 1992.⁷⁸ Odločilo je, da je Bosna in Hercegovina sicer res inkriminirala hudodelstva zoper človečnost kot samostojno kaznivo dejanje šele v kazenskem zakonu leta 2003, da pa so ravnanja, za katera je bil pritožnik obsojen, leta 1992 pomenila mednarodno hudodelstvo po mednarodnem pravu.⁷⁹ Pri predvidljivosti pravne podlage je ESČP še posebej upoštevalo, da je bil pritožnik v času izvršitve kaznivega dejanja policist in s tem opravljal profesionalno dejavnost, za katero ESČP zahteva večjo stopnjo zavedanja protipravnosti ravnanja.⁸⁰

4.2. Presoja na podlagi drugega odstavka 7. člena EKČP

V drugem odstavku 7. člena EKČP je določena zgolj navidezna izjema od prepovedi retroaktivne veljavnosti. ESČP je namreč v svoji praksi izrecno poudarilo, da prvi odstavek 7. člena EKČP ureja splošno prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava, drugi odstavek istega člena pa zgolj natančneje ureja to pravilo (ang. *contextual clarification of the liability limb of that rule*), zato da določba prvega odstavka 7. člena EKČP nima nobenega vpliva na zakone, ki so bili sprejeti v izjemnih razmerah na koncu druge svetovne vojne z namenom kaznovanja vojnih hudodelstev, in da 7. člen ne bi omogočal kakršnegakoli pravnega ali moralnega očitka pravnim aktom,⁸¹ ki so omogočili sojenja

⁷⁴ Prav tam, tč. 170.

⁷⁵ Prav tam, tč. 178.

⁷⁶ Prav tam, tč. 186.

⁷⁷ Prav tam, tč. 181.

⁷⁸ Odločitev ESČP v zadevi *Šimšić proti Bosni in Hercegovini*, št. 51552/10, z dne 10. aprila 2012.

⁷⁹ Prav tam, tč. 23.

⁸⁰ Prav tam, tč. 24.

⁸¹ Sodbe ESČP v zadevah *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. maja 2010, tč. 186; *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini*, št. 2312/08 in 34179/08, z dne 18. julija 2013, tč. 72; sklepa ESČP v zadevah *X. proti Belgiji*, št. 268/57, z dne 20. julija 1957; *Touvier proti Franciji*, št. 268/57, z dne 20. decembra 1957.

pred Nürnberškim in Tokijskim sodiščem, tj. Nürnberškemu in Tokijskemu statutu.⁸² Ne gre torej za izjemo od načela zakonitosti in prepovedi retroaktivne veljavnosti kazenskega prava, ampak za medsebojno povezanost obeh odstavkov, ki jih je treba tako tudi razlagati.⁸³ V zvezi s tem je ESČP še posebej poudarilo, da Nürnberški statut pomeni stanje mednarodnega prava in običajev vojne v letu 1939,⁸⁴ drugi odstavek 7. člena EKČP pa je bil uporabljen tudi za upravičenje formalno retroaktivne uporabe kazenskega nacionalnega prava za ravnanje, ki je bilo kaznivo po mednarodnem pravu v času izvršitve.⁸⁵ To stališče pa zrelativizira odločitev ESČP v sodbi v zadevi *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini*, v kateri je ESČP izrecno poudarilo, da obsodba v skladu z drugim odstavkom 7. člena EKČP ne pomeni, da načelo prepovedi retroaktivne veljavnosti kazenskega prava ne velja. V skladu s pripravljalnimi gradivom k EKČP naj bi prvi odstavek vseboval splošno pravilo prepovedi retroaktivne veljavnosti, drugi odstavek pa le kontekstualno pojasnilo, ki naj bi preprečevalo dvom v veljavnost pregonov po drugi svetovni vojni za kazniva dejanja, izvršena med vojno. Zato drugi odstavek ne pomeni izjeme od prepovedi retroaktivnosti kazenskega prava, ampak zanj tudi velja ta prepoved.⁸⁶

ESČP je zelo redko presojalo zatrjevano kršitev načela zakonitosti z vidika drugega odstavka 7. člena ESČP, oziroma po splošnih pravnih načelih, ki so jih priznavali civilizirani narodi v času izvršitve mednarodnega hudodelstva.⁸⁷ To je ESČP za povojne zadeve storilo v odločitvah v zadevah *Penart proti Estoniji*⁸⁸ ter *Kolk in Kislyiy proti Estoniji*,⁸⁹ v katerih je presojalo zatrjevano kršitev načela zakonitosti zaradi retroaktivne uporabe kazenskega prava v primeru obsodbe za hudodelstva zoper človečnost, izvršenih leta 1953 oziroma 1949 v obliki usmrtitev oziroma deportacije civilnega prebivalstva. ESČP je odločilo, da je bil drugi odstavek 7. člena EKČP sprejet kot izrecno zagotovilo, da načelo zakonitosti ne preprečuje pregona in kaznovanja oseb za ravnanje, ki je bilo kaznivo po splošnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi v času izvršitve. Po stališču ESČP

⁸² Kress, *Nulla poena nullum crimen sine lege* (2010), str. 5; Barzegarzadeh, Karveh, Raisi, *Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law* (2015), str. 399.

