

Odmera kazni v mednarodnem kazenskem pravu

Sabina Zgaga*

Članek obravnava določbe Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) in sodno prakso tega sodišča v zvezi z odmero kazni, namene kaznovanja, ki jih sodišče zasleduje, ter vpliv nacionalnih kazensko-pravnih sistemov na sodno prakso MKSJ. Osredotoča se tudi na ustrezne določbe Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (MKS). Glavni problem pri ugotavljanju namenov kaznovanja je stek različnih pravnih kultur in sistemov, saj so nameni kaznovanja močno odvisni od trenutka odločanja, vrednot in teorij, ki prevladujejo v določenem pravnem okolju. Pred MKSJ se sodni senati sklicujejo tako na absolutne kakor na relativne teorije, vendar pa po mnenju avtorice prevladujejo absolutne oz. retributivne. Drugo vprašanje, s katerim se je podrobneje ukvarjalo MKSJ, je individualizacija kazni. Sodišče je s sklicevanjem na individualizacijo kazni upravičevalo nepoenoteno sodno prakso glede odmere kazni. Zgolj dosledna individualizacija kazni lahko omogoči enakost obsojencev in s tem poenoteno sodno prakso. Na drugi strani pregled zgodovinskega razvoja ureditve kazni kaže na to, da je bila kazen zmeraj bolj določena. Ena pomanjkljivost pa vendarle ostaja tudi v Rinskem statutu, in sicer odsotnost določenega namena kaznovanja. Iz preostalih določb Rimskega statuta, stalne zahteve po končanju nekaznovanosti potencialnih storilcev najhujših kaznivih dejanj (*to put an end to impunity*) ter iz kulture kaznovanja, ki jo je čutiti v mednarodnopravni skupnosti, je mogoče razbrati prevladujočo vlogo absolutnih teorij.

Ključne besede: Statut mednarodnega kazenskega sodišča, Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo, sodna odmera kazni, kaznovalna politika

UDK: 341.645 : 343.15

Odmera kazni v statutu Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo

Že statut Mednarodnega vojaškega sodišča v Nürnbergu je vseboval določbe o sodbi in kazni. V 27. členu je bilo tako določeno, da ima sodišče po obsodbi pravico obsojencu izreči smrtno kazen ali kako drugo kazen, za katero se ugotovi, da je pravična. Poleg tega je imelo sodišče pravico obsojencu zaseči kakršno koli ukradeno lastnino in ukazati njeno izročitev Nadzornemu svetu za Nemčijo (v današnji terminologiji zaseg protipravno pridobljene premoženjske koristi). Kazni so se izvršile v skladu z ukazi tega sveta. Nadzorni svet je imel tudi pristojnost za omilitev ali spremembo kazni, prepovedano pa mu je bilo, da bi jo povečal.¹

Ena od kritik, ki leti na to sodišče, je, da je statut vseboval bore malo določb o tem, kakšno kazen naj sodišče izreče (smrtno ali katero drugo) in katere okoliščine vplivajo na njeno odmero. Bistvo druge kritike pa je možnost izreka smrtno kazni. To možnost je sodišče na glavnem nürnberškem procesu izkoristilo za polovico obdolženih.²

Statut MKSJ je glede kazni že natančnejši. Iz 23. člena je razvidno, da pozna kazni in druge kazenske sankcije. Glede kazni postavlja omejitve, da je ta lahko zgolj zaporna.³ S tem je izključena možnost izreka smrtno kazni. Pri določanju zaporne kazni sodeči senat upošteva splošno prakso izrekanja zapornih kazni na sodiščih nekdanje Jugoslavije, pri odmeri pa mora upoštevati zlasti težo kaznivega dejanja in individualne okoliščine obsojene osebe. V zvezi z odmero kazni je iz statutarne ureditve razvidno, da gre za eksemplifikativno naštevanje okoliščin, ki vplivajo na odmero kazni.

Poleg kazni pa MKSJ obsojeni osebi naloži še vrnitev premoženja in premoženjskopravne koristi, pridobljene protipravno ali z nasiljem, njenim zakonitim lastnikom, kar v naši terminologiji pomeni odvzem protipravno pridobljene premoženjske koristi, ki pa se vrne oškodovancu in ne državi (kakor ima tudi v Sloveniji premoženjskopravni zahtevek oškodovanca prednost pred odvzemom premoženjskopravne koristi). Iz statutarne ureditve pa je razvidno, da ta ne zahteva, da bi oškodovanec (zakoniti lastnik) vložil zahtevek, ampak se lahko to odredi po uradni dolžnosti. Razvidno je tudi, da odvzem premoženja ni predviden kot kazen, ampak kot dodaten ukrep.⁴ Tudi statut MKSJ enako kot nürnberški statut vsebuje

* Sabina Zgaga, univ. dipl. pravnica, Pravna fakulteta v Ljubljani.

¹ 27. in 28. člen nürnberškega statuta.

² Bagaric, M., Morris, J., str. 192. Kazni, ki jih je sodišče izreklo na glavnem sojenju, so bile: smrt z obešenjem, dosmrtni zapor in zaporna kazen od 10 do 20 let. Navedeno po Hole, A., str. 40.

³ 24. člen.

⁴ Triffterer, O., str. 1422.

določbe o pomilostitvi ali znižanju kazni, dodatno pa tudi določbo o izvrševanju kazni.⁵

Še natančnejša pa so Pravila o dokazih in postopku.⁶ V skladu s pravili je dopustno izreči dosmrtno kazen ali pa zaporno kazen za določeno obdobje,⁷ pri odmeri kazni pa mora sodišče upoštevati individualne okoliščine primera in teže kaznivega dejanja ter med drugim tudi obteževalne okoliščine, olajševalne okoliščine, vključno z znatnim sodelovanjem obdolženca oz. obsojenca s tožilcem med postopkom ali po obsodilni sodbi, splošno prakso izrekanja zaporne kazni pred sodišči nekdanje Jugoslavije, upoštevati pa mora tudi, ali in koliko je obsojenec že prestal kazen za isto dejanje pred sodiščem posamezne države.⁸

Upoštevati je treba tudi, ali in koliko je bil obsojenec priprt že med kazenskim postopkom.⁹ Obdolženec bo začel kazen prestajati še isti dan, ko jo sodni senat razglasi, pritožba pa ima suspenzivni učinek do odločitve pritožbenega senata. Kljub temu pa bo obsojenec v vmesnem času v priporu.¹⁰ Izvrševanje zaporne kazni nadzira MKSJ ali posebno telo (v konkretnem primeru tajništvo MKSJ, ki nadzoruje priporniško enoto), ki ga določi sodišče.¹¹

Kljub določeni ureditvi izrekanja kazni pa niti statut niti pravila ne vsebujejo take ureditve kot kazenski zakoniki držav. Ti namreč v splošnem delu določajo splošna pravila o kazenskih sankcijah in kaznih posebej, pri vsakem kaznivem dejanju in njegovi modaliteti pa sta določena posebni minimum in maksimum ali pa vsaj slednji. Tega v statutu MKSJ ne najdemo, saj vsebuje le zgolj omenjena splošna pravila o kazni. Taka ureditev pa omogoča precejšnjo diskrecijo, kar ugotavljajo avtorji in tudi sodniki.¹² Zaradi tega se postavlja vprašanje, ali je taka ureditev v skladu z načelom *nulla poena sine lege praevia*.¹³ V sistemu, v katerem se zahteva zakonska ureditev kazni, je prevelika sodniška diskrecija glede odmere kazni lahko sporna s stališča tega načela, saj v tem primeru kazni ne določi zakon, ampak sodnik v konkretnem primeru.

