

INSTITUT SILE IN GROŽNJE V MEDNARODNEM KAZENSKEM PRAVU¹

Sabina Zgaga,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka
za kazensko pravo na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Skrajna sila je stanje sedanje nevarnosti za legitimne interese storilca ali tretje osebe, ki jo je mogoče odvrniti le s poškodovanjem legitimnih interesov druge osebe.² Ima dve bistveni značilnosti: stanje nevarnosti in odvrčanje te ter dejstvo, da se nevarnost odvrča proti tretji osebi in ne proti viru nevarnosti.

Kompulzivna sila in grožnja sta instituta, najbolj sorodna skrajni sili. Ta instituta sta sicer bolj specialna v viru nevarnosti in v obliki (človeška grožnja oziroma sila), a se v kontinentalnih pravih bodisi po izrecni zakonski določbi bodisi po presoji teorije in sodne prakse zanju uporabljajo kar pravila (ene ali vseh urejenih oblik) skrajne sile.³ Drugače je to urejeno v pravnih sistemih *common law*, v katerih gre za povsem ločen institut, za katerega veljajo tudi posebna pravila.⁴

Slovensko kazensko pravo pojmuje silo in grožnjo zelo široko, in sicer po eni strani kot nujni zakonski znak določenih kaznivih dejanj ali vsaj kot zakonski

¹ Članek je pripravljen na podlagi doktorske naloge z naslovom Skrajna sila v mednarodnem kazenskem pravu, ki jo je avtorica uspešno zagovarjala 20. aprila 2011 na Pravni fakulteti v Ljubljani pod mentorstvom dr. Damjana Korošca.

² H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 353, O. Triffterer, C. Rosbaud, H. Hinterhofer, nav. delo, str. 2, P. Novoselec, nav. delo, str. 202, B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, nav. delo, str. 126, A. Velkaverh, nav. delo, str. 517.

³ Za Nemčijo glej na primer K. Kühl, nav. delo, str. 206, 208, 226, G. Jakobs, nav. delo, str. 342, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 121 in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 213 in 22. člen Kazenskega zakonika Hrvaške (v nadaljevanju KZ HR).

⁴ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 251 in za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 628.

znak, ki pomeni kvalifikatorno okoliščino. Po drugi (in za ta članek tudi bolj relevantni) strani pa kot vse okoliščine, na podlagi katerih je storilec dejanja, ki izpolnjuje vse zakonske znake kaznivega dejanja, ravnal pod pritiskom sile ali grožnje, in na teh okoliščinah gradi svojo obrambo.⁵ To pojmovanje med drugim zajema tudi silobran in skrajno silo, zato je po mojem mnenju preširoko.

Če ni v besedilu drugače omenjeno, potem imam s silo in grožnjo v mislih ožjo kompulzivno silo, ko oseba nad storilcem izvaja silo, ki pa se ji je mogoče fizično upreti (torej ni absolutna), a je učinkovala na storilca tako, da je zaradi nje in pod njenim vplivom izvršil dejanje z zakonskimi znaki kaznivega dejanja, in grožnjo. Grožnja pomeni psihično prisilo, saj tretja oseba storilcu pove, kaj ga čaka, če ne bo izvršil takega dejanja.⁶ Tretja oseba izvaja kompulzivno silo ali grožnjo nad storilcem s posebnim namenom neposredno prisiliti storilca, da bi izvršil dejanje, ki ustreza definiciji kaznivega dejanja.

V članku predstavim ureditev sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu. V uvodnem delu predstavim ureditev elementov sile in grožnje, kakor je razvidna iz ureditve v Rimskem statutu,⁷ statutu in sodni praksi Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ)⁸ ter statutu in sodni praksi Nürnberškega sodišča. V nadaljevanju članka pa skušam ugotoviti, kakšen je vpliv sile in grožnje na obstoj kaznivega dejanja. S tem imam v mislih predvsem odgovor na vprašanje, ali sila in grožnja izključujeta protipravnost ravnanja ali le krivdo storilca, kar vpliva predvsem na pravico žrtve do silobrana in do presoje o udeležbi pri takem ravnanju. Če je protipravnost izključena, potem namreč žrtev takega ravnanja nima pravice do silobrana, v primeru izključitve krivde pa taka pravica še obstaja. Poleg tega je sodelovanje pri neprotipravnem ravnanju nujno neprotipravno, medtem ko razlog izključitve krivde učinkuje le na krivdo tistega udeleženca, pri katerem je podan. V nadaljevanju članka skušam oblikovati predlog ureditve sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu *de lege ferenda*.

Za podlago in primerjavo mednarodni kazenski ureditvi sem izbrala dva anglo-ameriška pravna sistema (Združene države Amerike ter Združeno kraljestvo

⁵ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, M. Ambrož, nav. delo, str. 233, L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, V. Jakulin, nav. delo, str. 247, L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo, str. 194, D. Korošec, nav. delo, str. 74.

⁶ Glej L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, M. Ambrož, nav. delo, str. 234.

⁷ Mednarodna pogodba, ki je bila sprejeta julija 1998 v Rimu in je stopila v veljavo 1. julija 2002. Z njo je bilo ustanovljeno Mednarodno kazensko sodišče. Statut ima že 120 podpisnic.

⁸ Ustanovljeno leta 1993 z resolucijo Varnostnega sveta Organizacije Združenih narodov.

Velike Britanije in Severne Irske⁹), dva tipična predstavnika kontinentalnega pravnega sistema (Nemčijo in Avstrijo), hrvaško (kontinentalno) ureditev pa bom obravnavala zaradi naše skupne (pravne) preteklosti.¹⁰ Primerjalnopravna analiza je po mojem mnenju pomembna za obravnavo ureditve Rimskega statuta. Po mojem mnenju namreč Rimski statut pomeni kompromis med ureditvami pravnih sistemov *common law* in kontinentalnimi ureditvami. Za razumevanje tega kompromisa pa moramo najprej poznati izvirne ureditve v nacionalnih sistemih.

2. ELEMENTI SILE IN GROŽNJE

(angl. duress, nem. nötigungsnotstand)

Sila in grožnja sta v Rimskem statutu prvič urejeni.¹¹ V statutu MKSJ nista bili urejeni,¹² omenja pa ju Poročilo generalnega sekretarja, in sicer v povezavi z ukazom nadrejenega. Poročilo namreč pravi, da lahko sodišče upošteva ukaz nadrejenega v povezavi z drugimi instituti, zlasti v povezavi s silo in grožnjo.¹³ To poročilo je vplivalo tudi na prakso MKSJ, saj je sodišče ta institut pogosto uporabilo prav v povezavi z ukazom nadrejenega.¹⁴ Relevantna je tudi določba odstavka 58 istega poročila, v skladu s katerim mora sodišče pri uporabi obrambe upoštevati splošna načela, ki jih je mogoče izvesti iz svetovnih pravnih sistemov.¹⁵ V statutu Nürnberškega sodišča sila in grožnja nista bili urejeni, a sta bili kljub temu pogosto uporabljeni, predvsem v povezavi z ukazom nadrejenega.¹⁶

⁹ V nadaljevanju Velika Britanija.

¹⁰ Pri tem slovenska ureditev ni posebej omenjena, ker je bila v času pisanja članka v spreminjanju, trenutno pa Kazenski zakonik – KZ-1 (Ur. l. RS, št. 55/08, 66//08, 39/09 in 91/11) v svojem 32. členu posnema nemško in hrvaško ureditev.

¹¹ W. Joecks, M. Miebach, nav. delo, str. 495, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 173, K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 27.

¹² E. van Sliedregt, nav. delo, str. 20, A. A. Bowers, nav. delo (1999a), str. 151, C. M. Henson, nav. delo, str. 4, G. Knoops, nav. delo, str. 130, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Stephena, par. 13, S. Linton, C. Reiger, nav. delo, str. 172, M. Ambrož, nav. delo, str. 66, K. Ambos, nav. delo (1998), str. 393, V. Epps, nav. delo, str. 994.

¹³ Poročilo Generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije VS št. 808, 1993, par. 57, <www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf> (12. 7. 2011).

¹⁴ Sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*.

¹⁵ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Stephena, par. 13, S. Linton, C. Reiger, nav. delo, str. 172.

¹⁶ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 39, M. Scaliotti, nav. delo, str. 133, 135, H. Jescheck, nav. delo (2004), str. 46, C. Nill-Theobald, 1998, str. 105. V primeru *Krupp* so se prvič uveljavili temeljni pogoji za silo in grožnjo: resna in nepopravljiva neposredna nevarnost, ravnanje je izvršeno za odvrnitev te nevarnosti, ni drugega primerne sredstva in ravnanje ni nesorazmerno v razmerju do grožnje. A. A. Bowers, nav. delo (2003a), str. 42.

2.1. Grožnja

Kakor za skrajno silo tudi za silo in grožnjo velja, da mednarodna sodišča ne obravnavajo posameznih elementov sistematično v dvojici grožnja in odvrčanje grožnje, ampak obravnavajo njene posamezne elemente sporadično in nesistematično, kljub temu pa se mi zdi logično, da ju sama obravnavam sistematično.

Vir grožnje je človek. V Rimskem statutu je to določeno v prvem pododstavku, v katerem je določeno, da gre za grožnjo druge osebe.¹⁷ Enako je veljalo v sodni praksi MKSJ¹⁸ in Nürnberškega sodišča.¹⁹ Tudi v izbranih pravnih sistemih velja,²⁰ da gre za silo in grožnjo, kadar gre za neposredno grožnjo človeka, v vseh drugih primerih pa gre za splošnejšo skrajno silo. Kljub takemu razlikovanju v mednarodnem pravu se mi zdi bolj smiselna razlaga, da gre za silo in grožnjo pri neposredni in konkretni grožnji, za skrajno silo po drugi točki prvega odstavka 31. člena pa takrat, ko gre za splošnejšo nevarnost, pa čeprav ta izvira od človeka.

Grožnja mora biti tudi resnična. Ni dovolj, da je storilec zgolj (razumno) prepričan o njenem obstoju. Po nekaterih (nesprejetih) predlogih²¹ naj bi to sicer zadoščalo, a po sedanjem besedilu Rimskega statuta ni tako. Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča,²² čeprav je to v nekem drugem prime-

¹⁷ A. Eser, H. Kreicker, nav. delo, str. 340, M. Scaliotti, nav. delo, str. 155, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Ambos, nav. delo (1999b), str. 190, Y. Dinstein, nav. delo (2004), str. 246.