⁸³ Sodba ESČP v zadevah *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04 z dne 17. maja 2010, tč. 186.

⁸⁴ Sodbi ESČP v zadevah *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04 z dne 17. maja 2010, tč. 185; *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05 z dne 20. oktobra 2015, tč. 188.

⁸⁵ Kress, *Nulla poena nullum crimen sine lege* (2010), str. 5 se sklicuje na francosko zadevo *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes in drugi proti Barbie* in na kanadsko zadevo *Polyukhovich proti Commonwealth High Court of Australia*.

⁸⁶ Sodbi ESČP v zadevah *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05 z dne 20. oktobra 2015, tč. 189 in *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini*, št. 2312/08 in 34179/08 z dne 18. julija 2013, tč. 72.

⁸⁷ Sodba ESČP v zadevi *Vasiliasukas proti Litvi*, št. 35343/05 z dne 20. oktobra 2015, tč. 187.

⁸⁸ Odločitev ESČP v zadevi *Penart proti Estoniji*, št. 14685/04 z dne 24. januarja 2006.

⁸⁹ Odločitev ESČP v zadevi *Kolk in Kislyiy proti Estoniji*, št. 23052/04 in 24018/04 z dne 17. januarja 2006.

je to leta 1949 po mednarodnem pravu veljalo tudi za hudodelstva zoper človečnost. Pri tem stališču se je ESČP oprlo na Nürnberški statut iz leta 1945 in na Resolucijo Generalne skupščine OZN o Nürnberških načelih. Tudi v primeru presoje pravne podlage po drugem odstavku 7. člena EKČP ESČP uporablja ustaljena merila obstoja (po splošnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi), predvidljivosti in dostopnosti inkriminacije.⁹⁰ Glede na to, da je ESČP iste pravne vire uporabilo že za argumentacijo, da je bilo mednarodno hudodelstvo v času izvršitve kaznivo po mednarodnem pravu po prvem odstavku 7. člena EKČP, se seveda postavlja vprašanje, kakšna je sploh razlika med pravno podlago po prvem in drugem odstavku 7. člena EKČP; tj. med nacionalnim in mednarodnim pravom, ki vključuje tudi mednarodno običajno pravo, po prvem odstavku 7. člena EKČP, in med splošnimi načeli, ki jih priznavajo civilizirani narodi, po drugem odstavku 7. člena EKČP.

V skladu z ustaljeno razlago ESČP o drugem odstavku 7. člena je ta drugi odstavek odveč in nima druge naloge kot legitimizirati kazenske postopke, izvedene po drugi svetovni vojni, saj je mednarodno pravo že po prvem odstavku 7. člena EKČP izrecno navedeno kot dopustni pravni vir inkriminacije, kar pomeni, da drugi odstavek ne ureja dodatne pravne podlage inkriminacij. Drugi odstavek 7. člena EKČP pa je mogoče razlagati še drugače, in sicer tako, da je splošna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi, treba razumeti v smislu točke (c) prvega odstavka 21. člena Rimskega statuta oziroma tako, da gre po drugem odstavku za tista kazniva dejanja, ki niso kazniva po mednarodnem kazenskem pravu, so pa kazniva v širšem in reprezentativnem številu držav, pri čemer bi bilo treba to pravno podlago zaradi nevarnosti preširoke izjeme od prepovedi retroaktivne uporabe prava omejiti na hujše kršitve človekovih pravic, glede katerih po mednarodnem pravu obstaja dolžnost države preganjati taka ravnanja.⁹¹

4.3. Posebej o uporabi milejšega zakona (*lex mitior*)

Vprašanje uporabe milejšega zakona je v primeru pregona mednarodnih hudodelstev upošteveno predvsem zato, ker je pogosta situacija, ko ravnanje v času izvršitve hudodelstva ni bilo opredeljeno kot mednarodno hudodelstvo (na primer genocid), ampak kot navadno kaznivo dejanje (na primer umor), za katerega veljajo krajši zastaralni roki, včasih zanje ne veljajo določbe o nezastarljivosti itd., naknadno pa se je kazenski režim postrožil. Ob dosledni uporabi prepovedi retroaktivnosti in pravila uporabe milejšega zakona bi tako sodišča morala uporabiti ureditev iz časa izvršitve kaznivega dejanja, ki bi praviloma onemogočila uspešen kazenski pregon po poteku daljšega obdobja.

ESČP je tudi to vprašanje že obravnavalo, in sicer v zadevi *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini* (BiH). Razvoj inkriminacij hudih kršitev mednarodnega hu-

⁹⁰ Prav tam.