Neobstoj posebnih minimumov in maksimumov je sodišče zaznalo, a se mu to ni zdelo sporno,¹⁴ vendar pa na to vprašanje opozarjajo številni avtorji. Še bolj pa je to po mojem mnenju sporno pri Rimskem statutu, pri katerem bi lahko njegovi avtorji upoštevali slabosti predhodnih statutov, vključno s stališča *nulla poena sine lege praevia*, poleg tega pa Rimski statut tudi sam določa, da načelo zakonitosti velja tudi za kazen, a to ni bilo do konca izpeljano.¹⁵

Pravila o dokazih in postopku pa v primerjavi s statutom urejajo še druga kazniva dejanja, storjena zoper MKSJ, in sicer razžalitev sodišča ter lažno pričanje. Tu je, spet v primerjavi s statutom, predpisana denarna kazen. Še več, določena je najvišja kazen, ki ne sme presežati 100.000,00 EUR ali sedem let, če je izrečena zaporna kazen, ali oboje. Ko sodišče izreče denarno kazen, mora določiti tudi rok plačila, če pa kazen ni pravočasno plačana, sodišče lahko izda nalog, na podlagi katerega se mora oseba zglasiti pred sodiščem ali pa pisno pojasniti, zakaj še ni plačala denarne kazni. Sodišče ima v skrajnem primeru tudi možnost spremeniti denarno kazen v zaporno kazen z omejitvijo največ 12 mesecev.¹⁶ Zanimivo je, da je ta denarna kazen natančneje urejena kot zaporna kazen, ki se lahko izreče za kazniva dejanja, za katera je sodišče primarno pristojno in pregon katerih je dejansko cilj ustanovitve tega sodišča.¹⁷

Kljub temu pa je ureditev MKSJ primerna s tega stališča, da omogoča pritožbo na podlagi napačne odmere kazni. Tega statut sicer ne določa izrecno, omogoča pa pritožbo obsojenca ali tožilca zaradi napačne uporabe prava, ki je vplivala na veljavnost sodbe, ali zaradi zmotne ugotovitve dejanskega stanja, ki je povzročila kršitev pravičnosti. Na podlagi teh razlogov je po mojem mnenju mogoče uveljavljati tudi napačno ugotovljeno dejansko stanje ali napačno uporabo prava v zvezi z odmero kazni, kar so obsojenci v praksi tudi uporabljali.¹⁸ Pritožbeni senati bi tako lahko s svojo sodno prakso pripomogli k poenotenju izrečenih kazni, a avtorji ugotavljajo, da pritožbeni senati te svoje možnosti niso izkoristili.¹⁹ S sklicevanjem na individualizacijo kazni so senati drug za drugim zavrnil ali dopustili poenostavljeno uporabo institutov, ki bi omogočili poenotenje sodne prakse (smernice, zahteva po obrazložitvi odmere kazni, primerjava podobnih dejstev primera).²⁰ Poleg tega je v

⁵ 27. in 28. člen.

⁶ V primeru MKSJ pravila o dokazih in postopkih sprejemajo sodniki. Schabas, W., v Cassese, A., str. 1500.

⁷ Pravilo št. 101/A.

⁸ Pravilo št. 101/B.

⁹ Pravilo št. 101/C.

¹⁰ Pravilo št. 102. Tako ureditev omogoča tudi naš Zakon o kazenskem postopku, a najdlje do poteka kazni, na katero je bil obsojenec obsojen.

¹¹ Pravilo št. 104.

¹² Bagaric, M., Morris, J., str. 206, 208 in 209.

¹³ O problemu zakonitosti glej več Shahram, D., str. 1 in naprej.

¹⁴ Na primer Tožilec proti Miroslavu Deronjiću, IT-02-61, sodba sodnega senata, par. 151. Tožilec proti Draganu Nikoliću, IT-94-2, sodba sodnega senata, par. 141.

¹⁵ Več tudi o drugih vidikih tega načela v Shahram, D.

¹⁶ Pravila št. 77, 77 bis in 91.

¹⁷ Hole, A., str. 41.

¹⁸ Clark, J., str. 1695.

¹⁹ Clark, J., str. 1696.

²⁰ Clark, J., str. 1702.

sistemu, v katerem ima prvostopenjski senat (skoraj) popolno diskrecijo pri odmeri kazni, težko govoriti o napačni odmeri kazni. Tudi zaradi tega je pritožbeni senat zelo redko zgolj na tej podlagi spremenil prvostopenjsko sodbo.

Odmera kazni v praksi Mednarodnega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo

Vprašanje (ne)poenotene sodne prakse odmere kazni

Ker je po tej predstavitvi statutarne ureditve in ureditve v pravilih jasno, da je odmera kazni urejena precej skopo, o namenu kaznovanja pa ni ne duha ne sluha (pri upoštevanju teže kaznivega dejanja bi sicer lahko zasledili sled absolutne teorije), so morali biti sodni senati pri oblikovanju sodne prakse precej dejavni, poleg tega pa so imeli zaradi tega pri odmeri kazni tudi precejšnjo diskrecijo.²¹ Povprečna izrečena kazen avgusta 2008 je bila tako 15,1 leta, izrečene kazni pa se gibljejo od dveh let do dosmrtna zaporne kazni. Zanimivo je, da je povprečna dolžina kazni, izrečene na prvi stopnji, 15,9 leta, na drugi stopnji pa se zniža na 14,9 leta. Pritožbeno sodišče je v večini primerov znižalo izrečeno kazen in le v treh primerih jo je zvišalo. Kazen dosmrtnega zapora je pritožbeni senat izrekel v enem primeru.²²

Iz sodne prakse prvostopenjskih senatov je razvidno, da so ti izrekli zelo različno dolge kazni zapora. Omenjeno je že bilo, da so pritožbeni senati poudarjali potrebo po individualizaciji kazni. Tudi sodni senati so to poudarjali, zato so v praksi senati izrekli tako različno dolge kazni. Razlike so tako med različnimi sodnimi senati, med sodnimi in pritožbenimi senati ter tudi v pojmovanju olajševalnih oziroma obteževalnih okoliščin.²³ Vse to privede do nepoenotene sodne prakse. Torej, zaradi sklicevanja na individualizacijo kazni, na zahtevo, naj bo kazen čim bolj prilagojena storjenemu kaznivemu dejanju in osebnim okoliščinam storilca (kar sicer zahteva tudi statut in pravila), smo prišli v položaj, ko je sodna praksa izrekanja in odmere kazni ter upoštevanja določenih okoliščin vse prej kot poenotena. Očitno temelji argument pritožbenih in tudi sodnih senatov tudi na tem, da poenotena sodna praksa onemogoča individualizacijo kazni. Pa je to res? Menim, da ne. Še več, menim, da zgolj dosledno izpeljana individualizacija kazni lahko omogoči enakost obsojencev in s tem poenoteno sodno prakso. Če sodni senat upošteva, da so dejstva dveh primerov, ki so pomembna za odmero kazni, bi-

stveno enaka, potem mora izreči bistveno enako kazen. In nasprotno, če se dejstva razlikujejo, potem mora izreči različne kazni. Samo če sodni senat dosledno upošteva vse pomembne okoliščine za individualizacijo kazni, lahko tudi ugotovi, ali je dejansko stanje enega primera tako podobno drugemu, da mora izreči enako kazen, oziroma ali so dejstva tako različna, da mora izreči različno kazen. Torej je pravilno izpeljana individualizacija kazni pogoj za enakost obsojencev in s tem za poenoteno sodno prakso. Problem nastane, če sodni senat ne upošteva določenih dejstev, ki so pomembna, oziroma upošteva dejstva, ki niso pomembna, in zato napačno odloči, ali sta primera enaka ali ne oziroma ali si zaslužita enako kazen ali ne.²⁴ Potem je načelo enakosti kršeno in s tem se posredno ruši tudi enotna sodna praksa.

Vpliv zakonodaje in sodne prakse SFRJ na odmero kazni pred MKSJ

Ena od zanimivih tem pri odmeri kazni v sodni praksi MKSJ je že omenjena določba 24. člena statuta MKSJ, po kateri sodišče pri določanju zaporne kazni upošteva splošno prakso izrekanja zapornih kazni na sodiščih nekdanje Jugoslavije. Kot je bilo že na začetku omenjeno, se tu pojavijo zlasti tri vprašanja:

- kaj je mišljeno pod splošno prakso izrekanja zapornih kazni na sodiščih nekdanje Jugoslavije;
- na zakonodajo oziroma sodno prakso katerega obdobja se MKSJ lahko sklicuje ter
- kako tesno je sodni senat pri odmeri kazni vezan na to prakso.

Glede prvega vprašanja se pojavlja več mogočih odgovorov. Najdoslednejši in najstrožji bi bil, da je sodišče vezano na kazensko zakonodajo, tj. kazenski zakonik nekdanje SFRJ²⁵ in posamezne republiške kazenske zakonike²⁶. Druga možnost bi bila, da je MKSJ vezano na sodno prakso jugoslovanskih sodišč. Tudi tu obstaja problem, in sicer sodne prakse v nekdanji Jugoslaviji v zvezi z genocidom, vojnimi hudodelstvi in hudodelstvi (skoraj) ni. To je ugotovilo tudi MKSJ v zadevi *Erdemović*.²⁷ Ko je MKSJ presojalo splošno sodno prakso izrekanja zapornih kazni, je opredelilo pravo nekdanje Jugoslavije, ki ga mora presojati pri odmeri kazni. Tako je v zadevi *Erdemović* sodni senat najprej obravnaval Kazenski zakonik SFRJ (16. poglavje: Kazniva dejanja zoper človečnost in med-

²¹ Bagaric, M., Morris, J., str. 206, 208 in 209.