¹⁸ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14.

¹⁹ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480.

²⁰ Za Nemčijo glej na primer K. Kühl, nav. delo, str. 206, 208, 226, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 121 in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 213, ter 22. člen KZ HR, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 251, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 628.

²¹ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, str. 58, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010).

²² M. Scaliotti, nav. delo, str. 149, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, C. M. Henson, nav. delo, str. 14, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, C.

ru odločilo tudi nasprotno; obstoj nevarnosti se presoja glede na storilčevo (pošteno) prepričanje.²³ Zahtevo po resnični nevarnosti je mogoče razbrati tudi iz konkretnih dejanskih stanov primerov, v katerih je MKSJ obravnavalo ta institut.²⁴ Taka sodna praksa je v skladu z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi,²⁵ ne pa tudi z izbranim britanskim in ameriškim pravnim sistemom, v katerih zadošča, da je storilec razumno prepričan, da obstaja grožnja.²⁶

Ne zadošča pa vsaka grožnja. V skladu z Rimskim statutom zadošča namreč le grožnja s smrtjo ali hudo oziroma trajajočo telesno poškodbo.²⁷ Kljub drugačnim predlogom grožnja premoženju ne zadošča,²⁸ prav tako ne grožnja s površinskimi ranami in psihičnim nasiljem brez fizične nevarnosti.²⁹ V isto smer kot Rimski statut je šla že sodna praksa MKSJ. Prvi je ta pogoj razvil sodnik Cassese v svojem ločenem mnenju v zadevi *Erdemović*,³⁰ ko je odločil, da gre celo za pravilo mednarodnega običajnega prava. Tako pravilo se je pred

Nill-Theobald, 1998, str. 248, sodba Nürnberskega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480, N. M. Restivo, 2006, str. 8.

²³ Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

²⁴ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, sodba sodnega senata MKSJ *Mrda*, B. van Schaak, R. C. Slye, nav. delo, str. 847, glej še sodbe sodnega senata MKSJ *Bralo*, *Blaškić*, *Vasiljević*, *Češić*, ločeno mnenje sodnika Shahabuddeena v sodbi *Vasiljević*, ter ločeno mnenje sodnika Lindhoma v sodbi *Simić*, *Tadić*, *Zarić*, ter sodbo pritožbenega senata MKSJ *Jelišić*.

²⁵ Za Nemčijo glej na primer A. Schönke, H. Schröder, nav. delo, str. 702, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, nav. delo, str. 127.

²⁶ Za Veliko Britanijo glej C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, nav. delo, str. 326, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 618.

²⁷ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 14, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, G. Knoops, nav. delo, str. 59, Non paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, december 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), M. Korte, nav. delo, str. 192.

²⁸ Working Group December 1997 Article L, str. 2

²⁹ O. Triffterer, 2008, str. 551, G. Knoops, 2008, str. 59, 132.

³⁰ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14, 16, P. Rowe, nav. delo, str. 216, G. Knoops, nav. delo, str. 72, sodba sodnega senata MKSJ *Simić*, *Tadić*, *Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21. Cassesejevi pogoji so: huda grožnja življenju ali telesu, ni drugega primernege načina za odvrnitev grožnje, sorazmernost odvrcaanja grožnje in grožnja ni sopovzročena s strani storilca.

tem razvilo tudi v praksi sodišč po drugi svetovni vojni.³¹ Zadošča le grožnja s fizično nevarnostjo oziroma grožnja življenju ali telesu.³²

Taka ureditev je v skladu z britanskim in ameriškim pravnim sistemom,³³ v katerih se je na silo in grožnjo mogoče sklicevati le v primeru nevarnosti za življenje in telo (čeprav nekatere ameriške zvezne države od tega že odstopajo), ter z nemškim sistemom,³⁴ v katerem je sklicevanje na silo in grožnjo po pravilih opravičljive skrajne sile dopustno le pri odvrščanju nevarnosti zoper življenje, telo in svobodo gibanja. Ni pa ta ureditev v skladu z drugimi izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi.³⁵ Tu zavarovane pravne dobrine niso omejene na življenje in telo, ampak je sklicevanje na silo in grožnjo (na podlagi upoštevanja razmerja med dobrinami) načeloma dopustno pri nevarnosti za vse pravne dobrine.

Grožnja mora biti tudi neposredna.³⁶ Ta pogoj je obveljal že v sodni praksi MKSJ³⁷ in Nürnberškega sodišča. Po praksi slednjega mora biti odvrščanje grožnje tudi sočasno z grožnjo,³⁸ kaznivo dejanje mora biti izvršeno v času, ko grožnja deluje in traja,³⁹ oziroma grožnja mora biti neposredna.⁴⁰ Kot primer sodišče navaja vojaka, ki mu je ukazana izvršitev mednarodnega hudodelstva s pištolo, uperjeno neposredno proti njegovi glavi, sodišče pa je hkrati tudi odločilo, da ni nujno, da je grožnja tako neposredna.⁴¹

³¹ Sodbi Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, 509, in *Einsatzgruppen*, str. 488, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, J. J. Paust, nav. delo, str. 169.

³² Sodba Nürnberškega sodišča *High command*, citirano po C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 248, N. M. Restivo, nav. delo, str. 8, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 155.

³³ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

³⁴ Glej 35. člen nemškega Kazenskega zakonika (*Strafgesetzbuch*).

³⁵ Za Avstrijo glej D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 206 ter 22. člen KZ HR.

³⁶ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), K. Ambos, nav. delo (2004), str. 850.

³⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, in sodnika Lija, par. 5, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, P. Rowe, nav. delo, str. 216, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoop, nav. delo, str. 72.

³⁸ Y. Dinstei, nav. delo (1985), str. 234, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 248, Y. Dinstei, M. Tabory, nav. delo, str. 9.

³⁹ Y. Dinstei, nav. delo (1985), str. 234, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467.

⁴⁰ M. Scaliotti, 2001, str. 149, sodba Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, 988, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, Human Rights Watch Digest, str. 507, C. M. Henson, nav. delo, str. 14, G. Knoop, nav. delo, str. 58, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 250, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, N. M. Restivo, nav. delo, str. 8.

⁴¹ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480.

Vsi izbrani pravni sistemi poznajo takšno ali drugačno merilo, ki omejuje časovni vidik učinkovanja sile in grožnje, zdi pa se, da vsaj praksa Nürnberškega sodišča dopušča širše časovno učinkovanje sile in grožnje kot le v tistem ožjem trenutku, v katerem je, kakor je reklo Nürnberško sodišče že v zadevi *Einsatzgruppen*, proti storilcu uperjena pištola. To je skladno tudi z zdaj popustljivejšo britansko sodno prakso (glej zlasti zadevo *Hudson in Taylor*), po kateri mora storilec izvršiti kaznivo dejanje, ko grožnja učinkuje, ko se zaveda, da bo uresničena, če ne izpolni ukaza, ni pa nujno, da takoj.⁴²

Grožnja mora biti zunanja, ločena od storilčeve osebnosti. Tako ne sme izvirati iz storilca, ampak iz tretje osebe. Zato se storilec ne more sklicevati na silo in grožnjo, če je njun vir storilčeva duševna motnja.⁴³ Enak pogoj se je pojavil v praksi MKSJ,⁴⁴ kar je v skladu tudi z ureditvami izbranih pravnih sistemov.⁴⁵

Grožnja mora biti uperjena zoper storilca ali zoper tretjo osebo. Besedilo Rimskega statuta se pri tretjih osebah ne omejuje na storilčevo družino in druge njemu bližje osebe, ampak dopušča odvrčanje sile in grožnje zoper vsako tretjo osebo.⁴⁶ Enak pogoj se je razvil v sodni praksi MKSJ.⁴⁷ Tako široko dojetje tretjih oseb je *de iure* v skladu z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi,⁴⁸ *de facto* pa tudi z izbranimi pravnimi sistemoma *common law*.⁴⁹

V praksi MKSJ in Nürnberškega sodišča pa so se razvili še dodani pogoji, ki jih v besedilu Rimskega statuta ni in jih sodišče tudi še ni obravnavalo v svoji

⁴² R. v. Hudson and Taylor, Court of Appeal (Criminal Division), 17. marec 1971, <www.westlaw.com> (25. 1. 2012).

⁴³ G. Knoops, nav. delo, str. 59, M. Korte, nav. delo, str. 193.

⁴⁴ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14.

⁴⁵ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258 in za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 619. Glej tudi A. E. Hollaender, C. Mayerhofer, nav. delo, str. 108.

⁴⁶ E. van Sliedregt, 2003, str. 14, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, 176, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1019, G. Knoops, nav. delo, str. 132, Tentative Draft on General Principles of Criminal Law and Applicable Law, Proposal by Japanese Delegation, 1996, člen IV, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 850.

⁴⁷ W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389.

⁴⁸ Za Nemčijo glej na primer H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 480, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 206, ter 22. člen KZ HR.

⁴⁹ Za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 619, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 258.

praksi. V skladu s prakso MKSJ mora biti grožnja resna.⁵⁰ Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča.⁵¹ Grožnja mora doseči določen prag. Poleg tega mora biti grozeča škoda nepopravljiva. To velja za sodni praksi obeh sodišč (MKJS⁵² in Nürnberškega⁵³), tak pogoj pa ni določen v nobenem izbranem pravnem sistemu.

Dodatni pogoj, ki ga je razvilo Nürnberško sodišče, je, da mora biti grožnja jasna (angl. *clear and present threat*).⁵⁴ Po mojem mnenju ta pogoj pomeni, da mora biti grožnja lahko prepoznavna in očitna, in je s tem omejeno sklicevanje na silo in grožnjo.

2.2. Odvrčanje grožnje

Tudi glede odvrčanja grožnje so v Rimskem statutu določeni pogoji, še več pa jih je mogoče najti v sodni praksi MKSJ in Nürnberškega sodišča. Med grožnjo in odvrčanjem grožnje (v obliki izpolnitve biti inkriminacije) mora obstajati psevdovzročnost.⁵⁵ Storilec torej izpolni bit inkriminacije zato, da bi s tem odvrnil grožnjo, in ne zaradi drugih razlogov. Sklicevanje na silo in grožnjo mu tudi ne služi zgolj kot izgovor. Enak pogoj velja v sodni praksi Nürnberškega sodišča.⁵⁶ Tudi primerjalnopravno je to relevanten pogoj, zlasti v pravnih sistemih *common law*.⁵⁷

Ravnanje, izvršeno pod vplivom sile in grožnje, mora biti nujno⁵⁸ za odvrnitev sile in grožnje, kar pomeni, da ni druge možnosti za njuno odvrnitev. Drugi

⁵⁰ C. M. Henson, nav. delo, str. 20, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Lija, par. 5.

