

RÉSUMÉ.

Crimes de guerre : la jurisprudence criminelle des conflits armés

L'objet principal du droit des conflits armés, aussi bien *jus ad bellum* que *jus in bello*, est d'éviter ceux-ci, ou au moins d'en dissuader. Le respect de ces règles repose en grande partie sur les pressions de l'opinion publique internationale, tandis que l'instrument répressif se voit nettement relégué au second plan. Le fait qu'un « Crime de guerre » se produise est en soi symptomatique d'un échec de la régulation juridique internationale, mais la possibilité pratique de violations ne peut être écartée et la question d'une jurisprudence criminelle de la guerre garde tout son sens dès lors qu'on ne peut nier cette éventualité.

L'idée de faute coupable est au cœur d'une réglementation juridique, et le concept de faute de guerre est beaucoup plus ancienne que les règles modernes des conflits armés. D'anciens exemples d'action contre des « criminels de guerre » ne manquent pas mais tendent à traduire plutôt un désir de vengeance sur les ennemis. Le procès de Peter von Hagenbach en 1474 pour son gouvernement atroce sur Breisbach pendant son occupation bourguignonne contenait d'intéressants aspects modernes mais doit être considéré atypique.

Après la Première Guerre Mondiale, les Forces Alliées proposèrent de juger un nombre important de personnes relevant des Forces d'Europe Centrale sur base d'accusations basées sur de prétendues violations des règles de conflits armés devant un tribunal en apparence similaire à celui ultérieur de Nuremberg. Cette manœuvre était par tant d'aspects tellement teintée du zèle des vainqueurs qu'on peut rétrospectivement se réjouir que sa portée ait été limitée par l'absence de plusieurs des accusés les plus notoires. Un nombre de poursuites se déroulèrent en Allemagne, en ce y compris les affaires des « navires hôpital » *Dover Castle* et *Llandoverly Castle*. Les alliés se dirent intatisfaits des résultats mais ces procès ont sans doute été conduits en toute justice et leurs conclusions gardent une certaine valeur encore aujourd'hui.

Après la Deuxième Guerre Mondiale, devant la preuve de très sérieuses violations des règles des conflits armés, il fallut instituer deux tribunaux internationaux *ad hoc*, à Nuremberg et à Tokyo. Il arrive que ceux-ci aient fait l'objet de contestations soulignant leur caractère arbitraire à raison de la violation du principe *nullum crimen sine lege* et d'une « justice des vainqueurs » discriminatoire. Quant au premier point, on se plaignait que des violations du droit international fussent jugées, non en l'état de ce dernier au moment des faits, mais par l'application rétrospective des constructions des pouvoirs vainqueurs.

Cette objection soulève aussi le problème épineux du traitement par des Etats des crimes de guerre commis par leurs propres nationaux. Les règles nationales du droit militaire, bien qu'elles le devraient, ne contiennent pas toujours l'interdiction des violations des règles des conflits armés. On relève quelques exemples de tels procès nationaux depuis 1945, parmi lesquels le plus fameux fut sans doute celui en Cour martiale, aux Etats-Unis, du 1^{er} Lieutenant William L. Calley à propos du massacre de My Lai au Vietnam. On pourrait ajouter que si d'après les termes de la III^e Convention de Genève de 1949, les prisonniers de guerre soupçonnés de crimes de guerre peuvent

être jugés par le pouvoir qui les détient, la chose est cependant rendue compliquée par de sérieux obstacles procédurales. En outre, dans tous les cas, il faut soigneusement éviter l'apparence — et la réalité — d'un acharnement, en se basant sur des fondements juridiques et pragmatiques. On a, à certaines époques, proposé une juridiction criminelle internationale, mais cela n'a encore jamais eu de succès et ne devrait pas en avoir tant que les Etats se prévaleront farouchement de la souveraineté nationale.