⁹¹ Kress, *Nulla poena nullum crimen sine lege* (2010), str. 6.

manitarnega prava v BiH je potekal podobno kot v Sloveniji. Državi sta si namreč nekdaj delili Kazenski zakon Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ) iz leta 1976. Nekatere inkriminacije so nove in jih je uredil šele novi Kazenski zakonik iz leta 2003 (na primer hudodelstva zoper človečnost), druga kazniva dejanja pa je določal že Kazenski zakon SFRJ, ki je v BiH veljal v času vojne med letoma 1992 in 1995 (na primer vojna hudodelstva). V obravnavanem primeru sta pritožnika izvršila vojna hudodelstva. ESČP je po pregledu nacionalne zakonodaje ugotovilo, da je opredelitev vojnih hudodelstev po Kazenskem zakonu iz 1976, ki je veljal v času izvršitve, enaka kot po Kazenskem zakoniku iz leta 2003, ki je veljal v času sojenja in ki ga je sodišče uporabilo,⁹² da pa se kazenska zakona razlikujeta po ureditvi kazni. Na podlagi primerjave ureditve kazni je ESČP ugotovilo, da sicer ne more zagotovo reči, da bi bila pritožnika kaznovana z milejšo kaznijo, če bi bila obravnavana po Kazenskem zakonu iz leta 1976, bi pa jima lahko po tem zakonu bile izrečene nižje kazni. Na to naj bi kazala tudi sodna praksa nacionalnega sodišča. Zato je presodilo, da obstaja resna možnost, da je uporaba KZ iz leta 2003 učinkovala v škodo pritožnikov in da je Bosna in Hercegovina kršila 7. člen EKČP zaradi kršitve pravila uporabe milejšega zakona.⁹³

4.4. In o vprašanju (ne)zastarljivosti kazenskega pregona

Tudi ureditev (ne)starljivosti kazenskega pregona mednarodnih hudodelstev ni problematična v primeru pregona nedavno izvršenih mednarodnih hudodelstev, ampak v primeru pregona mednarodnih hudodelstev, ki so bila izvršena pred mnogimi leti, ko takratna kazenska zakonodaja še ni določala izjeme nezastarljivosti za taka kazniva dejanja. Če razumemo institut zastaranja kot institut kazenskega materialnega prava, potem je treba v zvezi z njim upoštevati načelo zakonitosti in pravilo uporabe milejšega zakona. Za storilca je milejši tisti zakon (običajno iz časa izvršitve kaznivega dejanja), ki določa, da kaznivo dejanje zastara po določenem času kot zakon, ki določa nezastarljivost kazenskega pregona.⁹⁴

Konvencija OZN o nezastarljivosti vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost iz leta 1968 (Konvencija OZN)⁹⁵ ter Evropska konvencija o nezastarljivosti geno-

⁹² V konkretnem primeru sta bila relevantna prvi odstavek 142. člena KZ iz leta 1976 in prvi odstavek 173. člena KZ iz leta 2003.

⁹³ Sodba ESČP v zadevi *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini*, št. 2312/08 in 34179/08 z dne 18. julija 2013, tč. 70 in 76.

⁹⁴ Ambrož, Časovna veljavnost kazenskega zakona in ugotavljanje, kateri od zakonov je milejši (2008), str. 132.

⁹⁵ Konvencija je bila sprejeta leta 1968, nekdanja Jugoslavija je konvencijo ratificirala 9. junija 1970, Slovenija pa je generalnega sekretarja 1. julija 1992 s pismom obvestila, da se šteje za podpisnico te pogodbe kot naslednica nekdanje Jugoslavije.

cida, hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev iz leta 1974⁹⁶ sta približno 25 let po koncu druge svetovne vojne določili, da kazenski pregon vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost, kakor so določena v Nürnberškem statutu, ter genocida,⁹⁷ oziroma drugih hudih kršitev mednarodnega prava⁹⁸ ne zastara, ne glede na to, kdaj so bila izvršena,⁹⁹ oziroma v primeru Evropske konvencije, če so bila kazniva dejanja izvršena po uveljavitvi te konvencije za državo podpisnico, za kazniva dejanja, izvršena pred tem trenutkom pa le, če se zastaralni rok do takrat še ni iztekel.¹⁰⁰ Konvencijo OZN je nekdanja Jugoslavija ratificirala 9. junija 1970, Slovenija pa je generalnega sekretarja 1. julija 1992 s pismom obvestila, da se šteje za podpisnico te pogodbe kot naslednica nekdanje Jugoslavije.

Na podlagi tega se postavlja vprašanje, ali je pregon mednarodnih hudodelstev nezastarljiv, če je bilo tako določeno že v času izvršitve mednarodnega hudodelstva, ali zadošča, da je država (pozneje) prevzela nezastarljivost pregona s prevzemom vsaj ene od omenjenih mednarodnih konvencij¹⁰¹ in pravilo o nezastarljivosti kazenskega pregona velja za nazaj, torej tudi za prej izvršena mednarodna hudodelstva; ali pa ta mednarodna obveznost velja celo brez prevzema mednarodnih konvencij.