⁵¹ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, 988, 989, Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoop, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

⁵² Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14, 16, P. Rowe, nav. delo, str. 216, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21.

⁵³ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, 988, Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoop, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law, v zbirki Law Reports, str. 174.

⁵⁴ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo (1996), str. 9.

⁵⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1021, M. Korte, nav. delo, str. 204, 205, H. Olasolo, nav. delo, str. 243.

⁵⁶ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo, str. 10.

⁵⁷ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 253, za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

⁵⁸ E. van Sliedregt, 2003, str. 14, M. Scaliotti, 2001, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 176, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav.

avtorji ta pogoj opredeljujejo tudi kot odsotnost druge moralne odločitve.⁵⁹ Enako velja za sodno prakso MKSJ, v skladu s katero storilec izvrši bit inkriminacije zato, ker nima možnosti druge moralne odločitve⁶⁰ oziroma druge možnosti za odvrnitev grožnje in sile.⁶¹ Tudi v praksi Nürnberškega sodišča se je razvil pogoj, v skladu s katerim storilec ne bo obsojen, če ni imel možnosti druge moralne odločitve, a predvsem v povezavi z institutom ukaza nadrejenega. Določen pa je bil še dodaten pogoj, in sicer, da ni druge primerne možnosti za odvrnitev sile in grožnje.⁶² Ta pogoj, ki omejuje sklicevanje na silo in grožnjo, je znan tudi v vseh izbranih pravnih sistemih.⁶³

Ravnanje storilca mora biti tudi razumno.⁶⁴ Ta pogoj v presojo sile in grožnje vnaša objektivnost.⁶⁵ V zvezi s tem je relevantno, s stališča katere osebe presojamo razumnost storilčevega ravnanja. Očitno je, da zaradi objektivnosti merila tega ni mogoče presojati le s storilčevega stališča. Presojati ga je mogoče s stališča povprečnega državljana, povprečnega vojaka oziroma s stališča povprečnega pripadnika določene skupine. Objektivno merilo je tako mogoče z dodajanjem lastnosti in oženjem kategorij bolj ali manj subjektivizirati. Menim, da bi bilo primerno, da se to merilo čim bolj približa storilcu, to pa naj

delo, str. 1020, G. Knoops, nav. delo, str. 59, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, M. Korte, nav. delo, str. 194.

⁵⁹ Y. Dinstein, nav. delo (2004), str. 246.

⁶⁰ K. Kudo, nav. delo, str. 92.

⁶¹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, in Lija, par. 5, P. Rowe, nav. delo, str. 216, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoops, nav. delo, str. 51, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 22.

⁶² Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoops, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

⁶³ Za Nemčijo glej H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 481, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 60, za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 207, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

⁶⁴ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 14, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1020, G. Knoops, nav. delo, str. 59, Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, M. Korte, nav. delo, str. 195.

⁶⁵ A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177.

bi veljalo tako za silo in grožnjo kakor tudi za skrajno silo. Razumnost naj se presoja s stališča povprečnega vojaka, naborniškega ali profesionalnega, izkušenega ali mladega.

Podobno merilo se je razvilo v sodni praksi Nürnberškega sodišča; ravnanje mora biti tako, da bi ga tudi razumen človek razumel tako, da ni druge možnosti za odvrnitev grožnje.⁶⁶ Merilo razumnosti je podano tudi v tistih izbranih pravnih sistemih, v katerih se način odvrčanja sile in grožnje presoja po objektivnem merilu (to so vsi izbrani sistemi, razen britanskega).

V Rimskem statutu je določen še pogoj glede (kvantitativnega) razmerja med grožnjo in odvrčanjem grožnje. Storilec ne sme imeti v naklepu povzročitve hujše škode od tiste, ki je grozila, če bi se sila ali grožnja uresničila.⁶⁷ Ni pomembno, kakšno škodo je storilec dejansko povzročil, temveč to, kaj je imel storilec v naklepu. Lahko povzroči tudi večjo škodo od tiste, ki je grozila, a če tega ni imel v naklepu, je sklicevanje na silo in grožnjo dopustno.⁶⁸ Tudi pri sili in grožnji je dopustno, da storilec deluje z namenom odvrčanja večje ali enake škode od tiste, ki je bila povzročena. Pred sprejetjem Rimskega statuta so bili podani predlogi, ki so namesto subjektivnega vsebovali objektivno merilo, v skladu s katerim storilec ne sme povzročiti večje škode od grozeče, a je na koncu prevladalo subjektivno merilo.⁶⁹

Taka ureditev je vsekakor unikatna in je ni mogoče zaslediti niti v izbranih pravnih sistemih niti v dosednji sodni praksi mednarodnega kazenskega prava. Povsod namreč ob predhodno določenem sorazmerju velja, da se kot izhodišče tehtanja upošteva objektivna lestvica dejansko poškodovanih oziro-

⁶⁶ Sodba Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, 509, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, K. Kudo, nav. delo, str. 20, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, Digest of Law, v zbirki Law Report, str. 172, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 120.

⁶⁷ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 15, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 27, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1022, G. Knoops, nav. delo, str. 59, M. Korte, nav. delo, str. 197.

⁶⁸ M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, G. Knoops, nav. delo, str. 206, Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Kudo, nav. delo, str. 22, C. Krefß, nav. delo, str. 152.

⁶⁹ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011).

ma ogroženih dobrin, nato pa še druge okoliščine primera. Rimski statut pa uvaja popolnoma subjektivni pogoj, da ne šteje nastala škoda, ampak storilčev naklep. Nekateri avtorji opozarjajo, da je ta pogoj kompromis med skrajno silo (angl. *choice of evils*, upravičljiva skrajna sila), pri čemer mora biti nastala škoda manjša od grozeče, ter silo in grožnjo, pri kateri to ni relevantno ali pa se zanjo uporabljajo pravila opravičljive skrajne sile, v skladu s katero sta škodi lahko enaki, relevanten pa je subjektivni element: psihični pritisk na storilca.⁷⁰

Tak kompromis se mi zdi popolnoma neprimeren.⁷¹ Nastal je zaradi želene združitve pravil skrajne sile ter sile in grožnje in predvsem zaradi nerazlikovanja med razlogi upravičenosti ter opravičenosti oziroma med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Taka ureditev, ki ureja zgolj eno obliko skrajne sile, brez preoblikovanja onemogoča uporabo druge oblike skrajne sile na podlagi splošnih načel, izvedenih iz notranjih pravnih redov, ali drugih pravnih virov na podlagi 21. člena. Na podlagi tega subjektivnega merila sorazmernosti se namreč ne more določiti, kateri element kaznivega dejanja izključuje institut iz odstavka d oziroma katero obliko skrajne sile ureja ta odstavek, katero pa bi bilo mogoče dodatno upoštevati na podlagi načel, izvedenih iz pravnih redov. V tem odstavku sta namreč upravičljiva in opravičljiva skrajna sila oziroma upravičljiva skrajna sila in opravičljiva sila in grožnja združeni, kar pomeni, da sta hkrati urejeni in zajeti obe obliki, a nobena popolno in pravilno. Če bi se oblikovalci statuta po drugi strani odločili za eno merilo, bi bilo drugo (in s tem drugo vrsto skrajne sile, ki še ne bi bila zajeta z alinejo d) še vedno mogoče uporabiti na podlagi kombinacije tretjega odstavka 31. člena in 21. člena, tako pa je to nemogoče. Iz zakonodajalčeve volje je namreč mogoče razbrati, da je želel imeti kompromis med tema dvema vrstama skrajnih sil, ne pa različnih in samostojnih oblik skrajnih sil.

Tako besedilo pomeni nazadovanje glede na predhodne predloge besedila, v katerih sta bili skrajna sila ter sila in grožnja ločeno urejeni na podlagi objektivnega merila sorazmernosti. Po tem predlogu storilec ne bi smel povzročiti večje škode od tiste, ki je grozila. Tako besedilo bi lahko bilo podlaga za učinek izključitve protipravnosti.⁷² Zdaj pa imamo opravka s kompromisom, na podlagi katerega ni mogoče *a priori* zagovarjati ne izključitve protipravnosti ne krivde.

⁷⁰ M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, G. Knoops, nav. delo, str. 59, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 851.

⁷¹ Tako tudi M. Korte, nav. delo, str. 198.

⁷² ELSA Handbook, str. 68, Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011).

Taka ureditev sorazmerja med grožnjo in odvracanjem grožnje je v nasprotju tudi z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi. V teh pravnih sistemih se za silo in grožnjo uporabljajo bodisi pravila opravičljive skrajne sile (po katerih sta lahko škodi enaki) bodisi vseh uzakonjenih oblik skrajne sile (na primer na Hrvaškem, kjer nastala škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče, če se uporabljajo pravila o opravičljivi skrajni sili, oziroma mora biti povzročena manjša od grozeče, če gre za upravičljivo skrajno silo). V izbranih pravnih sistemih *common law* pa pogoj sorazmerja ni posebej določen. Določena je vsebina grožnje in omejitev, da se na silo in grožnjo ni mogoče sklicevati pri izpolnitvi biti inkriminacije naklepne usmrtitve. Celoten razpon v teh omejitvah je dopusten.⁷³ Kljub delni nedoločenosti pa je tudi v pravnih sistemih *common law* merilo objektivno, in ne subjektivno, v nasprotju z Rimskim statutom.

Tudi v praksi Nürnberškega sodišča je določeno objektivno merilo,⁷⁴ čeprav v različnih in med seboj težko združljivih oblikah. Po eni strani naj bi namreč bila škoda, ki je grozila, nesorazmerno večja od povzročene,⁷⁵ po drugi strani pa povzročena škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče.⁷⁶ To pa pomeni, da sta škodi lahko enaki, lahko pa je grozeča škoda celo manjša od povzročene, če le ni nesorazmerno manjša.