La violation des crimes de guerre présente quelques difficultés. En théorie, toute violation du *jus ad bello* ou du *jus in bello* peut être considérée « crime de guerre » mais, vu la gravité attachée au concept de « crime », une approche aussi radicale risquerait de nuire à l'idée. On a tenté de distinguer des catégories de « crimes de guerre », par exemple dans la Charte du Tribunal de Nuremberg, même si ces tentatives sont clairement liées aux circonstances spécifiques de leur création plutôt qu'à la jurisprudence spécifiques de leur création plutôt qu'à la jurisprudence générale. La liste des « violations graves » fournie par les Conventions (« Croix-Rouge ») de Genève de 1949 est sans doute d'usage plus général, bien que, par définition, limitée aux violations du droit humanitaire international. Il est possible que quelque formule générale vaguement inspirée du modèle « Nuremberg » serait utile. On suggère ceci comme formule acceptable :

« Un acte ou une pratique accomplis à l'occasion ou sous prétexte de conflit armé et constituant une violation grave des règles et coutumes de la guerre, y compris des méthodes et moyens de combat déloyaux et la perpétration de crime en combat lors de la rencontre de forces ennemies et les agressions envers les malades, les blessés, les naufragés, les prisonniers de guerre ou les populations civiles, même de territoires occupés ».

Ce modèle permettrait l'interprétation appropriée des violations effectives et spécifiques de dispositions ou principes, tenant compte des effets variables de *jus ad bellum* dans la conduite de conflits particuliers. Il pourrait aussi servir comme critère de sélection des violations à traiter comme « crime de guerre », ce qui est probablement un besoin plus important que celui de codifier des actes déjà qualifiés d'illégaux.

Avant d'entreprendre une quelconque procédure, l'investigation sera un préalable nécessaire. Les circonstances de 1945, encore une fois, étaient atypiques, et chacune à l'investigation des prétendues violations sur requête d'une partie dans un conflit armés. Le Protocole I de 1977, Additionnel aux Conventions de Genève de 1949, vise à renforcer cette disposition par la mise sur pied d'une commission d'Enquête Internationale pourvue d'une juridiction volontaire d'une part, et d'une autre opérationnelle et « obligatoire », cette fois. Certaines violations graves sont cependant soulevées à l'investigation du pouvoir détenant dans le cas de prisonniers de guerre. Ces dispositions, propres au droit humanitaire international, pourraient fournir un modèle de valeur pour des applications plus large.

Les diverses défenses possibles contre des accusations de crime de guerre, telles que « ordres supérieurs » et « impératif militaire » présentent d'évidentes difficultés mais semblent, dans le droit moderne, singulièrement limitées. Dans le premier exemple, les ordres ne suffiraient probablement plus à effacer une illégalité flagrante mais pourraient néanmoins toujours intervenir comme circonstances atténuantes en cas de forte pression coercitive. Quant à l'impératif militaire, il est encore reconnu mais d'une manière beaucoup plus limitée que dans la « maxime » *kriegsräson geht vor kriegsmanier*.

En conclusion, il faut résister à la tentation d'une nouvelle Convention sur les crimes de guerre. Le droit dans son état actuel est, pour ce qui est de ses dispositions expresses, largement adéquat, le problème se situant plutôt au niveau de son application, liée au besoin d'un critère adéquat pour définir les actes à retenir comme « criminels ». L'interdiction de certains actes, en soi, renforce le consensus à la base des standards de conduite civilisés. La punition de ceux qui violent des normes établies n'éliminera pas le mal causé, mais à le mérite de souligner la volonté des Etats de soutenir les normes de base et, grâce à cette volonté fondamentalement politique, la valeur non seulement de la jurisprudence criminelle mais aussi des règles générales des conflits armés gardera toute son effectivité dans la pratique.

SAMENVATTING.

Oorlogsmisdaden : strafrechtspraak omtrent gewapende conflicten

De wetgeving houdende van het gewapend conflict, zowel het *jus ad bellum* als het *jus in bello*, hebben als hoofddoel gewapende conflicten te vermijden of op zijn minst te verzachten. De naleving van die wetten steunt in de eerste plaats op de druk die de internationale publieke opinie hiervoor uitoefent, terwijl afgedwongen naleving slechts in ondergeschikte orde plaatsvindt. Het feit dat een « oorlogsmisdaad » zich voordoet, is op zich symbolisch voor de niet-naleving van het internationaal juridisch wetgevend kader, doch de reële kans dat oorlogsmisdaden kunnen voorkomen mag niet ontkend worden zodat onderzoek naar strafrechtspraak in dit gebied daarom betekenisvol blijft.