Ko je bil pritožnik obsojen po kazenskem zakonu, ki je šele približno 50 let po izvršitvi mednarodnega hudodelstva uredil nezastarljivost kazenskega pregona za vojna hudodelstva, je ESČP situacijo presodilo z vidika, kako bi bil pritožnik preganjan, če bi se pregon v skladu z ESČP izvršil, ko je bilo mednarodno hudodelstvo izvršeno (tj. v letu 1944). Ker takratni kazenski zakon ni inkriminiral vojnih hudodelstev, bi moral kazenski pregon temeljiti na mednarodnopravnih virih, vendar naj določbe takratnega kazenskega zakona o zastaranju kazenskega pregona po stališču ESČP ne bi imele nobenega vpliva na mednarodnopravne inkriminacije.¹⁰² Zato je ESČP preverilo mednarodnopravne vire o zastaranju kazenskega pregona v času izvršitve kaznivega dejanja in ugotovilo, da noben mednarodnopravni vir iz tistega časa ali iz obdobja od izvršitve do pregona mednarodnih hudodelstev ni določal ničesar o zastaranju kazenskega pregona. Na podlagi tega, da nacionalnih omejitev ni mogoče uporabiti, na mednarodni ravni pa ni omejitev glede

⁹⁶ Konvencija je bila sprejeta leta 1974. Slovenija je ni niti podpisala. Dostopno na (URL): <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/455?OpenDocument>.

⁹⁷ Člen 1 Konvencije OZN o nezastarljivosti vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost.

⁹⁸ Člen 1 Evropske konvencije o nezastarljivosti genocida, hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev.

⁹⁹ Člen 1 Konvencije OZN o nezastarljivosti vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost.

¹⁰⁰ Člen 2 Evropske konvencije o nezastarljivosti genocida, hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev.

¹⁰¹ Člen 29 Rimskega statuta določa, da kazniva dejanja v pristojnosti Mednarodnega kazenskega sodišča ne zastarajo.

¹⁰² Odločitev ESČP v zadevi *Kolk in Kislyiy proti Estoniji*, št. 23052/04 in 24018/04 z dne 17. januarja 2006, tč. 230.

zastaranja kazenskega pregona, je ESČP sklepalo, da kazenski pregon pritožnika ni zastaral.¹⁰³ V zvezi s tem primerom je treba poudariti, da je zadevna država podpisnica EKČP (tj. Estonija) postala podpisnica Konvencije OZN šele leta 1991, kazenski zakon se je na tej podlagi spremenil šele leta 1994, mednarodno hudodelstvo je bilo izvršeno leta 1944, kazenski pregon pa je potekal približno leta 2000. ESČP torej sprejema zelo široko razlago dopustnosti retroaktivne uporabe določbe o nezastarljivosti pregona mednarodnih hudodelstev. Če je država podpisnica Konvencije OZN, jo po razlagi ESČP določba o nezastarljivosti pregona teh hudodelstev zavezuje, ne glede na to, kdaj so bila hudodelstva izvršena, in ne glede na to, kdaj je država pristopila h konvenciji. Pregon ne zastara tudi v primeru, če je država pristopila h konvenciji po izvršenem hudodelstvu (tudi 40 let po tem) in s specialno transformacijo prenesla to določbo v kazenski zakon po izvršitvi mednarodnega hudodelstva.¹⁰⁴ Po stališču ESČP naj to ne bi izhajalo le iz izrecne (zakonske ali mednarodne) pravne podlage, ampak tudi iz narave mednarodnega hudodelstva – v konkretnem primeru hudodelstva zoper človečnost oziroma genocida.¹⁰⁵

5. Slovenski pogled na dileme načela zakonitosti pri pregonu mednarodnih hudodelstev

Kot je bilo že omenjeno, slovenska Ustava ureja načelo zakonitosti v 28. členu. Glede prepovedi retroaktivne veljavnosti kazenskega prava je Ustavno sodišče že presodilo, da temelji na gledanju, da bi bilo nesprejemljivo, če bi bilo ravnanje, ki je v času izvršitve zakonito, pozneje opredeljeno za kaznivo in če bi bilo ravnanje, za katero je v času izvršitve predpisana določena sankcija, pozneje kaznovano strožje. Ustavnomaterialno jamstvo iz prvega odstavka 28. člena Ustave je namenjeno posamezniku, ki mora vnaprej vedeti, kaj je kaznivo, saj le tako lahko prilagodi svoja ravnanja. Zanj mora biti predvidljivo, kakšne posledice lahko ustvarja njegovo voljno ravnanje, vedeti mora, kje je meja, s katero je zakonodajalec zarisal polje kaznivosti in zunaj katere je polje njegove splošne svobode ravnanja (35. člen Ustave), ki ni kaznivo. Od tod logična prepoved retroaktivne določitve kaznivih dejanj (*lex praevia*).¹⁰⁶ Glede na elemente, ki v skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo izhajajo iz tega načela, se glede pregona mednarodnih hudodelstev odpira kar nekaj vprašanj, začenši s pravnim aktom, ki lahko opredeli kaznivo dejanje.