V praksi MKSJ se je razvil enak pogoj kot v praksi Nürnberškega sodišča.⁷⁷ Cassese pa je v svojem mnenju ta pogoj razlagal ozko v smeri prvega merila iz nürnberške sodne prakse; torej, da mora biti povzročeno zlo manjše od grozečega.⁷⁸

Poleg objektivnih pogojev mora biti podan tudi subjektivni element. Storilec se mora namreč zavedati obstoja grožnje in tega, da jo s svojim ravnanjem odvrta. Po večinskem mnenju ni dovolj, da se obstoja grožnje zaveda, ampak mora

⁷³ Glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 252, ter W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 616.

⁷⁴ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, Human Rights Watch Digest, str. 508, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17.

⁷⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, C. M. Henson, nav. delo, str. 13, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 172.

⁷⁶ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, G. Knoops, nav. delo, str. 58, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo, str. 10, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 158.

⁷⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoops, nav. delo, str. 51, *Erdemović*, AJ, Li, par. 5, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 20, 23, 26.

⁷⁸ Sodba pritožbenega senata *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16.

tudi ravnati z namenom njenega odvrčanja.⁷⁹ Tudi MKSJ je podalo zahtevo po subjektivnem elementu, po kateri mora storilec ravnati z namenom odvrčanja nevarnosti in ne zadošča zgolj zavedanje nevarnosti in njeno odvrčanje.⁸⁰ Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča.⁸¹ Primerjalnopravno je taka ureditev skladna z izbranimi pravnimi sistemi (ostaja pa to vprašanje sporno v Nemčiji).⁸²

3. VPLIV SILE IN GROŽNJE NA SPLOŠNI POJEM KAZNIVEGA DEJANJA

3.1. Razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti

Vprašanje vpliva sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja je povezano z vprašanjem opredelitve splošnega pojma kaznivega dejanja in še posebej s tem, ali je mogoče razlikovati med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Vprašanje torej je, ali sila in grožnja v mednarodnem kazenskem pravu izključujeta protipravnost ali krivdo. Primerjalnopravno gledano izbrani kontinentalni pravni sistemi poznajo to razlikovanje, kar ima tudi pravne posledice,⁸³ medtem ko v izbranih pravnih sistemih *common law* tega razlikovanja dolgo časa niso poznali, zdaj se počasi vpeljuje, a nima še pravnih posledic v praksi.⁸⁴

Na vprašanje, ali mednarodno kazensko pravo sploh razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, moram odgovoriti nikalno. Večina statutow in sodne prakse niti ne ureja vseh možnih razbremenilnih institutov, temveč jih z generalno klavzulo prepušča splošnim načelom,⁸⁵ kaj šele, da bi opredelili njihove učinke. Trenutno poteka debata o tem, ali neki institut vpliva na obstoj

⁷⁹ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1021, M. Korte, nav. delo, str. 204, 205, H. Olasolo, nav. delo, str. 243.

⁸⁰ A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 171, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 46, in Lija, par. 5, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21.

⁸¹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 33, Y. Dinstein, M. Tabor, nav. delo, str. 10.

⁸² Glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 483.

⁸³ Glej na primer H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 323.

⁸⁴ Glej na primer C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, nav. delo, str. 277.

⁸⁵ Tako statut MKSJ, MKSR, Poročilo Generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije VS št. 808, 1993, <www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf> (12. 7. 2011) in Osnutek zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva iz leta 1996, <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf> (12. 7. 2011).

kaznivega dejanja ali pomeni zgolj olajševalno okoliščino, ki se upošteva pri odmeri kazni. Vprašanje torej je, ali je neki institut samostojen institut (tako imenovana popolna obramba), ki povzroči, da storilec ne odgovarja za kaznivo dejanje, ali pa ima vpliv zgolj na odmero kazni,⁸⁶ ne pa, kakšen vpliv ima na obstoj kaznivega dejanja.

V praksi Nürnberškega in drugih sodišč po drugi svetovni vojni je mogoče najti termine, kakršni so razlog upravičenosti (angl. *justification*),⁸⁷ razlog opravičenosti (angl. *excuse, exculpation*)⁸⁸ ali da je storilec pod vplivom določenega instituta ravnal brez naklepa (angl. *without the will and intent, guiltless*).⁸⁹ Ker je sodišče uporabilo različne izraze, bi nas to lahko vodilo v prepričanje, da je razlikovalo med razlogi upravičenosti in opravičenosti, pa to žal ne drži.

Podrobnejši pregled posameznih sodb namreč pokaže, da je sodišče v istem stavku povedalo, da neki institut pomeni razlog upravičenosti (angl. *justification*), ker ne more nihče odgovarjati za kaznivo dejanje, če nista podani voljna in zavestna sestavina naklepa (angl. *will and intent*).⁹⁰ Ta izjava torej pomeni, da razlog upravičenosti izključuje krivdo storilca, kar je v popolnem nasprotju s kontinentalno kazenskopravno teorijo, po kateri razlog upravičenosti izključuje protipravnost ravnanja, razlogi opravičenosti pa krivdo storilca. Trditev sodišča je napačna že s tega vidika, spodbijati pa jo je mogoče še z drugega.

Pogosto je namreč mogoče zaznati trditev, da skrajna sila ali sila in grožnja povzročita, da storilec ravna brez naklepa. To ne drži. Storilec ravna naklepno. Zaveda se svojega ravnanja in njegove posledice ter ga tudi hoče izvršiti, a ga izvrši pod vplivom nevarnosti oziroma grožnje. Naklep ni izključen, pa čeprav bi šlo za opravičljivo skrajno silo. V primeru opravičljive sile in grožnje ter skrajne sile je po zakonodajalčevi volji izključena krivda, storilec pa še vedno ravna naklepno.

Za sodbe Nürnberškega in drugih sodišč po drugi svetovni vojni torej velja, da kljub uporabi različnih izrazov ne razlikujejo med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

MKSJ pa se v svoji praksi ni dosti ukvarjalo z učinkovanjem obrambe na splošni pojem kaznivega dejanja. V osrednji zadevi *Erdemović* sta tako prvostopenjsko kakor tudi drugostopenjsko sodišče razpravljali le o tem, ali gre zgolj

⁸⁶ Na primer ukaz nadrejenega v MKSJ ali sila in grožnja v sodni praksi MKSJ. G. Knoops, nav. delo, str. 292.

⁸⁷ Sodbe Nürnberškega sodišča *Krupp*, str. 1438, 1439, *Flick*, str. 1200 ter *IG Farben*, str. 1176.

⁸⁸ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 482.

⁸⁹ Sodbi Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200, in *Krupp*, str. 1438.

⁹⁰ Sodbi Nürnberškega sodišča *Krupp*, str. 1439, in *Flick*, str. 1200.

za olajševalno okoliščino ali za »popolno obrambo« (angl. *complete defence*), torej, ali neki institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja ali ne.⁹¹ V prvi prvo-stopenjski sodbi je sicer mogoče najti mnenje, da lahko sila in grožnja izključi subjektivni element kaznivega dejanja (angl. *mens rea*, v kontinentalni teoriji ta institut pokriva krivda),⁹² tako da bi lahko sklepali, da praksa MKSJ pozna vsaj razloge opravičenosti. A težišče zadeve je bilo spet na vprašanju, ali je sila in grožnja sploh institut, ki lahko izključi kaznivo dejanje ali ne, zato iz te osamljene in verjetno povsem naključne trditve sodišča ni mogoče sklepati, da razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Zlasti zato, ker je pritožbeno sodišče stopilo korak nazaj in odločilo proti obstoju sile in grožnje v primeru naklepnih usmrtitev. Samo Cassese je v svojem ločenem mnenju enkrat omenil, da sila in grožnja pomeni razlog opravičenosti, a tudi on ni namenjal pozornosti razlikovanju med razlogi opravičenosti in upravičenosti. Zdi se, da ni razlogov za sklep, da MKSJ razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Uporaba izrazov pri prvostopenjskem sodišču in Casseseju je lahko povsem naključna, površna in nedosledna, kakor se je izkazalo že za prakso sodišč po drugi svetovni vojni.

Določba 31. člena Rimskega statuta, ki je osrednjega pomena za obravnavo problematike razlogov upravičenosti in opravičenosti v Rimskem statutu, nosi naslov razlogi za izključitev kazenske odgovornosti.⁹³ Gre za splošen izraz, ki naj bi zajel večino relevantnih materialnopravnih⁹⁴ institutov, ki izključujejo določen element kaznivega dejanja in s tem tudi kaznivo dejanje (pomembna sta namreč vsaj še 32. in 33. člen statuta, poleg tega pa ne gre za taksativno naštevanje institutov). V tem členu pa so urejeni tako razlogi, ki primerjalno-pravno gledano pomenijo tipične razloge upravičenosti (silobran), kakor tudi razlogi, ki vplivajo na obstoj krivde (na primer neprištevnost). Naslov člena je dovolj splošen in zajame obe kategoriji, med njima pa ne razlikuje. Iz pripravljalnega gradiva je razvidno, da gre za tipični pristop *common law*, oblikovalci statuta pa niso želeli uporabiti izraza obramba (angl. *defences*), saj naj bi ta kazal na privilegiranje sistemov *common law*, zato so uporabili navidezno

⁹¹ Sodba sodnega senata MKSJ Erdemović, par. 14, sodba pritožbenega senata MKSJ Erdemović, par. 19, sodba pritožbenega senata MKSJ Aleksovski, par. 54.

⁹² Sodba sodnega senata MKSJ Erdemović, par. 14.

⁹³ V angleščini *grounds for excluding criminal responsibility*, v nemščini pa *Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*. Glej 30. člen ustreznih jezikovnih različic Rimskega statuta.