Het begrip « misdrijf door schuld » is inherent aan een wetgevend kader. Het concept van het oorlogsmisdrijf dateert dan ook van lang voor de moderne wetgeving houdende regulering van gewapende conflicten. Aldus ontbreekt het zeker niet aan vroege voorbeelden van procedures tegen « oorlogsmisdadigers » doch zij vonden hun voedingsbodem in grote mate in het eenvoudige verlangen wraak te nemen op de vijand. Het proces tegen Peter von Hagenbach in 1474 naar aanleiding van zijn schikbewind over Breisbach tijdens de bourgondische bezetting bevatte wel enkele interessante moderne procesaspecten maar moet als atypisch voor zijn tijd worden beschouwd.

Na W.O.I stelden de geallieerden voor om een aanzienlijk aantal personen van de centrale machten te berechten voor een rechtbank, ogenschijnlijk gelijk aan de latere rechtbank van Nuremberg, en dit op beschuldiging van beweerde overtredingen van het recht der gewapende conflicten. Dit voornemen was in die mate ingegeven door het vigilantisme van de overwinnaars dat — achteraf beschouwd — het een geluk mag heten dat de uitvoering ervan verhinderd werd door de afwezigheid van velen van de voornaamste beschuldigen. Een aantal vervolgingen werden uitgevoerd in Duitsland waaronder de *Dover Castle* en *Llandoverly Castle* « hospital ship » zaken. Over de uitspraken drukten de geallieerden hun ontevredenheid uit. Desalnietemin kan voor

deze processen gezegd worden dat ze op een faire wijze gevoerd zijn en dat het daar beslotene tot op vandaag een zeker belang heeft.

Na W.O. II, getuige van zeer ernstige inbreuken op het recht der gewapende conflicten, werd besloten tot de installatie van twee *ad hoc* internationale rechtbanken te Nurenberg en te Tokyo. Af en toe werden bezwaren geopperd tegen deze rechtzaken waarbij hun arbitrair karakter wordt beklemtoond vanwege de schending van het principe *nullum crimen sine lege* en de discriminerende «gerechtigheid van de overwinnaars».

Wat het eerste verwijt betreft, dient opgemerkt te worden dat de bekritiseerde misdrijven schendingen waren van het toen vigerende internationale recht, en dat zij niet het resultaat zijn van een terugblikkend onderzoek door de overwinnende partijen. Het tweede verwijt is relevanter en doet de steeds moeilijke vraag rijzen van de beoordeling van oorlogsmisdaden begaan door onderdanen, ingezetenen van de beoordelende staat. De nationale militaire wetgeving zou ervoor moeten zorgen dat de schending van de wetgeving der gewapende conflicten verboden kan worden. Dat is echter niet altijd het geval. Zo hebben er zich bijvoorbeeld sedert 1945 enkele nationale processen voorgedaan, waarbij een van de bekendste toch wel de krijgsraad van Eerste Luitenant William L. Calley in de USA volgend op het *My Lai bloedbad*, in Vietnam is. Men zou hier kunnen aan toevoegen dat, volgens de voorwaarden van de III^e Conventie van Genève van 1949, krijgsgevangenen die verdacht worden van oorlogsmisdaden berechtigd mogen worden door de macht die hen gevangen houdt. Dit gaat echter gepaard met ernstige procedurele moeilijkheden. Bovendien is het duidelijk dat men in al die gevallen zorgvuldig moet vermijden dat er zowel schijnbaar als in de realiteit slachtoffers worden gemaakt, dit terwille van juridische en/of pragmatische redenen. Men heeft daartoe reeds meerdere malen een internationale strafrechtspraak voorgesteld maar tot dusver zonder succes en het is heel waarschijnlijk dat de USA er zich zal blijven tegen verzetten omwille van, onder andere, de nationale souvereiniteit.