²² Več o statistiki izrečenih kaznih glej Hola, B., Smeulers, A., Bi Jleveld, C. Tudi Clark, J., str. 1691–1692.

²³ Clark, J., str. 1689–1694.

²⁴ Tako tudi Clark, J., str. 1702.

²⁵ Uradni list SFRJ, št. 44/76.

²⁶ Zlasti BiH in Hrvaške.

²⁷ Tožilec proti Draženu Erdemoviću, IT-96-22, sodba o izreku kazni, par. 37.

narodno pravo, v katerem so določeni tudi posebni minimumi in maksimumi za ta kazniva dejanja). Senat pa je priznal, da obravnavanje zgolj zakonodaje ni zadostno, poleg tega pa to tudi ne ustreza jezikovni razlagi 24. člena, ki govori o splošni praksi sodišč nekdanje Jugoslavije, zato je skušal analizirati še sodno prakso teh sodišč. Pri tem pa je ugotovil, da ni primera, ki bi ga lahko uporabil kot precedens, in da iz te sodne prakse ni mogoče izpeljati pomembnih vsebinskih sklepov in je zato neuporabna.²⁸ V zadevi *Čelebići*²⁹ se je sodišče spet sklicevalo na Kazenski zakonik SFRJ, tokrat na določbi splošnega dela o zaporni kazni in odmeri kazni v primeru pravega steka. Poleg tega je sodišče zaslišalo strokovno prič o uporabi teh določb v praksi sodišč v nekdanji Jugoslaviji, saj je menilo, da sklicevanje zgolj na zakonodajno ureditev ne zadošča. Enako je sodišče ravnalo še v zadevi *Nikolić, D.*³⁰ in še v mnogih drugih zadevah. V tej zadevi se je sodišče sklicevalo še na Kazenski zakonik BiH iz leta 1977. Po mojem mnenju je bilo razmišljanje MKSJ pravilno. Sodišče bi moralo obravnavati ne le pravila splošnega dela o odmeri kazni ter posebne maksimume in minimume pri posameznih kaznivih dejanjih, ampak tudi sodno prakso odmere kazni. Seveda je bilo to v tem primeru delno onemogočeno s tem, ker sodne prakse v zvezi z genocidom in drugimi mednarodnimi hudodelstvi ni bilo. Kljub temu pa bi MKSJ lahko upoštevalo, kakšen je bil trend odmere kazni v praksi glede na predpisane kazni v zveznem in republiškem kazenskem zakoniku. Torej, v katerem razponu se dejansko izrekajo kazni glede na predvidene kazni.

Glede vprašanja, katero časovno obdobje naj MKSJ upošteva, obstajata dve možnosti; kazenska zakonodaja ali sodna praksa posameznih držav, ki so nastale na ozemlju nekdanje Jugoslavije, ali pa kazenska zakonodaja ali sodna praksa nekdanje Jugoslavije. Tu je MKSJ zavzelo jasno stališče, da se upošteva zakonodaja in sodna praksa nekdanje Jugoslavije, torej zakonodaja in morebitna sodna praksa pred razpadom države.³¹ Sodišče je izrecno zavrnilo razlago, na podlagi katere bi bila pod sodišči nekdanje Jugoslavije mišljena sodišča držav, ki so nastala na ozemlju nekdanje Jugoslavije. Lahko pa se sodišče v posameznem primeru pozanima o sodni praksi, če meni, da bi bilo to potrebno.³² V zvezi s tem pa je obdolženec v zadevi *Nikolić, D.* opozoril na vprašanje, ali mora upoštevati zakonodajo držav, ki so nastale na ozemlju nekdanje

Jugoslavije, če je ta milejša zanj (uporaba *lex mitior*). Tudi to možnost je sodišče izrecno zavrnilo, saj naj bi šlo za (v večini držav ustavno) načelo, ki velja znotraj države (jurisdikcije), ne pa tudi v razmerju med več državami. Sodišče je razsodilo, da uporaba *lex mitior* ne pomeni mednarodno priznanega načela in da nobena država zaradi tega načela ni zavezana uporabiti kaznovalnega okvira druge države, ker je ta milejši. Tudi MKSJ zato ni dolžno uporabiti milejšega zakona, ki bi ga v tem primeru pomenila notranja zakonodaja.³³

Tudi glede tretjega vprašanja, ali je sodišče na to zakonsko ureditev oziroma sodno prakso vezano in ji mora slediti ali nanjo ni vezano in jo uporablja zgolj kot smernico, je MKSJ v svoji sodni praksi zastopalo jasno stališče, da sodna praksa na območju nekdanje Jugoslavije vpliva na odmero kazni, a da hkrati ne pomeni odločilnega vpliva na njeno odmero. To je sodišče najprej odločilo v zadevi *Erdemović*.³⁴ Tu je sicer tako odločilo zato, ker ni našlo ustrezne sodne prakse, na katero bi se oprlo, zato jo je vzelo zgolj kot smernico. Vendar pa se je stališče obdržalo in potrdilo v poznejših odločbah. V zadevi *Čelebići* je tako sodišče odločilo, da to sklicevanje pomeni iskanje mogočih pravnih virov in da ni obvezno ter zavezujoče.³⁵ Obramba je sicer zagovarjala stališče (kot že v drugih zadevah), da sodišče ne sme izreči višje kazni, kot jo dopušča Kazenski zakonik SFRJ. Sodni senat pa je tako stališče gladko zavrnil. Odločil je, da ni vezan na zakonodajo, da jo mora zgolj upoštevati pri odmeri kazni ter da lahko izreče višjo kazen, kot bi jo lahko izrekel sodnik v nekdanji Jugoslaviji,³⁶ ter da taka odločitev ne pomeni kršitve načela zakonitosti.³⁷ Pritožbeni senat je tako odločitev potrdil, spoznana pa je bila tudi za splošno prakso tega sodišča.³⁸ V zadevi *Kunarac* je sodišče podrobneje opredelilo, kaj pomeni, da mora upoštevati sodno prakso sodišč nekdanje Jugoslavije. Sodni senat je opredelil, da ni dovolj, da zgolj navaja ustrezne določbe zakonodaje, ampak mora, če od njih odstopi, svojo odločitev obrazložiti, še posebej, ko tudi mednarodno pravo ne daje nobenih smernic o odmeri kazni. Čeprav obstaja tesna povezava med kazenskim pregonom pred sodišči držav in pred MKSJ, pa narava, pomen in obseg kaznivih dejanj, ki se preganjajo pred MKSJ, ne dopuščajo samodejne uporabe sodne prakse sodišč nekdanje Jugoslavije.³⁹ Mnenje pritožbenega senata v isti za-

²⁸ Erdemović, par. 37–39. Čisto res to sicer ni (bila sta vsaj primera Mikhailović in Artuković), je pa praksa res skopa.

²⁹ Tožilec proti Zdravku Mučiću et al., IT-96-21, sodba sodnega senata, par. 1204 in naprej.

³⁰ Nikolić, D., par. 155.

³¹ Tožilec proti Goranu Jelišiću, IT-95-10, sodba pritožbenega senata, par. 114.

³² Jelišić, par. 114–116.

³³ Nikolić, D., par. 163–165.

³⁴ Erdemović, par. 39. Henham, R. (2002), str. 7. Clark, J., str. 1696.

³⁵ Čelebići, par. 1194.

³⁶ Prav tam, par. 1200.

³⁷ Prav tam, par. 1212.

³⁸ Čelebići, sodba pritožbenega senata, par. 813 in 817. Jelišić, par. 117. Nikolić, D., sodba pritožbenega senata, par. 68.