V skladu z 28. členom Ustave, ustaljeno ustavnosodno presojo, KZ-1 in teorijo materialnega kazenskega prava načelo zakonitosti, drugače kot praksa ESČP in MKSJ, zahteva specialno transformacijo inkriminacij v slovenski (kazensko)pravni red. To pomeni, da mednarodna pogodba, ki določa kaznivo dejanje in okvirno kazen zanj ter določena

¹⁰³ Prav tam, tč. 231–233.

¹⁰⁴ Prav tam.

¹⁰⁵ Sodba ESČP v zadevi *Marguš proti Hrvaški*, št. 4455/10 z dne 27. maja 2014, tč. 129.

¹⁰⁶ Odločba Ustavnega sodišča št. Up-879/14 z dne 20. aprila 2015, 16. točka obrazložitve.

pravila splošnega dela kazenskega materialnega prava, ne omogoča obsodbe neposredno na podlagi te pogodbe, ampak mora zakonodajalec to ravnanje opredeliti kot kaznivo dejanje in zanj predpisati kazen v slovenskem kazenskem zakonu.¹⁰⁷ Iz *lex scripta* izhaja zahteva, da je kaznivo dejanje opredeljeno s pisnim pravnim virom in ne more nastati s sodno prakso ali mednarodnim običajnim pravom.¹⁰⁸ Ta zahteva velja tudi za mednarodna hudodelstva, pri čemer seveda ni izključena uporaba blanketnih določb, v okviru katerih se določba slovenskega kazenskega zakona pri posameznem zakonskem znaku sklicuje na druge, tudi mednarodne pravne akte. Na podlagi tega torej dejanja, ki je bilo izvršeno pred uveljavitvijo kazenskega zakona, ki je to ravnanje inkriminiral kot mednarodno hudodelstvo, ni mogoče preganjati kot mednarodnega hudodelstva, mogoče pa ga je preganjati kot »navadno kaznivo dejanje«. To bi veljalo tudi v primeru, če bi (kazenski) zakon (hipotetično) določal, da je mogoče ravnanje inkriminirati tudi z načeli civiliziranih narodov v času izvršitve.¹⁰⁹

Z vidika (ne)zastarljivosti kazenskega pregona je relevantno vprašanje, ali prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava in pravilo uporabe milejšega zakona veljata tudi za ta institut. Kazenski pregon in izvršitev kazni za mednarodna hudodelstva po KZ-1 ne zastarata iz več razlogov: njihova izvršitev se sme kaznovati s kaznijo dosmrtnega zopora, KZ-1 izrecno določa, da kazenski pregon ne zastara za kazniva dejanja iz 100. do 105. člena KZ-1, poleg tega so to tudi kazniva dejanja, za katera po mednarodnih pogodbah zastaranje ni mogoče.¹¹⁰ Ustavno sodišče je v zvezi z nezastarljivostjo kazenskega pregona že odločilo, da je lahko uporaba instituta nezastarljivosti kazenskega pregona v skladu s splošno sprejetimi načeli vezana samo na primere najhujših kaznivih dejanj – na primere, ko bi bilo zastaranje moralno neopravičljivo, ali če tako zahteva mednarodna solidarnost,¹¹¹ oziroma le za najtežja kazniva dejanja zoper človečnost in mednarodno pravo.¹¹² Na podlagi naše zakonodaje in sodne prakse se zastaranje trenutno šteje za institut kazenskega materialnega prava, zato je v zvezi z njim treba upoštevati načelo zakonitosti in pravilo uporabe milejšega zakona.¹¹³ Za storilca je milejši tisti zakon (običajno iz časa

¹⁰⁷ Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL (2013), str. 131; Ambrož et al. (2012), MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO, str. 69; Werle, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2005), str. 33.

¹⁰⁸ Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL (2013), str. 131. Glej tudi Kress, Nulla poena nullum crimen sine lege (2010).

¹⁰⁹ Šturm (ur.), KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (2010), str. 420. Izjema je določena po tretjem odstavku 13. člena KZ-1 ter po tretjem, četrtem in petem odstavku 14. člena KZ-1.

¹¹⁰ Prvi in drugi odstavek 95. člena KZ-1. Glej tudi 29. člen Rimskega statuta.

¹¹¹ Odločba Ustavnega sodišča U-I-67/94 z dne 21. marca 1996, 19. točka obrazložitve.