De definitie van oorlogsmisdaad geeft problemen. In theorie kan elke schending van het *jus ad bellum* en het *jus in bello* gezien worden als een «oorlogsmisdaad», maar gezien de ernst van het begrip «misdaad», riskeert een dergelijke benadering de draagkracht ervan in het gedrang te brengen. Er werden reeds pogingen ondernomen om de «oorlogsmisdaden» onder te brengen in bijvoorbeeld het Charter van de Nurenberg Rechtbank, doch deze pogingen waren duidelijk meer verbonden met specifieke omstandigheden waarin ze werden gecreëerd dan uit noodzaak voor de rechtspraak in het algemeen. De lijst van «grove inbreuken» van de «Red Cross» Conventies van Genève van 1949 is wellicht van meer algemeen belang, alhoewel zij volgens de definitie beperkt is tot de schendingen van het internationaal humanitair recht. Mogelijks is een of andere algemene formule, gebaseerd op het «Nurenberg model», bruikbaar. Onderstaande formule wordt als mogelijk gesuggereerd:

« Een daad of handelswijze uitgevoerd naar aanleiding van of voorgewend als een gewapend conflict, erin bestaande op erge wijze de wetten en gewoontes van de oorlogsvoering te overtreden, alsook het onwettelijk aanwenden van strijdmiddelen en -technieken en het begaan van misdrijven in de strijd tijdens ontmoetingen met de vijand, alsook misdrijven begaan tegen zieken, gewonden, schipbreukelingen, krijgsgevangenen en burgers, hieronder begrepen de bevolking van bezette gebieden.

Dit model zou een gepaste interpretatie toelaten van de eigenlijke inbreuken tegen de specifieke voorzieningen en principes, inclusief de variabele effecten van het *jus ad*

bellum bij de behandeling van specifieke conflicten. Het kan ook dienst doen als selectiecriteria voor de inbreuken die als «oorlogsmisdaden» moeten behandeld worden. Aldus biedt het waarschijnlijk meer antwoord dan als codificatie van daden die reeds als illegaal werden gecatalogeerd.

Voor een proces is adequaat onderzoek vereist. De omstandigheden van 1945 waren eens te meer te atypisch en elke Conventie van Genève van 1949 voorziet in akkoorden voor onderzoeken op verzoek van een in een gewapend conflict betrokken partij gedaan met betrekking tot beweerde inbreuken. Met het Protocol I van 1977, een aanvulling bij de Conventies van Genève van 1949, probeert men deze voorzieningen kracht bij te zetten door de oprichting van een Internationaal Fact Finding Commission (een internationale onderzoekscommissie) met een vrijwillige en een optionele à verplichte» beoordelingsbevoegdheid. Bepaalde grove inbreuken in het geval van krijgsgevangenschap blijven echter onderworpen aan onderzoek door de detinerende macht. Deze voorzieningen, eigen aan het internationaal humanitair recht zouden een model kunnen vormen voor bredere toepassingen.

De verscheidene gronden tot verdediging tegen beschuldigingen met betrekking tot oorlogsmisdaden, inclusief het «bevel van de meerdere» en de «militaire noodzaak», kennen specifieke moeilijkheden maar zijn in de moderne wetgeving duidelijk heel beperkt. In het eerstgenoemde voorbeeld zal het bevel waarschijnlijk niet meer volstaan om een flagrante onwettigheid te neutraliseren maar kan het toch als verzachtende omstandigheid worden ingeroepen in geval van ernstige dwang. Wat de militaire noodzaak betreft, zij is nog wel van kracht maar in een veel beperktere mate dan in «*maxim*» *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*.

Tenslotte zou de vraag naar een nieuwe «Conventie over oorlogsmisdaden» moeten worden afgeremd. De huidige wetgeving is grotendeels adequaat voor wat het normatief kader betreft. het probleem situeert zich voornamelijk op het vlak van de toepasbaarheid en daarbij aansluitend het vinden van een juist criterium om de daden die als «crimineel» moeten worden beschouwd te definiëren. Het verbieden van bepaalde daden op zichzelf verstrekt de consensus omtrent de «beschaafde» gedragsregelen. Bestrafing van zij die de gevestigde normen overtreden, zal niet alle schade wegnemen die werd veroorzaakt maar is finaal symptomatisch voor de wil van de staten om de fundamentele normen in stand te houden. Meer nog — en dit situeert zich op politiek vlak — zal niet alleen de strafrechtspraak maar ook het algemeen wetgevend kader van het recht der gewapende conflicten in de praktijk zijn waarde blijven behouden.

ZUSAMMENFASSUNG.