³⁹ Tožilec proti Dragoljubu Kunarcu, IT-96-23 & 23/1, sodba sodnega senata, par. 829.

devi je bilo, da zadošča, da sodni senat pokliče strokovno pričo, ki priča o relevantni sodni praksi in zakonodaji.⁴⁰

Menim, da pristop MKSJ do omenjenih vprašanj temelji najprej na razlikah v kaznovanih okvirih Kazenskega zakonika SFRJ in nekdanjih jugoslovanskih republik ter statuta MKSJ na drugi strani. Kazenski zakonik SFRJ je v izjemnih primerih dopuščal izrek smrtne kazni oziroma pogosteje alternativno kazen 20 let zavora. Splošni maksimum zaporne kazni je bil 15 let, kazenski zakoniki posameznih republik pa so določali posebne maksimume, ki pa seveda niso smeli biti višji od 15 let. Po drugi strani statut MKSJ dopušča izrek kazni dosmrtnega zavora. Očitno je, da statut predvideva višje kazni kot pravo SFRJ. Če bi bilo MKSJ vezano na pravo SFRJ, potem kazni dosmrtnega zavora ne bi moglo izreči, prav tako pa tudi ne kazni, višje od 15 oziroma 20 let. Iz statuta MKSJ je razvidno, da je sodišče ustanovljeno za pregon domnevno odgovornih za hude kršitve mednarodnega humanitarnega prava,⁴¹ poleg tega pa, kot ugotavljajo številni avtorji, v mednarodnem pravu vlada t. i. *culture of conviction*,⁴² katere cilj je čimprejšnja obsodba in čim hujše kaznovanje domnevnih storilcev, da se doseže kaznivost teh oseb (*to put an end to impunity*). Tako nizke kazni, ki jih je predpisovalo pravo SFRJ, zato ne bi zadoščale. Pristop MKSJ do tega vprašanja temelji tudi na dejstvu, da Kazenski zakonik SFRJ ne ureja vseh inkriminacij, ki jih vsebuje statut SFRJ. Tako da tudi zaradi tega sodišče ni moglo upoštevati ureditve posebnega dela Kazenskega zakonika SFRJ, še zlasti posebnega maksimuma zaporne kazni. Menim pa, da bi vsaj v delu, v katerem se inkriminacije pokrivajo (genocid, hudodelstva zoper človečnost), sodišče lahko upoštevalo ureditev SFRJ. Tretji vzrok za predstavljen pristop MKSJ do uporabe ureditve SFRJ pa je pomanjkanje sodne prakse v SFRJ glede mednarodnih hudodelstev. Kot je bilo že omenjeno, pa bi MKSJ kljub temu lahko upoštevalo, v katerem razponu so se v SFRJ dejansko izrekale kazni.

Zaradi vseh teh razlogov je sodišče odločilo, da na splošno prakso sodišč nekdanje Jugoslavije ni vezano, ampak da jo mora preučiti in upoštevati pri odmeri kazni. Zaradi tega zato tudi ni vezano na uporabo milejšega zakona (*lex mitior*). Zastavlja pa se mi vprašanje, ali je dopustno v primerih, ko gre za inkriminacije, ki jih ureja notranje pravo ter v katerem so predpisani splošni in posebni maksimumi in minimumi, samo zato, ker postopek poteka pred *ad hoc* sodiščem in ne pred sodiščem države, izreči višjo kazen, kot bi jo lahko izrekli po notranjopravnem sistemu. Na čem temelji taka razlika v kazni? Sodišče je to razliko skušalo utemeljiti v zadevi

Čelebići. Poudarilo je, da je treba upoštevati namen ustanovitve tega sodišča, da imamo opravka s kaznivimi dejanji, kaznivimi po mednarodnem humanitarnem pravu, ter namene kaznovanja, ki jih skuša MKSJ doseči; povračilnost in prevencija. Očitno je sodišče te cilje skušalo doseči v širšem okolju kot zgolj na ozemlju nekdanje Jugoslavije, saj bi v tem primeru upoštevanje ureditve SFRJ zadoščalo. Ureditev MKSJ glede odmere kazni je na prvi pogled sicer skopa, a jasna, saj se nam sklicevanje na ureditev SFRJ kaže kot logična rešitev. Pregled prakse pa pokaže, da je sodišče mimo tega na podlagi diskrecije razvilo svojo lastno sodno prakso glede tega vprašanja, in to kljub temu, da bi po mojem mnenju v ureditvi SFRJ lahko našlo mnoge oporne točke.

Nameni kaznovanja v praksi MKSJ

Na to, kateri namen bo sodišče skušalo doseči s kaznovanjem, vpliva najprej zakonska ureditev (če izrecno ureja namen kaznovanja ali pa vsebuje vsaj kakšen namig glede tega), poleg tega pa še mnogi drugi dejavniki, vključno s prevladujočo teorijo v pravnem sistemu, ki mu sodnik pripada. Na MKSJ sodelujejo sodniki iz različnih pravnih sistemov, zato je prišlo do stika absolutnih in relativnih namenov kaznovanja, nekateri avtorji pa menijo, da prevladujejo relativne teorije, zlasti rehabilitacijske, in zato sodišče kritizirajo.⁴³ Drugi avtorji pa ga kritizirajo zato, ker po njihovem mnenju sodišče sploh ne zasleduje namenov kaznovanja, ampak zgolj politične cilje. To naj bi bilo razvidno tudi iz obrazložitve sodb, v katerih se sodni senat sicer sklicuje na posamezne namene kaznovanja, a ne obrazloži, kako so ti vplivali na odmero kazni.⁴⁴ Kot glavna namena kaznovanja je sodišče opredelilo retribucijo (absolutne teorije) in zastraševanje oziroma prevencijo (relativne teorije).⁴⁵ To stališče je sodišče zastopalo tudi v poznejših odločbah.

Sodišče je razlikovalo med specialno in generalno prevencijo. Individualna prevencija se nanaša na učinek kazni na storilca; kazen mora biti taka, da storilec v prihodnosti zaradi nje ne bo ponovil kaznivega dejanja. Toda sodišče je večji pomen namenilo generalni prevenciji. Kazen mora namreč vplivati tudi na druge tako, da ne bodo storili kaznivih dejanj.⁴⁶ Še več, generalna prevencija odločilno vpliva na odmero kazni. Na osebe, ki razmišljajo o storitvi kaznivega de-

⁴⁰ Kunarac, sodba pritožbenega senata, par. 349.

⁴¹ 1. člen.

⁴² Henham, R. (2002), str. 6 in 16. Hole, A., str. 53.

⁴³ Ohlin, J. D., str. 9.

⁴⁴ Schabas, Henham, str. 3

⁴⁵ Tako na primer Deronjić, T., par. 142. Enako Čelebići, sodba pritožbenega senata, par. 806, Nikolić, D., par. 132, Tožilec proti Milomirju Stakiću, IT-97-24, sodba sodnega senata, par. 900, Tožilec proti Antu Furundžiji, IT-95-17/1, sodba sodnega senata, par. 287.

⁴⁶ Deronjić, par. 145 in 146. Nikolić, D., par. 132.

janja, mora imeti kazen tak vpliv, da si pod njenim vplivom premislijo.⁴⁷ Posamezniki, ki bi sicer storili kaznivo dejanje, ga prav zaradi tako visoke kazni ne bodo storili.⁴⁸ Kazen je tako svarilo mogočim storilcem, ki sami zase menijo, da jih mednarodno kazensko pravo ne veže, da te norme morajo spoštovati in da jih ne čaka le kazenski pregon, ampak v primeru krivde tudi kazen. Te mogoče storilce naj bi zato kazen tako ponovno vključila v družbo, še preden storijo kaznivo dejanje.⁴⁹ Sodišče je tudi opozorilo, da ta namen kazni poznajo v različnih notranjepravnih sistemih držav, saj naj bi bilo to namenjeno vplivanju na obsojenca, žrtve, sorodnike in splošno javnost, da se zagotovita veljavnost in izvajanje pravnega sistema,⁵⁰ pri tem pa je imel prevencijo v mislih tudi Varnostni svet OZN, ko je s svojo resolucijo ustanovil to sodišče. Ustanovitev sodišča in pregon storilcev naj bi med drugim tudi preprečevala nadaljnje kršitve humanitarnega prava.⁵¹ Sodišče je bilo ustanovljeno na podlagi 7. poglavja Ustanovne listine OZN, in sicer na domnevi, da je ugotovitev resnice o dogajanju na ozemlju nekdanje Jugoslavije nujen pogoj za mir. Pred MKSJ potekajo kazenski postopki zoper osebe, za katere včasih ni bilo mogoče misliti, da bodo kdaj kazensko preganjane. To naj bi tistim, ki se znajdejo v enakem položaju, preprečilo, da bi storili kaznivo dejanje.⁵² Tudi v zadevi *Nikolić, M.* je sodišče poudarilo, da posamezni obdolženci, ki jih tožilstvo preganja pred MKSJ, niso zgolj sredstvo za utrjevanje vladavine prava. Toda če v trenutku storitve kaznivega dejanja storilec ni mogel pričakovati, da bo kazensko preganjan (torej ni učinka specialne in generalne prevencije), to ne preprečuje sodišču, da mu ne bi izreklo kazni.⁵³ Tako je sodišče zmanjšalo pomen prevencije, čeprav se v drugih odločbah omenja kot poglavitni namen kaznovanja.