⁹⁴ To razlago potrjuje tudi naslov tega poglavja (splošna načela kazenskega prava). O. Triffterer, nav. delo, str. 544, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, R. Merkel, nav. delo, str. 441, I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, nav. delo, str. 114.

nevtralen izraz⁹⁵ oziroma izraz, ki po mnenju nekaterih spominja na termine kontinentalne pravne teorije.⁹⁶ V skladu s tem velja, da so uporabili naslov kontinentalne teorije in vsebino teorije *common law*. Ta razlaga je seveda mogoča, če kazensko odgovornost razumemo kot celoten, splošen pojem, ki se nanaša na vse predpostavke obstoja kaznivega dejanja.⁹⁷ Določbe Rimskega statuta o sodbi tudi ne poznajo različnih oprostilnih sodb,⁹⁸ iz česar bi morebiti lahko sklepali na različne stopnje oprostitve in na razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

Sklenem lahko, da Rimski statut ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti ter posameznim institutom ne daje relevantnih učinkov iz kontinentalne teorije.⁹⁹ Na tej ravni je pomembno le, ali posamezni institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja ali zgolj na odmero kazni. Razlikovanja med razlogi upravičenosti in opravičenosti doslej ni bilo mogoče zaslediti niti v statutih niti v praksi dosedanjih mednarodnih sodišč.¹⁰⁰

Očitno je, da gre, kadar neki institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja, za vprašanje vse ali nič oziroma za vprašanje oprostilne oziroma obsodilne sodbe. Mednarodno kazensko pravo tako ne pozna tridelnega splošnega pojma kaznivega dejanja iz kontinentalne kazenskopravne teorije, ampak le dvodelni model sistemov *common law*, v katerem je kaznivo dejanje sestavljeno iz objektivnih (angl. *actus reus*) in subjektivnih elementov (angl. *mens rea*),¹⁰¹ pa še potem v praksi za oprostilno sodbo ni pomembno, kaj je pri posameznem kaznivem dejanju izključeno. To potrjuje tudi določba 30. člena Rimskega sta-

⁹⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, C. K. Hall, nav. delo (1998), str. 337, R. Merkel, nav. delo, str. 441, O. Lagodny, nav. delo, str. 818, 820, E. van Sliedregt, nav. delo, str. 2, O. Triffterer, nav. delo, str. 539.

⁹⁶ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 6, O. Triffterer, nav. delo, str. 539, 544, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009.

⁹⁷ O. Triffterer, nav. delo, str. 544.

⁹⁸ Četrty odstavček 75. člena Rimskega statuta.

⁹⁹ R. Merkel, nav. delo, str. 441, 448, A. Eser, H. Kreicker, nav. delo, str. 302, 324, W. Joecks, K. Miebach, nav. delo, str. 1448, E. Sliedregt, nav. delo, str. 6, M. Scaliotti, nav. delo, str. 118, O. Triffterer, nav. delo, str. 544, G. Knoop, nav. delo, str. 128, M. Korte, nav. delo, str. 212, M. Ambrož, nav. delo (2008), str. 76, H. Olasolo, nav. delo, str. 235, S. Nash, I. Bantekas, nav. delo, str. 53, Osnutek statuta mednarodnega sodišča iz Siracuze (Siracuz Draft Statute for an International criminal court-Suggested Modifications to the ILC 1994 Draft, 31. julij 1995), str. 42, G. McGoldrick, G. Rowe, O. S. Donnelly, nav. delo, str. 266, O. Lagodny, nav. delo, str. 817, H. Satzger, nav. delo, str. 256, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 955, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 826. Nasprotno G. Knoop, nav. delo, str. 23, ki pravi, da gre pri vseh v 31. členu urejenih institutih za razloge opravičenosti.

¹⁰⁰ A. von Knieriem, nav. delo, str. 254, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 963.

¹⁰¹ K. Ambos, nav. delo (2006), str. 665.

tuta o vsebini krivde; ta namreč govori o psihičnih in objektivnih elementih kaznivega dejanja. Čeprav oblikovalci statuta niso želeli uporabiti »anglo-ameriškega« izraza *mens rea*,¹⁰² da ne bi bila ureditev tudi že na prvi pogled pristranska do enega pravnega sistema, pa je vsebina psihičnega elementa prav to (angl. *mens rea* iz ameriškega sistema).¹⁰³

Te »anglo-ameriške« izraze je mogoče najti že v sodbi prvostopenjskega sodišča v zadevi *Erdemović*, v kateri je sodišče odločilo, da lahko sila in grožnja v skrajnem primeru izključi psihični element kaznivega dejanja (angl. *mens rea*). Taka odločitev bi lahko kazala na razlog opravičljivosti, kar je primernejše stališče kot že omenjeno stališče iz zadev *Krupp* in *Flick*,¹⁰⁴ v katerih je sodišče odločilo, da gre za izključitev naklepa. Obstoje krivde je namreč v primeru sile in grožnje lahko ogrožen. Ne more pa biti izključen naklep.

Zato seveda v mednarodnem kazenskem pravu ni mogoče razlikovati med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Literatura in sodna praksa sicer govorita o tem, da je ravnanje v skrajni sili upravičljivo (angl. *justified*) ali opravičljivo (angl. *excusable*), ampak se na te termine ni mogoče zanesti, saj jih avtorji uporabljajo v povezavi z različnimi instituti, včasih celo v istem stavku. Zato tem izrazom po mojem mnenju ni mogoče pripisati pomena, kakršnega imajo v kontinentalni pravni teoriji.

V Rimskem statutu na podlagi prvega odstavka 31. člena tako tudi ni mogoče govoriti o razlikovanju med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Enako velja za sodno prakso MKSJ in Nürnberškega sodišča. Gre (kadar sploh obstaja oziroma kadar jo je mogoče ločiti od sile in grožnje) za samo eno skrajno silo, katere posledica je, da storilec ni kazensko odgovoren (angl. *not criminally responsible*, nem. *strafrechtlich nicht verantwortlich*). To je spet splošen izraz, ki pomeni, da manjka ena (ni jasno, katera) izmed vseh materialnopravnih predpostavk za obstoj kaznivega dejanja.

Vprašanje pa je, ali je mogoče razlikovanje med upravičljivo ter opravičljivo skrajno silo vpeljati na podlagi tretjega odstavka istega člena, v skladu s katerim lahko MKS upošteva tudi kak drug razlog upravičenosti ali opravičenosti na podlagi pravnih virov iz 21. člena. Relevantna so predvsem načela, ki jih sodišče izvede iz notranjih zakonodaj posameznih pravnih sistemov. V izbranih pravnih redih razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo pozna-

¹⁰² Sodba sodnega senata MKSJ, *Erdemović*, par. 14.

¹⁰³ O izogibanju izrazov, tipičnih za določen pravni sistem, glej na primer K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 2, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, C. K. Hall, nav. delo, str. 337, R. Merkel, nav. delo, str. 441, O. Lagodny, nav. delo, str. 820, K. Ambos, nav. delo (2008), str. 172.

¹⁰⁴ Sodbi Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200, in *Krupp*, str. 1438.

jo v Nemčiji, Avstriji in na Hrvaškem. V Združenih državah Amerike načeloma ne poznajo opravičljive skrajne sile. Ali lahko na podlagi tega razvijemo splošno pravno načelo? Argument za pritrdilni odgovor bi bil, da razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, čeprav izvira iz kontinentalnega pravnega sistema, počasi prodira tudi v pravne sisteme *common law*, čeprav praktičnih posledic tega razlikovanja še ni. Vendar pa obstajata vsaj še islamski in azijski pravni sistem, ki v tem članku nista obravnavana. Zato ne morem reči, da bi kot splošno načelo lahko oblikovali razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Prav tako tega ni mogoče trditi za mednarodno običajno pravo, saj je bilo že omenjeno, da v preteklosti v sodni praksi mednarodnih sodišč že razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti ni bilo uveljavljeno.¹⁰⁵ Poleg tega je glavna omejitev že urejena oblika skrajne sile, ki je kompromis med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

Edina primera, ki sem ju sploh našla in v katerih je uporaba terminov upravičljiva in opravičljiva skrajna sila dosledna, sta primera Vrhovnega sodišča britanske okupacijske cone v Nemčiji po drugi svetovni vojni. V teh primerih je sodišče zavrnilo uporabo upravičljive in tudi opravičljive skrajne sile v primeru usmrtitev duševnih bolnikov ter dovolilo kvečjemu odpust kazni. Treba pa se je zavedati, da je sodišče v tem primeru uporabljalo nemško pravo, zato je bilo razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo tudi mogoče.¹⁰⁶

Kot je bilo že rečeno, je bilo doslej v praksi mednarodnega kazenskega prava relevantnejše razlikovanje med skrajno silo ter silo in grožnjo pod vplivom pravnih sistemov *common law*.

3.2. Vpliv sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja

Ugotovitev, da mednarodno kazensko pravo ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, vpliva tudi na to, kakšen vpliv ima sila in grožnja na splošni pojem kaznivega dejanja.

V dosedANJI sodni praksi mednarodnega kazenskega prava ali pravnih aktih so bili izrazi, ki bi lahko pomenili razloge upravičenosti in opravičenosti, uporabljeni zelo površno in nedosledno ali sploh niso bili uporabljeni ali pa je sodišče uporabilo splošne izraze, ki naj pomenijo neobstoj kaznivega dejanja, ne povejo pa natančneje, kateri element je izključen. V mednarodnem kazenskem pravu torej ni relevantno, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja je izključen, in to tudi ne prinaša različnih oprostilnih sodb ali drugih pravnih posledic.

¹⁰⁵ Sodba Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200.

¹⁰⁶ *Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, 1950, str. 121, 122, *Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, 1948, str. 331.

Zato je že *a priori* izključena možnost več vrst skrajne sile. V mednarodnem kazenskem pravu ni razlikovanja med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo, saj niti vpliv ene vrste skrajne sile ter sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja ni relevanten in se o njem ne razpravlja. Razprava še vedno poteka na nižji ravni, in sicer glede vprašanja, ali ta dva instituta pomenita »popolno obrambo« (angl. *complete defence*) v smislu zanikanja obstoja kaznivega dejanja ali pa zgolj olajševalno okoliščino pri odmeri kazni. Zdaj je z ureditvijo teh institutov v Rimskem statutu vsaj v postopkih pred MKSJ to vprašanje dokončno razrešeno. Skrajna sila ter sila in grožnja sta instituta, ki vplivata na obstoj splošnega pojma kaznivega dejanja, kar je bilo tudi prevladujoče stališče dosedanje sodne prakse in ureditev.¹⁰⁷

Primerjalnopravno gledano sta sila in grožnja vsaj v izbranih pravnih sistemih večinoma razloga opravičenosti. V pravnih sistemih *common law* sta samostojen institut, v izbranih kontinentalnih pa se zanju uporabljajo pravila opravičljive skrajne sile (razen na Hrvaškem, kjer gre za uporabo pravil upravičljive ali opravičljive skrajne sile).