¹¹² Odločba Ustavnega sodišča U-I-25/07 z dne 11. septembra 2008, 6. točka obrazložitve.

¹¹³ Sodba Vrhovnega sodišča št. I Ips 137/2001 z dne 16. januarja 2003.

izvršitve kaznivega dejanja), ki določa, da kaznivo dejanje zastara po določenem času.¹¹⁴ To pomeni, da v primeru ureditve nezastarljivosti pregona po trenutku izvršitve mednarodnega hudodelstva taka ureditev za storilca pomeni strožji zakon, zato bi bilo treba uporabiti zakon iz trenutka izvršitve kaznivega dejanja.

6. Sklep

ESČP in MKSJ imata podoben pristop k presoji, ali je bilo načelo zakonitosti spoštovano. Obe sodišči namreč presodita, ali je pravna podlaga za inkriminacijo v trenutku izvršitve mednarodnega hudodelstva sploh obstajala in ali je bila storilcu predvidljiva ter dostopna. ESČP pri tem kot primarno pravno podlago upošteva nacionalno kazensko pravo, MKSJ pa zaradi svoje mednarodne narave kot primarno pravno podlago upošteva mednarodno (običajno ali pogodbeno) pravo. ESČP uporablja tudi mednarodno pravo, in sicer kot enakovreden pravni vir nacionalnim ureditvam, MKSJ pa nacionalne ureditve upošteva v okviru ugotavljanja splošnih načel, ki so skupna vsem večjim pravnim sistemom, pravna podlaga v nacionalni ureditvi države storilca pa za obsodbo ne zadošča.

V okviru mednarodnega kazenskega prava je MKSJ drugače kot Nürnberško sodišče, ki je načelo zakonitosti dojemalo predvsem kot oviro za doseganje pravičnosti z učinkovitim kazenskim pregonom, v vsakem primeru (upoštevajoč okoliščine primera) presojalo, ali je načelo zakonitosti zadoščeno. Je pa res, da je MKSJ sicer utemeljevalo pravno podlago za obsodbo v času izvršitve mednarodnih hudodelstev, vendar je po drugi strani tudi široko razumelo sodniško svobodo pri ustvarjanju prava in pri utemeljevanju obstoja mednarodnega običajnega prava v določenem zgodovinskem trenutku. Kljub temu je skozi potek časa v mednarodnem kazenskem pravu mogoče zaslediti vedno strožje oziroma dosledno spoštovanje načela zakonitosti. To potrjuje tudi ureditev Rimskega statuta,¹¹⁵ ki, tudi zato, ker ima Mednarodno kazensko sodišče časovno neomejeno jurisdikcijo,¹¹⁶ drugače kot njegovi predhodniki ureja načelo zakonitosti. V 22. členu tako določa, da oseba ni kazensko odgovorna po statutu, razen če je ravnanje, ko je storjeno, kaznivo dejanje v pristojnosti Mednarodnega kazenskega sodišča. Znake kaznivega dejanja je treba razlagati ozko in jih ne širiti z analogijo. V dvomu jih je treba razlagati v korist osebe, proti kateri poteka preiskava, ki se preganja ali obsodi (prepoved analogije). V 23. členu je določeno pravilo *nulla poena sine lege*; oseba, ki jo obsodi Mednarodno

¹¹⁴ Po Ambrož, Časovna veljavnost kazenskega zakona in ugotavljanje, kateri od zakonov je milejši (2008), str. 132 prevladuje mešana teorija, po katerem se lahko zastaralni rok, če še teče, spremeni; če je rok že potekel, pa ga ni mogoče še enkrat sprožiti.

¹¹⁵ Werle, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2005), str. 33; Ambrož, Bavcon, Fišer, Korošec, Sancin, Selinšek, Škrk, MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO (2012), str. 92; Schabas, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2010), str. 403.

¹¹⁶ Člen 11 Rimskega statuta.

kazensko sodišče, se lahko kaznuje le v skladu z Rimskim statutom. Člen 24. pa določa prepoved veljavnosti za nazaj; nihče ni kazensko odgovoren po tem statutu za ravnanje, izvršeno pred začetkom veljavnosti statuta. 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 (*lex mitior*).

Za Slovenijo je upoštevna predvsem primerjava s stališči ESČP o načelu zakonitosti iz 7. člena EKČP, katere podpisnica je Slovenija. Pri primerjavi obeh ureditev je mogoče ugotoviti, da je ESČP precej prožnejše in široko pri razlagi dopustne pravne podlage inkriminacij, saj upošteva tudi mednarodno pravo, slovenski ustavni red pa za pravno podlago inkriminacij zahteva zakon. Tudi pri (ne)zastarljivosti kazenskega pregona je stališče ESČP milejše in omogoča nezastarljivost kazenskega pregona mednarodnih hudodelstev, ne glede na to, kdaj je bilo izvršeno, slovenska sodna praksa pa zastaranje šteje kot materialnopravni institut, ki je kot tak podrejen ustavni določbi o uporabi milejšega zakona in o prepovedi retroaktivnosti. Tako je mogoče potrditi osrednjo hipotezo prispevka, da vsebuje slovenska Ustava strožjo ureditev načela zakonitosti kot mednarodno kazensko pravo in mednarodno pravo človekovih pravic.