V zadevi *Furundžija* je sodni senat opredelil prevencijo kot *punitur ne peccatur* (storilec mora biti kaznovan, da on sam in drugi v prihodnosti ne bodo več storili kaznivih dejanj).⁵⁴ V zadevi *Čelebići* pa je sodni senat prevencijo opredelil kot način zagotavljanja miru na ozemlju nekdanje Jugoslavije in kot enega od najpomembnejših namenov kaznovanja. Prav pre-

vencijski učinek dolgotrajnih zapornih kazni na pomembne vojaške častnike in civilne uradnike naj bi bil primeren način zagotavljanja miru. Sodni senat priznava, da dolgotrajne zaporne kazni niso idealne, vendar pa so situacije, ko le taka kazen zadošča za zagotavljanje stabilnosti na območju. Kaznovanje pomembnih političnih voditeljev in vojaških častnikov kaže na to, da se tudi ti ne morejo izogniti kaznovanju.⁵⁵

Drugi poglavitni namen kazni po prevladujoči praksi MKSJ je retribucija. Pri tem sodišče retribucije ne razume kot maščevanje, ampak kot izraz ogorčenja mednarodne skupnosti do storjenih gnusnih kaznivih dejanj.⁵⁶ Sodišče je izrecno opozorilo, da retribucije ne smemo zamenjevati z maščevanjem, ampak jo je treba razumeti kot objektivno, obrazloženo in odmerjeno kazen, ki pravilno izraža krivdo storilca, naklepno tveganje storilca, da bo kaznovan, česar se zaveda že pred izvršitvijo kazni, ter škodo, ki jo je storilec povzročil s kaznivim dejanjem. V nasprotju z maščevanjem je retribucija omejena in zahteva zgolj pravično ter primerno kazen.⁵⁷ Da se doseže namen retribucije, mora sodni senat odmeriti kazen, ki je sorazmerna s težo storjenega kaznivega dejanja ter krivdo storilca. Sorazmernost je prvi in temeljni dejavnik, ki vpliva na odmero kazni.⁵⁸ Retribucija mora biti razumljena kot odsev pravičnega in uravnoteženega pristopa k odmeri kazni za kaznivo dejanje. Kazen mora biti sorazmerna s kaznivim dejanjem, kar se kaže tudi v statutarni zahtevi, da mora sodišče pri odmeri kazni upoštevati težo kaznivega dejanja.⁵⁹ Sodni senat v zadevi *Stakić* pa je opozoril, da je bilo MKSJ ustanovljeno zato, da bi kljubovalo nekaznovanosti in da bi se zagotovil pošten kazenski postopek zoper domnevne storilce kaznivih dejanj iz pristojnosti sodišča.⁶⁰ V zadevi *Nikolić, M.*⁶¹ je sodni senat odločil, da je na podlagi jezikovne razlage statuta retribucija oz. *just desert* poglavitni namen kazni, zato mora biti kazen po klasični retribucijski teoriji sorazmerna s škodo, ki jo je storilec povzročil s svojim kaznivim dejanjem. Vendar pa je senat menil, da bi bilo retribucijo bolje razumeti kot izraz obsodbe in ogorčenja mednarodne skupnosti nad hudimi kršitvami mednarodnega prava med oboroženimi spopadi. Retribucija prizna škodo in trpljenje, ki so ga preživele žrtve,⁶² mogočim storilcem pa pove,

⁴⁷ Tožilec proti Stevanu Todoroviću, IT-95-9/1, sodba o odmeri kazni, par. 30. Stakić, par. 902.

⁴⁸ Todorović, par. 30. Zanimivo je, da je sodni senat v tem primeru zapisal, da pri odmeri kazni prevencije ne bo upošteval. Sodišče je v zadevi Tožilec proti Momirju Nikoliću, IT-02-60/1, sodba sodnega senata, par. 91, opredelilo prevencijo kot enega od glavnih namenov kaznovanja v nekdanji Jugoslaviji.

⁴⁹ Stakić, par. 902.

⁵⁰ In navedlo avstralski primer. Deronjić, par. 148 in 149.

⁵¹ Čelebići, par. 800 in 801.

⁵² Stakić, par. 901.

⁵³ Nikolić, M., par. 90.

⁵⁴ Furundžija, par. 288.

⁵⁵ Čelebići, par. 1234.

⁵⁶ Deronjić, par. 143. Nikolić, D., par. 140.

⁵⁷ Deronjić, par. 150. Nikolić D., T, par. 140.

⁵⁸ Prav tam, par. 144.

⁵⁹ Todorović, par. 29. Zanimivo je, da se je sodnemu senatu zapisalo, ali naj se retribucija sploh upošteva (*The principle of retribution, if it is to be applied at all in the context of sentencing, must be understood as ...*).

⁶⁰ Stakić, par. 901.

⁶¹ Nikolić, M.

⁶² Prav tam, par. 86.

da bodo kazniva dejanja kaznovana in da nekažnovanosti ni več. Kot merila, ki naj bi pomagala pri odmeri kazni, ki bi izražala ogorčenost in obsodbo mednarodne skupnosti, je sodišče naštelo težo kaznivega dejanja, vlogo obsojenca pri storitvi kaznivega dejanja ter vpliv tega na žrtve.⁶³

V zadevi *Furundžija* je sodni senat opredelil retribucijo kot *punitur quia peccatur* (storilec mora biti kaznovan, ker je kršil pravo).⁶⁴ Isti senat je grajanje in stigmatiziranje storilca in kaznivega dejanja, ki ju pokaže mednarodna skupnost in to izrazi s kaznijo, poudaril kot enega od nujnih in bistvenih namenov kazni zapora.⁶⁵ Pri tem se je skliceval na Beccario in na njegovo teorijo, naj kazen ne bi bila stroga, ampak neizogibna posledica kaznivega dejanja. Prav zanesljivost kazni naj bi bolj kot njena strogost vplivala na storilca. Strogost kazni pa naj bi bila orodje za retribucijo, stigmatizacijo in prevencijo. To pride še posebej v poštev pri izrekanju kazni pred MKSJ, kjer kazni delujejo bolj negativno na obsojenca zaradi mednarodne narave postopka zoper njega in izreka kazni, moralne avtoritete in učinka na mednarodno skupnost. Ta kaznovalni učinek mora sodni senat upoštevati pri odmeri kazni.⁶⁶ V zadevi *Čelebići* pa je sodišče upoštevalo tudi negativni učinek retribucije. Retribucija je namenjena predvsem pomiritvi žrtev. Namen Varnostnega sveta pa je sprava med vsemi sprtimi narodi na območju nekdanje Jugoslavije, zato bi bilo upoštevanje zgolj retribucije kontraproduktivno in bi vplivalo negativno na namen MKSJ in Varnostnega sveta (ponovna vzpostavitev in vzdrževanje miru na ozemlju nekdanje Jugoslavije). Zgolj retribucija po mnenju sodišča na to ozemlje ne bo prinesla pravice.⁶⁷

Kot nekakšna druga podoblika absolutnih teorij je sodišče v zadevi *Nikolić, M.* poudarilo utrjevanje vladavine prava (*rule of law*). Ko MKSJ uporablja določbe mednarodnega prava v praksi, se mora zavedati vpliva uporabe teh norm na mednarodni ravni. Sodišče se zaveda, da odmera kazni izraža pravila in vrednote neke družbe v nekem času, zato mora MKSJ upoštevati take namene kazni in pravila za odmero kazni, da bo zadostila potrebam družbe na območju nekdanje Jugoslavije, pa tudi potrebam mednarodne skupnosti.⁶⁸ Ob izdaji sodbe na prvi stopnji je sodišče delovalo že deset let. Sodni senat je tako že menil, da je mednarodno kazensko pravo prešlo od teorije k praksi in je po njegovem mnenju tako vplivalo na ljudi, da mogoči udeleženci v oboroženih spopadih zdaj vsaj pomislijo

na obstoj Ženevskih konvencij in posledice njihovega nespoštovanja. Tako se vsi udeleženci oboroženih spopadov zavedajo svojih obveznosti v razmerju do bojnikov in zaščiteneh oseb. MKSJ in druga sodišča tako vnašajo kulturo vladavine prava in ne zgolj strah pred posledicami kršitve prava.⁶⁹