V mednarodnem kazenskem pravu pa lahko govorimo samo o tem, katere (nezanesljive!) izraze je posamezno sodišče do zdaj uporabilo. Glede sile in grožnje lahko ugotovimo, da je Nürnberško sodišče uporabilo izraz razlog opravičenosti (angl. *excuse*),¹⁰⁸ MKSJ tudi,¹⁰⁹ oziroma je odločilo, da je izključen subjektivni element kaznivega dejanja, iz Komentarja Osnutka zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva pa je razvidno, da je sila in grožnja v njem razumljena kot tipični predstavnik razlogov opravičenosti.¹¹⁰

Kot je bilo že rečeno, Rimski statut uporablja besedno zvezo, da storilec ni kazensko odgovoren, kar naj bi pomenilo, da storilec ne odgovarja za kaznivo dejanje, oziroma da kaznivega dejanja ni, nič pa ne pove o tem, kateri element kaznivega dejanja je izključen. Zato zgolj na podlagi tega ni mogoče sklepati o natančnejšem učinku teh institutov.

¹⁰⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Alekskovski*, par. 54. Če pa pogoji za posamezen institut niso popolnoma izpolnjeni, potem gre lahko za olajševalno okoliščino pri odmeri kazni, a ta odločitev tudi ni avtomatična. Za MKSJ glej na primer K. Kudo, nav. delo, str. 92, sodbe pritožbenega senata MKSJ *Blaškić*, par. 769, *Jelišić*, par. 101, ločeno mnenje sodnika Shahabuddeena v *Vasiljević*, par. 41, sodbe sodnega senata MKSJ *Bralo*, par. 53, *Todorović*, par. 111, *Delalić*, *Mučić*, *Delić*, *Landžo*, par. 1229, D. Korošec, D. Zagorac, M. Ambrož, nav. delo, str. 149.

¹⁰⁸ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467.

¹⁰⁹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 42.

¹¹⁰ Komentar osnutka zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva, 1996, str. 39.

Zaradi nezanesljivosti izrazov, uporabljenih v sodni praksi, je le na podlagi jezikovne razlage nesmiselno in nezanesljivo govoriti o tem, kateri element izključuje sila in grožnja.

Na to, kateri element kaznivega dejanja je izključen, bi bilo sicer mogoče posredno sklepati iz (so)razmerja med grožnjo in povzročeno škodo, ki so jo sodišča zahtevala v svoji sodni praksi. Na podlagi kontinentalne pravne teorije namreč velja, da če storilec pri odvrčanju nevarnosti povzroči manjšo škodo od tiste, ki je grožila, gre za upravičljivost ravnanja, če povzroči enako škodo, pa gre kvečjemu za opravičljivost storilca.

V dosedANJI sodni praksi je bilo za silo in grožnjo oblikovano merilo, da povzročena škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče, kar pomeni, da sta lahko tudi enaki.

V Rimskem statutu je način ureditve sorazmerja med grozečo in povzročeno škodo po mnenju večine (skrajno neposrečen) kompromis med razlogi upravičenosti in opravičenosti.¹¹¹ Gre za subjektivno merilo (storilec ni imel naklepa povzročiti večje škode od grozeče), ki po mojem mnenju onemogoča uporabo teorije diferenciacije. Če bi se oblikovalci odločili za objektivno merilo, bi se pri razlagi te določbe sodišče odločilo glede na predpisano sorazmerje in uporabilo ustrezno obliko skrajne sile; upravičljivo skrajno silo (če je nastala škoda manjša od grozeče) oziroma opravičljivo (če je nastala škoda lahko enaka grozeči). V vsakem primeru bi bilo lažje ugotoviti, s katero vrsto skrajne sile imamo opravka. Drugo vrsto pa bi lahko uporabili na podlagi kombinacije tretjega odstavka 31. člena 21. člena, torej v skladu s splošnimi načeli, ki jih je mogoče izvesti iz svetovnih pravnih sistemov. Tako bi sodišče lahko (podobno kot v avstrijski sodni praksi) uporabljalo obe vrsti skrajne sile, kar bi bilo relevantno predvsem za usmrtitve. Trenutno pa imamo sistem, v katerem se le na podlagi razmerja med grozečo in povzročeno škodo ni mogoče odločiti, kateri element kaznivega dejanja je izključen. Določba je po mojem mnenju neuporabna, onemogoča teorijo diferenciacije, saj vsebuje obe vrsti skrajne sile, a hkrati nobene dosledno in popolnoma.

Tretje merilo za razlikovanje med upravičenostjo in opravičenostjo bi lahko našli v razlikovanju, da gre pri upravičljivi skrajni sili za izbiro manjšega zla, pri opravičljivi pa za to, da pravo prizna slabotnost človeškega značaja in nravi ter je popustljivo do dejanj, ki so bila izvršena pod pritiskom. V nürnberških sodbah je tako pri skrajni sili kakor tudi pri sili in grožnji poudarek na tako

¹¹¹ G. Knoops, nav. delo, str. 59, J. D. Ohlin, nav. delo, str. 293, M. Neuner, nav. delo, str. 116, C. Kreß, nav. delo, str. 152, G. Fletcher, J. D. Ohlin, nav. delo, str. 122, K. Ambos, nav. delo (2008), str. 182, H. Satzger, nav. delo, str. 263.

imenovanem pomanjkanju možnosti moralne odločitve¹¹² oziroma na psihičnem pritisku, ki je značilen za opravičljivo skrajno silo. V sodni praksi MKSJ isto velja za silo in grožnjo, glede skrajne sile pa se ni izreklo.¹¹³ Na podlagi tega bi lahko sklepali, da gre za razloge opravičenosti.

V Rimskem statutu je tudi pri skrajni sili poudarek na pritisku na storilca in na dejstvu, da je storilec prav zaradi tega izvršil bit inkriminacije. Iz tega bi lahko sklepali, da gre za opravičljivo skrajno silo ter za opravičljivo silo in grožnjo. Ker so pogoji za oba instituta enaki, različen je le vir nevarnosti, je tudi po mojem mnenju razumljivo, da imata oba instituta enak učinek na obstoj kaznivega dejanja. Po vsem povedanem se zdi še najbolj razumno, da gre za izključitev krivde storilca. Izhodišče celotne določbe alineje d je namreč institut sile in grožnje. Sila in grožnja pa je v skladu z večinskim mnenjem v izbranih pravnih sistemih, pa tudi v (sicer nezanesljivi!) sodni praksi mednarodnega kazenskega prava razlog opravičenosti.

Glede na te argumente in predvsem glede na to, da je središče obravnavanja sila in grožnja ter da je splošnejša skrajna sila le kot oddaljeni satelit, ki lebdi okoli sile in grožnje, menim, da je najbolj prepričljiva odločitev, da gre pri teh dveh institutih v Rimskem statutu kvečjemu za razloge opravičenosti.

Pri tem pa je treba še enkrat opozoriti, da ta izpeljava temelji na nekaj sodnih odločitvah, ki so splošne, izrazi pa nejasni in nedosledno uporabljeni, zato je lahko vsaka odločitev predmet nasprotnih argumentov. Kljub temu po mojem mnenju najprepričljivejši argumenti podpirajo opravičenost storilca. Proti temu ravnanju ima žrtev pravico do silobrana, ravnanja drugih udeležencev so protipravna, morebitni obstoj razlogov opravičenosti pa se presoja pri vsakem posebej.

4. SKLEP

Kratka primerjalnopravna analiza pravnih sistemov (britanskega, ameriškega, nemškega, avstrijskega in hrvaškega) je pokazala mnoge razlike med pravnimi sistemi *common law* na eni strani in kontinentalnimi na drugi. Vse te razlike pri razbremenilnih institutih po mojem mnenju izhajajo iz poenostavljenega splošnega pojma kaznivega dejanja v pravnih sistemih *common law* (objektivni in subjektivni elementi) in sistematično izdelanega splošnega pojma kaznivega dejanja v kontinentalnih, zlasti v nemškem pravnem sistemu (ravnanje, bit inkriminacije, protipravnost, krivda, zdaj tudi kaznivost?). Še več, če pravni

¹¹² Glej sodbe Nürnberskega sodišča *Flick, Krupp, Einsatzgruppen, IG Farben*.

¹¹³ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Aleksovski*, par. 54.

sistemi *common law* temeljijo na dvojici kaznivo dejanje in obramba (angl. *offence-defence*), pa kontinentalni sistemi obravnavanja razlogov upravičenosti in opravičenosti ne skrčijo le na procesno obravnavanje učinkov teh institutov (to je oprostilna sodba oziroma učinek na kazen), temveč jih obravnavajo sistematično, po določenem (pomembnem) vrstnem redu in predvsem v povezavi z elementom splošnega pojma kaznivega dejanja, ki ga posamezni institut izključuje. Ta element namreč določa tudi vrstni red obravnavanja razbremenilnih institutov.

Iz tega tudi izhaja, da se v kontinentalnih pravnih sistemih daje velik poudarek dejstvu, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja je z določenim institutom izključen. Vsakemu institutu se določi njegov učinek na splošni pojem kaznivega dejanja in njegove posledice. Zato ti sistemi razlikujejo med razlogi upravičenosti (ki izključujejo protipravnost) in opravičenosti (ki izključujejo krivdo). To razlikovanje ima učinek ne le v teoriji, temveč tudi v praksi, zlasti glede pravice do silobrana ter posledic za udeležene pri tem ravnanju. Zato lahko ti sistemi tudi poznajo različne oblike oprostilnih sodb. Pravni sistemi *common law* pa temu razlikovanju ne namenjajo veliko pozornosti. Bistveno je vprašanje, ali ima posamezni institut tak učinek, da povzroči oprostilno sodbo, oziroma ali gre za popolno obrambo (angl. *complete defence*), ne pa, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja izključuje. Gre torej za procesni način obravnavanja teh institutov. Kljub temu v zadnjem času v pravnih sistemih *common law* počasi priznavajo različne učinke razlogov upravičenosti in opravičenosti. Za zdaj to poteka (deloma) le v teoriji materialnega kazenskega prava, ne pa tudi v odločitvah sodišč.

Vse te razlike seveda vplivajo tudi na mednarodno kazensko pravo, saj se sodišče v konkretni odločitvi pa tudi pisci statutow in drugih relevantnih pravnih virov v primeru pravnih praznin najprej obrnejo na pravo, ki ga poznajo, to je pravo njihovih pravnih sistemov, kar potem skušajo nadgraditi v bolj ali manj posrečen kompromis na mednarodni ravni.