Zato se seveda odpira vprašanje, ali bi bila lahko žrtev takega mednarodnega hudodelstva uspešna s svojo pritožbo na ESČP, da Slovenija krši svoje pozitivne dolžnosti, ki izhajajo iz materialnopravnih pravic, in ovira izvedbo učinkovite preiskave kršitve na primer 2. člena EKČP zaradi stališča sodne prakse, da je zastaranje materialnopravni institut in da zanj posledično velja pravilo uporabe milejšega zakona za institut (ne)zastarljivosti. Vprašanje torej je, koliko je lahko slovenski ustavni sistem strožji glede razumevanja načela zakonitosti oziroma bolj garantističen do storilcev mednarodnih hudodelstev v primerjavi s stališčem ESČP, da Slovenija s tem ne krši svojih pozitivnih obveznosti, ki izhajajo iz prakse ESČP. V zvezi s tem je ESČP že podalo stališče, ko je zavrnilo argument bosanske vlade, da dolžnost preganjati vojna hudodelstva po mednarodnem humanitarnem pravu zahteva, da se prepoved retroaktivnosti v takem primeru ne uporablja, saj naj bi že Ženevske konvencije določale tako prepoved,¹¹⁷ hkrati pa je tudi odločilo, da dolžnost kazensko preganjati storilce kaznivih dejanj iz prejšnje politične ureditve v skladu z načeli pravne države spada tudi v okvir pozitivnih dolžnosti, ki izvirajo iz pravice do življenja. Zdi se dvomljivo, da bi procesni vidiki materialnih pravic pretehtali zahteve, ki izhajajo iz 7. člena EKČP in 28. člena Ustave.

¹¹⁷ Sodba ESČP v zadevi *Maktouf in Damjanović proti Bosni in Hercegovini*, št. 2312/08 in 34179/08 z dne 18. julija 2013, tč. 74.

Literatura

- Ambrož, Matjaž: Časovna veljavnost kazenskega zakona in ugotavljanje, kateri od zakonov je milejši, v: KONFERENCA KAZENSKEGA PRAVA IN KRIMINOLOGIJE (2008), str. 128–133.
- Ambrož, Matjaž; Bavcon, Ljubo; Fišer, Zvonko; Korošec, Damjan; Sancin, Vasilka; Selinšek, Liljana; Škrk, Mirjam: MEDNARODNO KAZENSKO PRAVO, Uradni list RS, Ljubljana 2012.
- Barzegarzadeh, Abbas; Karveh, *Mahmuod Jalali*; Raisi, *Leila*: Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law, v: Mediterranean Journal of Social Sciences 6 (2015) 5, str. 398–402.
- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja; Korošec, Damjan, KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL, Uradni list, Ljubljana 2013.
- Bele, Ivan: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, SPLOŠNI DEL, GV Založba, Ljubljana 2001.
- Glavna sodba Nürnberškega sodišča, URL: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>.
- International Criminal Law Services, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW & PRACTICE: TRAINING MATERIALS, GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, ICLS – OSCE-ODIHR.
- Kress, Claus: Nulla poena nullum crimen sine lege, v: MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2010), URL: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>.
- Poročilo generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije Varnostnega sveta OZN št. 808 (1993), URL: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf.
- Schabas, William: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Shahram, Dana: Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, v: Journal of Criminal Law and Criminology 99 (2009) 4, str. 857–928.
- Statut Mednarodnega vojaškega sodišča (1945), URL: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.
- Šturm, Lovto (ur.): KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE, Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2010.
- Türk, Danilo: TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Werle, Gerhard: PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, Asser Press, Haag 2005.

Worster, William Thomas: Art. 8. Territorial and temporal jurisdiction, v: CODE OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE, ANNOTATED (ur. P. De Hert, J. Flamme, M. Holvoet, O. Struyven), Larcier, Uitgever 2013.

ZDA proti Altstoetterju, v: Nuernberg Military Tribunal Trials of War Crimes before the Nuernberg Military Tribunals, vol. 3, United States Government Printing Office, Washington 1951.

ZDA proti Ohlendorerju, v: Nuernberg Military Tribunal Trials of War Crimes before the Nuernberg Military Tribunals, vol. 4, United States Government Printing Office, Washington 1951.

Criminal Prosecution of International Crimes and the Principle of Legality

(Summary)

According to Article 28 of Slovenian Constitution, no-one may be punished for an act which had not been declared a criminal offence under law or for which a penalty had not been prescribed at the time the act was performed (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Acts that are criminal shall be established and the resulting penalties pronounced according to the law that was in force at the time the act was performed, except where a more recent law adopted is more lenient towards the offender. This principle also applies for core crimes consisting of genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression, and which are prosecuted on national and international level before international or hybrid tribunal, according to the tribunal's statute.