Rehabilitacijo (relativne teorije) je treba po mnenju sodišča upoštevati zgolj kot eno od okoliščin, ki vplivajo na odmero kazni in ji sodišče ne sme dati pretirane teže,⁷⁰ čeprav je sodni senat v zadevi *Nikolić, M.* ugotovil, da je bila rehabilitacija eden od glavnih namenov kaznovanja v nekdanji Jugoslaviji, in čeprav je isti senat ugotovil, da mora kazen izražati načela in vrednote družbe.⁷¹ Po mnenju sodnega senata v zadevi *Čelebići* naj bi tako rehabilitacija upoštevala možnosti za ponovno vključitev obsojenca v družbo, kar je najpogosteje mogoče pri mlajših, neizobraženih članih družbe. S ponovno vključitvijo postanejo njeni dejavni člani in to jim omogoča, da živijo »normalno« življenje po izpustitvi iz zapora. Sodišče mora upoštevati starost obdolženca, njegove osebne okoliščine, sposobnost za rehabilitacijo in dostopnost dejavnosti v zaporu, ki bi pripomogle k rehabilitaciji.⁷² Toda pritožbeni senat je opozoril, da se primeri pred MKSJ razlikujejo od primerov pred nacionalnimi sodišči, zlasti zaradi njihove narave, tj. zaradi resnosti kršitev mednarodnega humanitarnega prava.⁷³ Čeprav je rehabilitacija v skladu z notranjimi zakonodajami in regionalnimi instrumenti varovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin eden od temeljnih namenov kazni, ta zato ne more imeti prevladujoče vloge pri odmerjanju kazni. Prav nasprotno. Izoblikovala se je ustaljena praksa pritožbenih in sodnih senatov, po kateri sta dva glavna namena kaznovanja retribucija in prevencija, ne pa rehabilitacija. Ta je pri odmeri kazni pomembna okoliščina, ki pa ji ne sme biti namenjena prevelika pozornost.⁷⁴

Prav nasprotno pa je ugotovil sodni senat v zadevi *Nikolić, M.* (verjetno zato, ker je na podlagi analize Kazenskega zakonika SFRJ ugotovil, da je imela rehabilitacija pomembno vlogo pri odmeri in izvrševanju kazni v nekdanji Jugoslaviji), saj je odločil, da mora kazen meriti na to, da doseže rehabilitacijo obsojenca. Rehabilitacija pa naj ne bi bila le cilj odmere in izvrševanja kazni, ampak naj bi se skušala doseči že med samim kazenskim postopkom. To naj bi prišlo zlasti v poštev pri kaznivih dejanjih na diskriminacijski podlagi, ko se domnevni storilec že med kazenskim postopkom sooči s

⁶³ Prav tam, par. 87.

⁶⁴ *Furundžija*, par. 288.

⁶⁵ Prav tam, par. 289.

⁶⁶ Prav tam, par. 290.

⁶⁷ *Čelebići*, par. 1231.

⁶⁸ *Nikolić, M.*, par. 83 in 84.

⁶⁹ Prav tam, par. 88 in 89.

⁷⁰ *Čelebići*, sodba pritožbenega senata, par. 806.

⁷¹ *Nikolić, M.*, par. 91.

⁷² *Čelebići*, par. 1233.

⁷³ *Čelebići*, sodba pritožbenega senata, par. 806.

⁷⁴ Prav tam, par. 807.

pričevanju žrtev oziroma z žrtvami samimi. Že ta stik lahko pripomore k ponovni strpnosti in razumevanju drugačnih, zato je možnost za ponovno kaznivo dejanje na diskriminacijski podlagi lahko manjša.⁷⁵ Tudi v zadevi *Furundžija* je sodni senat opozoril, da čeprav je pozornost usmerjena na druge namene kaznovanja, to ne sme omejiti podpore za rehabilitacijske programe, ki jih mora biti obsojenec deležen med prestajanjem kazni. Pri tem mora sodni senat upoštevati predvsem starost obsojenca.⁷⁶ V zvezi z rehabilitacijo je zanimiva tudi Schabasova ideja, da je rehabilitacija pri vojnih hudodelcih najuspešnejša. Kot argument za svojo trditev postavlja primere nacističnih storilcev, ki so dolga leta po drugi svetovni vojni živeli v mirnem sožitju s sosedi in drugo okolico, ne da bi storili kakršno koli kaznivo dejanje. Tako rekoč so zgledno živeli in nobeden ni posumil na njihovo preteklost.⁷⁷ Očitno je torej bilo, da so kazniva dejanja storili zgolj med vojno in da po njej ni nevarnosti, da bi jih ponovili.

Sodišče pa je v svojih sodbah poudarjalo tudi pomen sprave (*reconciliation*) in s tem ideje restorativne pravičnosti. V zadevi *Nikolić, M.*⁷⁸ je sodišče zato v svoji obrazložitvi povedalo, zakaj je bilo ustanovljeno. Kazen mora zadostiti potrebi posrednih in neposrednih žrtev po pravičnosti, prav tako pa mora ustaviti kulturo nekaznovanosti množičnih kršitev človekovih pravic in kaznivih dejanj v oboroženih spopadih. Sodišče naj bi prispevalo k miru in spravi na območju nekdanje Jugoslavije,⁷⁹ pridobljenima s pomočjo prava in pravičnosti v pravu.⁸⁰ V zadevi *Čelebići* pa je sodišče opredelilo še en namen kaznovanja, ki bi ga lahko podredili relativnim teorijam: zaščita družbe pred nevarnimi storilci. Ta namen naj bi bil pomemben pri odmeri kazni, višina kazni pa naj bi bila odvisna od narave kaznivega dejanja in ravnanja obsojenca. Na podlagi tega namena kaznovanja sodišče po navadi izreče dolgo zaporno kazen, da zaščiti družbo pred nevarnim storilcem, in sodišče naj bi ta namen upoštevalo pri storilcih, ki so spoznani za nevarne družbi.⁸¹

Iz obravnavane sodne prakse je razvidno, da so se sodni in pritožbeni senati sklicevali na relativne (utilitaristične) in absolutne (retributivne) teorije namena kaznovanja. Poleg tega so različni senati dali različno težo različnim namenom. Kljub

temu pa je iz sodne prakse MKSJ, načina njegove ustanovitve in statuta razvidno, da sta prevladujoča namena kaznovanja retribucija in prevencija.

Odmera kazni v Rimskem statutu

V Rimskem statutu je odmera kazni že natančneje urejena. Sodni senat izreče kazen na podlagi obsodilne sodbe in ob upoštevanju dokazov, ki so bili predloženi med sojenjem, in stališč, pomembnih za izrek kazni. Sodni senat lahko opravi na svojo pobudo poseben narok za zaslišanje in pridobitev stališč, ki so pomembna za izrek kazni. Na zahtevo obdolženca ali tožilca pa senat tak narok mora opraviti. Ta narok pomeni napredek. Predviden je bil tudi v pravilih MKSJ, a so jih sodniki spremenili tako, da so narok odpravili. Kazen se izreče javno.⁸² Statut določa te kazni:

- kazen zopora, in sicer največ 30 let,
- dosmrtni zapor (če je upravičen zaradi izjemne teže kaznivega dejanja in osebnih okoliščin obsojenca),
- denarna kazen, katere merila so določena v Pravilih o postopku in dokazih (določena je zgolj kot stranska kazen in ne kot samostojna),
- odvzem premoženjske koristi, premoženja in sredstev, ki neposredno ali posredno izvirajo iz tega kaznivega dejanja, ne da se posega v pravice tretjih dobrovernih oseb (tudi to je mogoče izreči zgolj poleg kazni zopora).⁸³

Iz ureditve je razvidno, da sodišče lahko izreče kazen do 30 let zopora ali dosmrtni zapor, ne more pa izreči kazni med 30 let in dosmrtnim zaporom. Po tem se Rimski statut razlikuje od statuta MKSJ, po katerem je mogoče izreči kakršno koli kazen do dosmrtnega zopora. Triffterer v svojem komentarju pravilno trdi, da iz jezikovne razlage člena izhaja, da lahko sodišče izreče kazen zgolj v letih, ne pa tudi v mesecih in letih. To pomeni, da ne sme izreči kazni, nižje od enega leta.⁸⁴ Izrek dosmrtnega zopora pa je v Rimskem statutu omejen.⁸⁵ Izreči ga je dopustno zgolj, če to utemeljujejo izjemna teža kaznivega dejanja in osebne okoliščine obsojenca, zato bodo morali sodniki to izrecno obrazložiti in utemeljiti. Te omejitve statut MKSJ ni

⁷⁵ Prav tam, par. 93.

⁷⁶ *Furundžija*, par. 290.

⁷⁷ Ustno predavanje v Salzburgu, avgust 2008.

⁷⁸ *Nikolić, M.*, par. 86 in 87.

⁷⁹ *Nikolić, M.*, par. 82. Upoštevati je tudi treba, da je bilo sodišče ustanovljeno na podlagi 7. poglavja Ustanovne listine OZN, ki vključuje mehanizme za zagotavljanje miru in varnosti.

⁸⁰ *Nikolić, M.*, par. 83 in 93. Tudi *Furundžija*, par. 287.

⁸¹ *Čelebići*, par. 1232.

⁸² 76. člen.

⁸³ 77. člen.

⁸⁴ Triffterer, O., str. 1428.