Tako je v mednarodnem kazenskem pravu po mojem mnenju osrednja težava spet dejstvo, da ta tako kot pravni sistemi *common law* ne razlikuje jasno in dosledno med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Če pa se že pojavi stališče, ki to razlikovanje zagovarja, je to stališče le teoretično in nima pravnih posledic v konkretni sodni odločitvi. To potegne za seboj probleme glede naklepnih usmrtitev, glede katerih je MKSJ sprejelo jasno stališče, da se v tem primeru ni mogoče sklicevali na silo in grožnjo zaradi kriminalitetnopolitičnih usmeritev in moralnih načel mednarodnega kazenskega prava. Rimski statut te omejitve sicer ne pozna, je pa nerazlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti mogoče zaslediti v (milo rečeno) nenavadno oblikovanem razmerju med grozečim in povzročenim zlom. To razmerje je oblikovano subjektivno (re-

levantna je vsebina storilčevega naklepa) in ne objektivno (dejansko zlo, ki je grozilo, in zlo, ki je dejansko nastalo). Ta subjektivni pogoj naj bi pomenil kompromis med upravičljivo skrajno silo (ki temelji na izbiri manjšega zla) in njenim objektivnim testom ter med opravičljivo silo in grožnjo (pri kateri to sorazmerje ni relevantno, gre pa za pritisk na storilca) in njeno subjektivno naravo, meni pa se zdi iz več razlogov neprimeren. Najprej zato, ker kaže, da Rimski statut še vedno ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti oziroma temu razlikovanju ne pripisuje pravnih posledic, če jih je pripravljen združiti v en sam institut. Ta združitev sama po sebi onemogoča razlikovanje učinkov razlogov upravičenosti in opravičenosti. Test je tudi neuporaben in nepraktičen, saj je treba dokazovati vsebino storilčevega naklepa in dejansko povzročeno zlo, kar je zelo težko, poleg tega pa gre tudi za primerjanje dveh različnih ravni; subjektivne (v smislu vsebine storilčevega naklepa) in objektivne (v smislu dejansko povzročene škode). Taka kompromisna rešitev onemogoča uporabo dodatne oblike skrajne sile na podlagi drugih pravnih virov, ki jih lahko uporabi MKS, saj so oblikovalci dve obliki skrajne sile skombinirali že v oblikovani alineji d. S tem sta v Rimskem statutu vsebovani obe obliki skrajne sile, a vsaka le deloma. *A contrario* torej neuporabljene oblike skrajne sile, ki bi jo MKS uporabilo na podlagi tretjega odstavka 31. člena Rimskega statuta, ni.

Način oblikovanja in vsebina te kompromisne določbe kaže tudi na to, da mednarodna kazenska ureditev še vedno izhaja iz sile in grožnje kot osrednjega instituta, splošnejša skrajna sila pa je le dopolnilni in subsidiarni institut. To je v nasprotju s kontinentalnim dojemanjem, po katerem je sila in grožnja specialnejši institut in se zato zanjo uporabljajo pravila skrajne sile, in ne nasprotno.

Zato predlagam, da bi bilo tudi v mednarodno kazensko pravo treba vpeljati razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti. To bi rešilo mnoge dosedanje težave, zlasti tiste v povezavi z naklepnimi usmrtitvami, saj bi namesto dveh skrajnih rešitev (upravičenje ravnanja ali obsodilna sodba) dopustili tudi zgolj opravičenje storilca in oprostilno sodbo. S tem se seveda da prednost rešitvam iz kontinentalnih pravnih sistemov, a menim, da izbira rešitev iz enega samega pravnega sistema niti ni tako sporna, saj je s tem mogoče doseči tudi namene *a priori* prepovedi iz pravnih sistemov *common law* (preprečevanje zlorab pri sklicevanju na silo in grožnjo). To je mogoče nadzorovati z ustrezno oblikovanim testom sorazmernosti in nujnosti ravnanja.

Pri tem je manj pomembno, ali gre za uvedbo upravičljive skrajne sile in opravičljive sile in grožnje ali pa upravičljive in opravičljive skrajne sile, čeprav se mi zdi slednja rešitev pravilnejša. V vsakem primeru namreč zagovarjam splošnejšo rešitev. Menim namreč, da je opravičljiva sila in grožnja preveč specialen institut in da potrebuje mednarodno kazensko pravo tudi splošno

opravičljivo skrajno silo, ki bi zajela konkretne dejanske stanove, ki jih sila in grožnja ne. Med temi so najpomembnejše naklepne usmrtitve, pri katerih pa ni bilo neposredne grožnje, ampak druga nevarnost za življenje in telo.

Zato bi bilo treba preoblikovati tudi sedanje razmerje med grozečo in povzročeno škodo, in sicer v objektivno, ki temelji na razmerju med dejansko grozečo škodo in škodo, ki je bila dejansko povzročena.

Literatura

- Adolf Schönke, Horst Schroeder: *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.
- Adrian Eugen Hollaender, Christoph Mayerhofer: *Grundlagen des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil 1*, Studien Verlag, Innsbruck 2007.
- Albin Eser, Helmut Kreicker: *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*. 1. knjiga, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2003.
- Aleš Velkaverh: *Primerjalni pregled instituta skrajne sile v kazenskem pravu*, v: *Pravnik*, 126 (2009) 9-10, str. 517–538.
- Andrew Alexander Bowers: *A concession to humanity in the killing of innocents – validating the defenses of duress and superior orders in international law*, v: *Windsor Review of Legal and Social Studies*, (2003a) 1, str. 31–72.
- Andrew Alexander Bowers: *Duress, necessity and the taking of innocent life: special challenges facing English, Canadian and international criminal law, a thesis submitted to the Faculty of Law in conformity with the requirements for the degree of master of laws*. Queen's University Kingston, Ontario, Canada, 2003b.
- Antonio Cassese, Paola Gaeta, R. W. D. Jones: *The Rome statute of the International criminal court: a commentary*. 1. in 2. knjiga, Oxford University Press, Oxford 2002.
- August von Knieriem: *Nürnberg, rechtliche und menschliche Probleme*. E. Klett, Stuttgart 1953.
- Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić: *Komentar kaznenog zakona*. 3. izdaja, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Beth Van Schaack, Ronald C. Slye: *International criminal law & its enforcement: cases and materials*. Foundation Press, New York 2007.
- Cherif M. Bassiouni: *The legislative history of the ICC: an article by article evolution of the statute*. 2. knjiga, Transnational Publishers, New York 2005.
- Christiane Nill-Theobald: *»Defenses« bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts*. Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1998.
- Christopher Keith Hall: *The fifth session of the UN Preparatory committee on the establishment of an international criminal court*, v: *The American Journal of International Law*, (1998) 2, str. 331–339.

- Christopher M. Henson: Superior orders and duress as defenses in international law and the International criminal tribunal for the former Yugoslavia, paper, University of North Texas, Department of political science, 2004 <www.unt.edu/honors/eaglefeather/2004_Issue/HensonC4.shtml> (10. 1. 2012).
- Christopher M. Clarkson, H. M. Keating: Criminal law: text and materials. 4th ed., Sweet and Maxwell, London 1998.
- Claus Kreß: War crimes in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice, v: Israel Yearbook on Human Rights 2000, str. 142–157.
- Damjan Korošec, Dean Zagorac, Matjaž Ambrož: Mednarodno kazensko pravo, praktikum. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006.
- Damjan Korošec: Sila in grožnja – razlikovanje izključenosti protipravnosti od izključenosti krivde, v: Pravnik, (1994) 1-3, str. 73–81.
- Diethelm Kienapfel, Frank Höpfel: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2007.
- Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly: The permanent International criminal court – legal and policy issues. Hart Publishing, Oxford 2004.
- Elies van Sliedregt: Defenses in international criminal law, prispevek na konferenci Convergence of criminal justice systems; Building bridges bridging the gap, The International Society For The Reform Of Criminal Law. 17th International Conference, Haag, 25. avgust 2003.
- Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen: Strafsenat Ur. StS 161/49 (1950), 2. knjiga.
- Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen: Strafsenat Ur. StS 19/49 (1948), 1. knjiga.
- Geert Jan Alexander Knoops: Defenses in contemporary international criminal law. 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.
- George Fletcher, Jens David Ohlin: Defending humanity. Oxford University Press, New York 2008.
- Günther Jakobs: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Walter de Gruyter, Berlin 1983.
- Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Dunckler & Humblot, Berlin 1996.
- Hector Olasolo: Unlawful attacks in combat situations: from the ICTY's case law to the Rome statute. Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2008.
- Human Rights Watch: Genocide, war crimes and crimes against humanity – a topical digest of the case law of the International criminal tribunal for the

- former Yugoslavia, 2006, <[www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22538,4565c25f443,44c9ed244,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/topic/4565c22538,4565c25f443,44c9ed244,0.html)> (8. 1. 2012).
- Ivo Josipović, Davor Krapac, Petar Novoselec: Stalni mednarodni kazneni sud. Narodne novine, Zagreb 2001.
- Jens David Ohlin: The bounds of necessity, v: *Journal of International Criminal Justice*, (2008) 2, str. 289–308.
- Joecks Wolfgang, Klaus Miebach: Münchner Kommentar Strafgesetzbuchs, Nebenrecht III, Völkerstrafgesetzbuch. Verlag C. H., München 2009.
- John C. Smith: *Smith & Hogan Criminal Law*. 10th ed., Buttersworth Lexis Nexis, London 2002.
- Jordan J. Paust: My Lai and Vietnam: norms, myths and leader responsibility, v: *Military Law Review*, (1972) 57, str. 99–187.
- Kai Ambos: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung. 2. Auflage, Dunckler & Humblot, Berlin 2004.
- Kai Ambos: General principles of criminal law in the Rome statute, v: *Criminal Law Forum*, (1999a) 1, str. 1–32.
- Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*. 2. Auflage, Verlag C H Beck, München 2008.
- Kai Ambos: Remarks on the general part of international criminal law, v: *Journal of International Criminal Justice*, (2006) 4, str. 660–673.
- Kai Ambos: Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit – historische Hintergründe und erste Urteile, v: Lüdersen, K.: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1998, str. 377–412.
- Kai Ambos: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, eine Analyse des Rom-Statuts, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (1999b) 1, str. 175–211.
- Koji Kudo: Command responsibility and the defense of superior order, the thesis submitted for the degree of doctor of philosophy at the university of Leicester, University of Leicester 2007.
- Kristian Kühl: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Auflage, Verlag Vahlen, München 2005.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Katja Filipčič, Matjaž Ambrož: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Katja Filipčič, Vid Jakulin: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.