One of many common characteristics of criminal prosecutions of core crimes in the last sixty years in international, European and Slovenian perspective is certainly the *post factum* criminal prosecution, because such prosecutions are usually performed after a long period of time after the commission of core crimes, potentially even after the change of a state's political system. Furthermore, the development of international and Slovenian criminal law on core crimes has been emphasised in the last sixty years, whereas in the case of Slovenian criminal law this development has been logically delayed by the process of implementation of international criminal law. Therefore, before the enactment of Criminal Code in 2008 (KZ-1), there were some criminal acts in Slovenian criminal law, which partially covered core crimes. However, the regulation was not as complete as in Section 14 of KZ-1. Only the KZ-1 and its subsequent amendment KZ-1B completely incriminated all the acts of core crimes and thereby implemented the relevant provisions of the Rome Statute. Another factual circumstance should be taken into consideration; namely, international conventions on protection of human rights, which regulate also principle of legality and the prohibition of retroactive application of criminal law, have also been adopted only after the World War II. Taking into consideration the development of international criminal law, historical circumstances, especially armed conflicts in European and Slovenian environment and principle of legality, it could be established that up until the codification of the Rome Statute (and its implementation into Slovenian criminal law), the criminal prosecutions of core crimes' perpetrators have always been controversial from the perspective of principle of legality. Or, in other words, there has always been doubt whether the principle of legality is respected in such cases, because the rules of prosecution were usually drafted after the commission of core crimes.

Paper discusses the dilemmas of principle of legality with criminal prosecution of core crimes and tests the thesis that Slovenian Constitution includes a stricter regulation of principle of legality than international criminal law and international law of

human rights. Firstly, the elements of principle of legality are presented, of which those are emphasised, that could be controversial in case of international crimes prosecution. Afterwards, the paper discusses the answers provided by international criminal law, especially the case law of International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), and by European Convention on Human Rights. The paper concludes by analysis of the Slovenian view on dilemmas regarding principle of legality and compares Slovenian positions with the ones of the European Court of Human Rights (ECHR).

The ECHR and the ICTY share a similar approach towards the analysis whether the principle of legality had been adhered to or not in a concrete case. They both assess whether there was a legal basis for a certain criminal offence in time when the core crime was committed and whether such legal basis had been foreseeable and accessible to the perpetrator at that time. Whereas the ECHR considers as the primary legal basis the national criminal law, the ICTY, due to its international nature, uses primarily international (customary or conventional) legal basis. The ECHR applies international law as an equal source of law in comparison to national legislation, whereas the ICTY applies national legislation only in the framework of establishing general principles, common to all great legal systems.

In international criminal law, the Nuremberg tribunal understood the application of principle of legality as an obstacle to achieving justice through effective criminal prosecution. The ICTY, on the other hand, analysed in each case whether the principle of legality was adhered to or not. It should be, however, noted that the ICTY defined the existence of legal basis for conviction in the time of commission of core crimes in a wide manner, especially from the aspect of international customary law. Notwithstanding this, a development towards a stricter application and understanding of principle of legality could be noticed in international criminal law. This trend is confirmed also by the regulation of principle of legality in the Rome Statute.

Due to the fact that Slovenia is a state signatory of the European Convention on Human Rights, Slovenian regulation should be assessed also from the perspective of this convention, especially its Article 7. The ECHR is much more flexible regarding the interpretation of legal basis, because it applies also international law, whereas the Slovenian regulation allows only for the law (Slovene *zakon*) to be the legal basis of criminal acts. The ECHR is more flexible also regarding the non-application of statute of limitation with the criminal prosecution of core crimes. According to the ECHR case law, the statute of limitation does not apply for core crimes, regardless of when the core crime was committed, whereas according to the Slovenian regulation the statute of limitation is an element of substantive criminal law and as such subjected to the principle of *lex mitior* and the prohibition of retroactive application of criminal law. The thesis of the paper that Slovenian Constitution regulated principle of legality in a stricter manner than international criminal law and international law of human rights is thereby confirmed.

Consequently, a question is raised whether a victim of a core crime could successfully lodge a complaint to the ECHR against Slovenia for violation of the European Convention on Human Rights by violating its positive obligations arising from material human rights protected by the Convention, such as the right to life (procedural aspects of substantive rights). It could be claimed that the position of the legislation and the case law on the use of *lex mitior* in the case of the statute of limitation represents an obstacle to the effective investigation of a human rights violation, for example of Article 2 of the European Convention on Human Rights. The real issue therefore is, how much can Slovenian regulation of principle of legality diverge from the ECHR's case law not to violate its positive obligations under the European Convention of Human Rights.