⁸⁵ To je bil težko dosežen kompromis, saj sta obstajali dve struji držav: abolicionistične države so hkrati nasprotovali tudi dosmrtnemu zoporu, na drugi strani pa so posamezne države zahtevale smrtno kazen in dosmrtni zapor. Dosmrtni zapor in prepoved smrtnih kazni zato pomenita kompromis. Schabas, W., v Cassese, A., str. 1509.

poznal. V primerjavi s statutom MKSJ Rimski statut predvideva denarno kazen. Pri sprejemanju Rimskega statuta so se zaradi te določbe pojavljale polemike, češ da se ne »spodobi«, da storilcu takih grozovitih kaznivih dejanj naložimo zgolj denarno kazen. Denarno kazen je zato mogoče izreči zgolj kot stransko kazen poleg zaporne.⁸⁶ Pomen denarne kazni pa se kaže predvsem v obstoju skrbniškega sklada (79. člen). Skupščina držav pogodbenic namreč ustanovi skrbniški sklad v korist žrtev kaznivih dejanj iz pristojnosti MKS. Sodišče pa ima možnost, da odredi, da se denarna kazen (ali odvzeto premoženje) prenese na skrbniški sklad. Merila za izrekanje denarne kazni so v skladu z Rimskim statutom določena v Pravilih o postopku in dokazih. Pri izrekanju denarne kazni mora sodišče presoditi, ali kazen zapora zadošča, upoštevati pa mora finančno zmožnost obsojenca, morebiten odvzem premoženjske koristi, sredstev in premoženja ter naloženo povrnitev škode žrtvam, poleg tega pa še škodo, ki jo je storilec povzročil, ter koristi, ki jih je storilec pridobil s kaznivim dejanjem. Denarna kazen pa ne sme presegati 75 odstotkov obsojenčevega ugotovljenega premoženja, zmanjšanega za znesek, potreben za preživljanje obsojenca in oseb, ki jih mora preživljati. Sodišče določi rok, v katerem mora obsojenec plačati kazen v celem znesku ali pa na obroke, lahko pa določi tudi dnevne zneske. Kazen je torej omejena z maksimumom, minimum pa ni določen. Razpon, znotraj katerega sodišče odmeri kazen, je torej še vedno širok. Če obsojenec kazni ne plača prostovoljno, bo kazen prisilno izvršila država podpisnica, ob stalnem odklanjanju plačila kazni pa lahko doleti obsojenca na tej podlagi kazen zapora do petih let.⁸⁷

Še spornejše vprašanje pa je bilo vprašanje smrtno kazni. Abolicionistične države so ji nasprotovale, države s smrtno kaznijo pa so jo zahtevale. Na koncu je bil sklenjen kompromis. Smrtno kazni v Rimskem statutu ni, dodan pa je bil 80. člen, ki določa, da nobena določba v tem delu statuta ne vpliva na izrekanje kazni, predpisanih po notranjem pravu držav, ali na uporabo njihovih zakonov, ki ne predvidevajo kazni, predpisane v tem delu. Tako so se države s smrtno kaznijo zavarovale, da ne bi mednarodna skupnost prek tega dela Rimskega statuta (ki ne predvideva smrtno kazni, ampak zgolj dosmrtni zapor) skušala vsiliti abolicije.⁸⁸

Rimski statut izrecno omogoča pritožbo zoper kazen zaradi nesorazmerja med kaznivim dejanjem in kaznijo.⁸⁹ Pritožba je suspenzivna, a obsojenec ostane v priporu do konca pritožbenega postopka.⁹⁰ Dopustna pa je tudi revizija kazni,

celo po obsojenčevi smrti, ker je bil odkrit nov dokaz ali pa je bilo ugotovljeno, da je bil odločilni dokaz lažen, ponarejen ali predrugačen ali ker je en ali več sodnikov ravnalo zelo neprijemljivo ali nevestno ali hudo kršilo svoje dolžnosti.⁹¹ Rimski statut torej omogoča večkratno preverjanje izrečene kazni, še posebej pa ureja izvrševanje in omilitev kazni (10. del statuta). Ureditev je očitno natančnejša kot ureditev v statutu MKSJ. Kljub temu pa še vedno obstaja določena pomanjkljivost, ki je podpisnicam statuta na rimski konferenci ni uspelo odpraviti. Čeprav so splošna pravila o kazni že natančnejša, pa Rimski statut še ne vsebuje posebnih minimumov in maksimumov pri posameznih kaznivih dejanjih. Podrobneje odmero kazni urejajo pravila. Sodišče mora tako pri odmeri kazni upoštevati krivdo obsojenca, olajševalne in obteževalne okoliščine obsojenca in kaznivega dejanja, poleg tega pa še škodo, ki jo je storilec povzročil žrtvam in njeni družini, naravo kaznivega dejanja, sredstva izvršitve, stopnjo udeležbe obsojenca pri kaznivem dejanju, stopnjo naklepa, način, čas in kraj kaznivega dejanja, starost, izobrazbo, socialne in ekonomske okoliščine obsojenca ter druge dejavnike.⁹²

V Rimskem statutu je še posebej urejena odmera kazni. Sodišče pri odmeri kazni v skladu s Pravili o postopku in dokazih upošteva dejavnike, kot so teža kaznivega dejanja in osebne okoliščine obsojenca. Odšteje se čas, ki ga je obsojenec predhodno preživel v priporu, lahko pa tudi čas, za katerega je bila obsojencu odvzeta prostost kako drugače v zvezi z ravnanjem, ki je podlaga tega kaznivega dejanja. V primeru pravega steka sodišče izreče (bolje določi) kazen za vsako kaznivo dejanje in enotno kazen, ki določa skupno obdobje zapora. To obdobje ne sme biti krajše od najvišje posamezne izrečene kazni in ne daljše od 30 let ali pa je enotna kazen dosmrtni zapor.⁹³

Prav poseben sistem pravil o kaznih pa imajo kazniva dejanja zoper pravosodje (70. člen statuta). Pravila posebej določajo, da zanje ne velja 77. člen (razen odvzema premoženja), ampak posebna pravila. Določena je denarna kazen, ki je omejena na 50 odstotkov obsojenčevega ugotovljenega premoženja, zmanjšanega za znesek, ki je potreben za preživljanje obsojenca in oseb, ki jih mora preživljati. Zaporno kazen pa je mogoče izreči zgolj v skrajnem primeru, če obsojenec ne plača denarne kazni.⁹⁴

Namen kaznovanja tako kot v statutu MKSJ tudi tu ni izrecno določen, mogoče pa je določene namene razbrati iz

⁸⁶ Prav tam, str. 1514. Bagaric, M., Morris, J., str. 206.

⁸⁷ Nato pa sodišče izreče skupno kazen (pravilo št. 146).

⁸⁸ Triffterer, O., str. 1444.

⁸⁹ Točka a drugega odstavka 81. člena.

⁹⁰ Točka a tretjega odstavka 81. člena.

⁹¹ Prvi odstavek 82. člena.

⁹² Pravilo št. 145. Olajševalne in obteževalne okoliščine so določene primeroma.

⁹³ 78. člen.

⁹⁴ Pravilo št. 166.

statuta in pravil. V uvodu je tako določeno, da najtežja hudodelstva, ki se nanašajo na mednarodno skupnost kot celoto, ne smejo ostati nekažnovana in da je treba zagotoviti njihov učinkovit pregon s sprejemanjem ukrepov na državni ravni ter z okrepitevijo mednarodnega sodelovanja ter da so države podpisnice odločene, da končajo nekažnovanje storilcev takih hudodelstev ter tako prispevajo k njihovemu preprečevanju. Iz teh določb sta razvidna namen retribucije in utrjevanja vladavine prava (oboje absolutne teorije) ter po drugi strani (generalna) prevencija. V 78. členu je določeno, da mora biti kazen sorazmerna s težo kaznivega dejanja, s čimer statut opozarja na zahtevo po sorazmernosti kazni, ki je značilna za retributivne teorije. Ta zahteva je še podkrepljena z možnostjo pritožbe zaradi nesorazmernosti med kaznivim dejanjem in kaznijo. Po drugi strani rehabilitacija ni omenjena nikjer v statutu, poleg tega ni v statutu nobenih določb o dejavnostih med izvrševanjem kazni zapora. Posredno je to urejeno v 106. členu, v katerem je določeno, da pogoji izvrševanja kazni ne smejo biti bolj ali manj ugodni kot tisti, ki so na voljo zapornikom, obsojenim za podobna kazniva dejanja v državi izvrševanja. Dejansko je rehabilitacija odvisna od stanja penološke politike države, v kateri obsojenec prestaja kazen, in od splošno sprejetih mednarodnih pogodbenih standardov o ravnanju z zaporniki (v katerih je sicer rehabilitacija pogosto določena kot namen kaznovanja). Taka ureditev lahko privede do diskriminacije med zaporniki glede na kraj prestajanja kazni. Edina določba, iz katere bi lahko zaznali rehabilitacijo, je določba pravil, v kateri je predpisano, da mora sodišče pri odmeri kazni upoštevati tudi starost, izobrazbo, socialne in ekonomske okoliščine obsojenca. Na restorativno pravičnost pa nakazuje možnost prenosa plačane denarne kazni ali odvzete premoženjske koristi, sredstev ali premoženja v skrbniški sklad, iz katerega se potem izplača odškodnina žrtvam, in 75. člen Rimskega statuta,⁹⁵ ki ureja povrnitev škode žrtvam (vrnitev v prejšnje stanje, nadomestilo ali rehabilitacija). Odškodnina se lahko izplača iz skrbniškega sklada ali pa sodišče naroči obsojencu, da plača odškodnino, ki jo uveljavlja žrtev neposredno zoper obsojenca. S tem pa žrtev ni prekludirana glede pravic po notranjem ali mednarodnem pravu.