- Marcus Korte: Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2004.
- Matjaž Ambrož: A need for differentiation between justification and excuse in international criminal law, v: Kruessmann, T.: ICTY – fair trial?. Neuer Wissenschaftlicher Verlag; Antwerpen 2008.
- Matthias Neuner: National legislation incorporating international crimes: approaches of civil and common law countries. Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin 2003.
- Nash Susan, Ilias Bantekas: International criminal law. 3rd ed., Routledge Cavendish, London 2007.
- Natalia M. Restivo: Defense of superior orders in international criminal law as portrayed in three trials: Eichmann, Calley and England, Cornell law school graduate student papers, 2006 <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lps_papers> (19. 1. 2012)
- Otto Lagodny: Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (2001) 1, str. 800–826.
- Otto Triffterer, Christian Rosbaud, Hubert Hinterhofer: Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1. knjiga, Lexis Nexis, Dunaj 2009.
- Otto Triffterer: Commentary on the Rome statute of the International criminal law: observers' notes, article by article. 2nd ed., C. H. Beck, Hart, Nomos, München 2008.
- Petar Novoselec: Opći dio kaznenog prava. 2. izdaja, Sveučilišna tiskara, Zagreb 2007.
- Peter Rowe: Duress as a defense to war crimes after Erdemović: a laboratory for a permanent court?, v: Yearbook of International Humanitarian Law 1998, str. 210–228.
- Reinhard Merkel: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (2002) 2, str. 437–454.
- Satzger Helmut: Internationales und Europäisches Strafrecht. 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2009.
- Scaliotti Massimo: Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1, v: International Criminal Law Review, (2001) 1, str. 111–172.
- Schabas William: Genocide in international law; the crime of crimes. 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge 2009.

- Suzannah Linton, Caitlin Reiger: The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* 2001, str. 167–212.
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The High Command case, Hostages case, 11. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The Flick case, 6. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The Einsatzgruppen case, the Rusha case, 4. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg military tribunals: IG Farben case, 8. knjiga, <www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg military tribunals: The Krupp case, 9. knjiga, <www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- UN war crimes commission (1949): Law reports of trials of war criminals, digest of laws and cases, 15. knjiga, HMSO, London.
- Valerie Epps: The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or face death himself, v: *New England Law Review*, (2002–03) 4, str. 987–1013.
- Vasilka Sancin, Dominika Švarc, Matjaž Ambrož: *Mednarodno pravo oboroženih spopadov. Poveljstvo za doktrino, razvoj, izobraževanje*, Ljubljana 2009.
- Way R. LaFave, Austin W. Scott: *Substantive criminal law*. 1. knjiga, West Publishing, Minnesota 1996.
- Wolfgang Joecks, Miebach Klaus (2003): *Münchener Kommentar: Strafgesetzbuch §§ 1–51*. 1. knjiga, Verlag C. H., München. (Münchener Kommentar §§ 1–51)
- Yoram Dinstein, Mala Tabory: *War crimes in international law*. Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1996.
- Yoram Dinstein: *International criminal law*, v: *Israel Law Review*, (1985) 2-3, str. 206–242.
- Yoram Dinstein: *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge University Press, Cambridge 2004.

THE DEFENCE OF DURESS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Sabina Zgaga,

PhD, Assistant Professor for Criminal Law, Faculty of Criminal Justice and Security, University of Maribor

Duress is a defence, which covers cases where the perpetrator fulfils definition of a criminal act in order to divert from him or another person a threat. This threat is diverted towards a third, innocent person. Duress has a similar structure to necessity, but is its *lex specialis*, because it deals with a threat, which is a narrower term than the more general danger with necessity, since the source of a direct threat can only be a human. But the basic structure is the same, that is why in civil law systems the rules of (all forms or just the excusable) necessity apply also to duress. On the other hand the common law systems consider duress a central and independent defence, which was also acknowledged much earlier than the more general necessity and which has consequently a completely separate regulation.

Duress was regulated for the first time in international criminal law in the Rome Statute. The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia's (ICTY) Statute did not regulate it, but it was mentioned in the Report of the secretary general in connection to superior order and was therefore also applied in connection to this defence. However, ICTY can take into consideration also general principles, derived from world legal systems. The Nuremberg Statute also did not regulate duress, therefore it was again mostly applied in connection to superior order.

The mentioned tribunals have not analysed individual conditions of this defence in a detailed manner. Contrary, certain conditions are analysed very sporadic and unsystematically. The conditions of duress in the Rome Statute are coherent with the case-law of previous international criminal court, except in regard to the quantitative relationship between the threat and its diversion. Namely, according to the Rome Statute, a person shall not be criminally re-

sponsible if, at the time of that person's conduct the conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the ICC has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, made by other persons, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided.

According to the Rome Statute it is therefore not important, what kind of threat the perpetrator actually causes, but the content of his intent. The perpetrator should not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. The other two international tribunals have not accepted a subjective, but an objective relation between the harm done and the harm threatened. In my opinion is the subjective condition from the Rome Statute completely incomprehensible and useless and prevents a clear answer to the questions, which element of a criminal act is excluded by this defence, what is its influence on the criminal act.

As for the influence of duress on the existence of a criminal act, it must first be established that the international criminal law unfortunately does not differentiate between the justifications and excuses. Most of the statutes and case-law does not even recognise all possible defences, but are mostly left to be applied on the basis of the general principles, derived from national legal systems. Therefore, also the effects of defences are not defined appropriately. It has always been more important, whether a certain defence is a complete defence or not.

The Nuremberg tribunal for example applied different terms in a very unsystematical and sporadic manner, which leads us to the conclusion that this tribunal did not differentiate between justification and excuse.

The ICTY has not dealt much with this question either. In its main duress case the trial and appellate chamber discussed only the question, whether the duress is a complete defence or not. Based on its case-law it is impossible to reach the conclusion that the tribunal differentiates between justification and excuses.

Article 31 of the Rome Statute, which is central for the discussion of defences in the system of the Rome Statute and ICC, is titled »grounds for excluding criminal responsibility«. This is a general term, which should cover most of the relevant substantive criminal law elements, which exclude elements of a criminal act and consequently the criminal act itself. Article 31 regulates defences, which are typical justifications (for example self-defence), as well as defences, which traditionally influence the existence of guilt (for example mental inca-

capacity). According to this also the Rome Statute does not differentiate between justification and excuse and does not give specific defences their specific effect.

Notwithstanding, it is clear that duress is a complete defence. From the comparative point of view it is mostly regulated as an excuse, however, in connection to duress the Rome Statute uses the term that the perpetrator is not criminally responsible, which means that there is no criminal act, but there is no implication, which element of a criminal act is excluded. Consequently, it is not possible to conclude directly, which element of a criminal act is in fact excluded. This question could be answered indirectly from the relation between the harm, which threatened, and the harm, which was caused, as it has been defined. Namely, according to the civil law systems it stands that if the perpetrator caused lesser evil than the one sought to be avoided, we could be dealing with a justifiable necessity or a justification. And on the other hand, if the evils are the same, we are dealing utmost with the excusable perpetrator.

According to the prevalent opinion the relation between the harms in the Rome Statute represents a (very unsuccessful) compromise between justification and excuse, which makes it impossible to use the theory of differentiation between the justifiable and excusable necessity. If the drafters had used the objective condition, according to which the perpetrator should cause harm lesser than the one sought to be avoided or equal, it would have meant a certain type of necessity according to the defined relation (justifiable if the caused harm is lesser than the one that threatened and excusable, if the harms are equal). In any case, it would be obvious, with which type of necessity we are dealing with. Now, however, a more specific effect of duress cannot be defined.

One element of distinction between justification and excuse could also be in differentiation that justification focuses on the choice of lesser evil and the excuse necessity on the acknowledgement of a weakness of human personality and the pressure, under which the criminal act was committed. In the Rome Statute the emphasis is on the threat towards the perpetrator and on the pressure. Also, duress is in the centre of attention of this provision and not necessity. Duress is an excuse also according to the prevalent case-law of the international criminal law. Therefore, it is safe to assume that article 31/I-d of the Rome Statute introduces an excuse.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 341.4:343.226

ZGAGA, Sabina: Institut sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu**Pravnik, Ljubljana, 2013, let. 68 (130), št. 1-2**

Na institut sile in grožnje se storilec dejanja lahko sklicuje, ko oseba nad njim izvaja silo, ki pa se ji je mogoče fizično upreti (torej ni absolutna), a je zaradi nje in pod njenim vplivom izvršil dejanje, ki izpolnjuje vse zakonske znake kaznivega dejanja, in grožnjo. Grožnja pomeni psihično prisilo, saj tretja oseba storilcu pove, kaj ga čaka, če ne bo izvršil dejanja z znaki kaznivega dejanja, obe pa tretja oseba izvaja nad storilcem s posebnim namenom neposredno prisiliti storilca, da bi izvršil tako dejanje. V članku predstavim ureditev sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu. V uvodnem delu predstavim ureditev elementov sile in grožnje, kakor je razvidna iz ureditve v Rimskem statutu, statutu ter sodni praksi Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) in statutu ter sodni praksi Nurnberškega sodišča. V nadaljevanju pa skušam ugotoviti, kakšen je vpliv sile in grožnje na obstoj kaznivega dejanja v mednarodnem kazenskem pravu.

Review Article

UDC: 341.4:343.226

ZGAGA, Sabina: The Defence of Duress in International Criminal Law**Pravnik, Ljubljana, 2013, Vol. 68 (130), No. 1-2**

Duress is a defence in substantive criminal law. The defendant claims that he was exposed to a force or threat of force, because of which he committed the crime. The force is not *vis absoluta*, which means that it could have been possible to resist it, but it still had such an influence on the perpetrator. Threat is a mental force. The perpetrator is namely told, which negative consequences await him, if he does not commit the criminal act. The article focuses on the regulation of duress in international criminal law. In introductory part the regulation of its elements is analysed, as they can be interpreted from the Rome Statute, Statute and case-law of International Tribunal for the Former Yugoslavia and Statute and case-law of the Nuremberg Tribunal. In its conclusion the article discusses the effect of duress on the existence of criminal act in international criminal law.