Sklepne ugotovitve

Kot je bilo ugotovljeno že zgoraj, je glavna težava pri ugotavljanju namenov kaznovanja stek različnih pravnih kultur in sistemov. Nameni kaznovanja pa so močno odvisni od trenutka odločanja, vrednot in teorij, ki prevladujejo v nekem pravnem okolju. Pred MKSJ se tako sodni senati sklicujejo na absolutne in relativne teorije, vendar pa po mojem mnenju v

sodni praksi MKSJ ter v njegovih pravnih aktih prevladujejo absolutne oz. retributivne.

Drugo vprašanje, s katerim se je ukvarjalo MKSJ, je individualizacija kazni. To sodišče je prav s sklicevanjem na individualizacijo kazni upravičevalo nepoenoteno sodno prakso glede odmere kazni. Menim, da je bil pristop MKSJ glede tega vprašanja napačen. Po mojem mnenju zgolj dosledno izpeljana individualizacija kazni lahko omogoči enakost obsojencev in s tem poenoteno sodno prakso. Samo če sodni senat dosledno upošteva vse pomembne okoliščine za individualizacijo kazni, lahko tudi ugotovi, ali je dejansko stanje enega primera tako podobno drugemu, da mora izreči enako kazen, oziroma ali so dejstva tako različna, da mora izreči različno kazen. Pravilno izpeljana individualizacija kazni je pogoj za enakost obsojencev in s tem za poenoteno sodno prakso. Problem nastane, če sodni senat ne upošteva določenih dejstev, ki so pomembna, oziroma upošteva dejstva, ki niso pomembna, in zato napačno odloči, ali sta primera enaka ali ne oziroma ali si zaslužita enako kazen ali ne. Potem je načelo enakosti kršeno in s tem se posredno ruši tudi enotna sodna praksa.

Pregled zgodovinskega razvoja ureditve kazni kaže, da je bila ta zmeraj bolj določena. V nürnberškem statutu je sodišče lahko izreklo katero koli kazen, ki se mu je zdela pravična, MKSJ je bilo omejeno zgolj na zaporno kazen, Rimski statut pa omogoča izrek kazni do največ 30 let zapora ali dosmrtno kazen, poleg tega pa še denarno kazen. Rimski statut omogoča tudi najširšo izbiro med kaznimi. Tak trend razvoja se kaže tudi glede posebnega naroka za odmero kazni in pravne podlage za pritožbo v zvezi s kaznijo. V Nürnbergu posebnega naroka ni bilo, sodniki MKSJ so nekaj časa imeli to možnost, potem pa so jo črtali iz pravil, Rimski statut pa izrecno omogoča ozirom v posameznih primerih celo določa obvezno izvedbo posebnega naroka. Glede pritožbe pa lahko ugotovimo, da je v nürnberškem statutu in statutu MKSJ implicitna podlaga, v Rimskem statutu pa izrecna podlaga za pritožbo v zvezi z odmero kazni (in celo za revizijo kazni).

Ena pomanjkljivost pa je tudi v Rimskem statutu, in sicer odsotnost določenega namena kaznovanja. Menim pa, da iz preostalih določb Rimskega statuta, stalne zahteve po končanju nekažnovanosti mogočih storilcev najhujših kaznivih dejanj (*to put an end to impunity*) in iz kulture kaznovanja, ki jo je mogoče razbrati v mednarodnopravni skupnosti,⁹⁶ izhajajo absolutne teorije. Res pa je, da MKS poudarja tudi restorativno pravičnost, saj se poudarja pomen žrtev z možnostjo zahtevati odškodnino zaradi storjenega kaznivega dejanja in s precej razširjenimi možnostmi sodelovanja žrtev v kaznen-

⁹⁵ Podrobneje o tem v 3. delu Pravil o postopku in dokazih.

⁹⁶ Ohlin, J. D., str. 14, Henham, R. (2002), str. 5.

skem postopku, ki poteka pred MKS.⁹⁷ Prav to naj bi bila ena od pomembnejših pridobitev Rimskega statuta.

Literatura

1. Ambos, K. (2006). **Internationales Strafrecht**. München, Verlag C. H. Beck.
2. Bagaric, M., Morris, J. (2006). International Sentencing Law: In Search of Justification and Coherent Framework. **International Criminal Law Review**, 6, str. 191–255.
3. Bavcon, L., Šelih, A., Filipčič, K., Ambrož, M., Korošec, D. **Kazensko pravo splošni del**, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije.
4. Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J., ur. (2002). **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**. New York, Oxford University Press.
5. Clark, J. J. (2008). Zero to Life: Sentencing Appeals at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. **The Georgetown Law Journal**, 96, str. 1685–1723.
6. Danner, A. M. (2001). Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing. **Virginia Law Review**, 87, str. 415–501.
7. Henham, R. (2002). The Internationalisation of Sentencing: Reality or Myth? http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6WGX-47XFTP-1&_user=4776866&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_act=C000033658&_version=1&_urlVersion=0&_userid=4776866&md5=d814942d661097f0f8105cacc021ab61 (12. 5. 2009).
8. Henham, R. (2004). Theorizing the Penalty of Sentencing in International Criminal Trials. **Theoretical Criminology**, 8/4, str. 429–463.
9. Hola, B., Smeulders, A., Bi Jleveld, C. (2009). Is ICTY Sentencing Predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice. **Leiden Journal of International Law**, 22, str. 79–97.
10. Hole, A. (2007). The Sentencing Provisions of the International Criminal Court. **Monash University Law Review**, 33, str. 264–289.
11. Ohlin, J. D. (2008). Towards a Unique Theory of International Criminal Sentencing. <http://ssrn.com/abstract=1266702> (12. 5. 2009).
12. Shahram, D. (2009). Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing. http://works.bepress.com/shahram_dana/1 (12. 5. 2009).
13. Sloane, R. D. (2007). Sentencing for the Crime of Crimes. **Journal of International Criminal Justice**, 5, str. 713–734.
14. Sloane, R. D. (2007). The Expressive Capacity of International Punishment. **Stanford Journal of International Law**, 43, str. 39–94.
15. Triffterer, O., ur. (2008). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article**. Baden-Baden, Noms Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
16. Zagorac, D., ur. (2003). **Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča**. Ljubljana, Amnesty International Slovenija.

⁹⁷ Glej 68. člen Rimskega statuta ter 3. del Pravil o postopku in dokazih.

Sentencing in the international criminal law

Sabina Zgaga, LL.B. Faculty of Law, University of Ljubljana, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

The article deals with the provisions of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), with the sentencing practice of this court, its aims of punishment and the impact of national criminal justice systems on the judicial practice of the ICTY. The paper also focuses on the corresponding provisions of the Rome Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). The principal problem in determining the aims of punishment is the concurrence of different legal cultures and systems, since the aims of punishment depend to a large extent on the time of decision making as well on the values and theories prevailing in a given legal environment. Court panels deciding before the ICTY invoke absolute and relative theories, but in the opinion of the author, absolute, i.e. retributive theories are those which prevail. The second issue which has been considered in detail by the ICTY is the individualisation of punishment. By referring to the individualisation of punishment, the court tends to justify its sentencing disparity. A consistent individualisation of punishment seems to be the only way of enabling the equality of offenders and thus a uniform sentencing practice. On the other hand, a historical survey of the regulation of punishment indicates that sentencing has become more and more determinate. One further shortcoming remains in the Rome Statute, which is a lack of the precise aim of punishment. It is nevertheless possible to perceive a prevailing role of absolute theories of punishment from other provisions in the Rome Statute, from a constant requirement to end the impunity of potential offenders of the most serious criminal offences and, finally, from the culture of sentencing widespread in the international community.

Keywords: Statute of the International Criminal Tribunal, ICTY, sentencing, sentencing policy

UDC: 341.645 : 343.15