Kriegsverbrechen :**die Strafgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten**

Das Recht zur Regelung bewaffneter Konflikte, sowohl das *ius ad bellum* als auch das *ius in bello*, zielt im wesentlichen auf die Vermeidung, zumindest aber auf die Mäßigung bewaffneter Konflikte ab. Die Einhaltung dieses Rechts ist in hohem Maße von dem Druck abhängig, der von den Erwartungen der internationalen Gemeinschaft ausgeht; die Durchsetzung mit Hilfe von Zwangsmaßnahmen kann dabei nur von untergeordneter Bedeutung sein. Das Vorkommen eines « Kriegsverbrechens » ist an sich bereits symptomatisch für das Versagen internationaler Rechtsvereinbarungen, dennoch kann die pragmatische Möglichkeit von Verstößen nicht geleugnet werden, so daß die Frage nach einer Gerichtsbarkeit für den Kriegsfall Gültigkeit behält.

Der Gedanke der strafbaren Handlung ist untrennbar mit dem Erlaß rechtlicher Vorschriften verbunden, und der Begriff der strafbaren Handlung im Kriegsfall war bereits lange vor Einführung des modernen Kriegsvölkerrechts bekannt. Frühe Vorkommnisse von strafrechtlicher Verfolgung von « Kriegsverbrechen » sind in zahlreichen Fällen belegt; allerdings standen hier in der Regel primitive, gegen den Feind gerichtete Rachegefühle im Vordergrund. Die Gerichtsverhandlung, die im Jahre 1474 gegen Peter von Hagenbach wegen der von ihm in Breisdach während der Okkupation von Burgund errichteten Schreckensherrschaft geführt wurde, enthält einige faszinierend « moderne » Elemente, muß jedoch als atypisch angesehen werden.

Nach dem Ersten Weltkrieg hegten die Alliierten Mächte die Absicht, gegen eine beträchtliche Anzahl von Staatsangehörigen der Zentralmächte Verfahren wegen mutmaßlicher Verletzungen des Kriegsvölkerrechts anzustrengen und sie vor ein Tribunal zu bringen, das in seinen Grundstrukturen ähnlich wie das spätere Nürnberger Tribunal konzipiert war. Dieser Plan war jedoch in vielerlei Hinsicht durch die Selbstjustiz der Siegermächte bereits so bedenklich geworden, daß man im nachhinein nur von Glück sagen kann, daß der Prozeß wegen der Nichtverfügbarkeit vieler der prominentesten Angeklagten nicht zustande kam. In Deutschland wurde eine Reihe Strafrechtlicher Verfolgungen eingeleitet, darunter die in Verbindung mit den Lazarett-schiffen *Dover Castle* und *Llandoverey Castle* stehenden Fälle. Die Alliierten zeigten sich mit dem Ausgang dieser Fälle unzufrieden, dennoch läßt sich in der Tat behaupten, daß die Verhandlungen fair geführt wurden. Die Verhandlungsergebnisse haben bis zum heutigen Tag in gewissem Maße Gültigkeit behalten.

Nach dem Zweiten Weltkrieg führten Hinweise auf eklatante Verletzungen des Kriegsvölkerrechts zur Einsetzung von zwei internationalen *ad hoc*-Tribunalen in Nürnberg und Tokio. Gegen diese Verhandlungen sind hin und wieder — aus rein juristischen Gründen, wie betont wurde — Einwände laut geworden, im wesentlichen mit der Begründung, daß das Prinzip *nullum crimen sine lege* verletzt worden sei und die Siegermächte diskriminierende Justiz geübt hätten. Im Falle des ersten Einwands gilt, daß die angeführten Strafhandlungen zu dem Zeitpunkt, an dem sie verübt wurden, Verstöße gegen internationales Recht darstellten und nicht Ergebnis einer rückwirkenden manipulation der Siegermächte waren. Der zweite Einwand ist ernster zu nehmen, da er die ständig wiederkehrende Frage nach der Behandlung von

Kriegsverbrechen, die von eigenen Staatangehörigen verübt werden, aufwirft. Im nationalen Kriegsrecht sollte — obwohl dies in der Praxis nicht immer der Fall ist — das Verbot der Verletzung des Kriegsvölkerrechts festgeschrieben sein. Seit 1945 sind in einigen wenigen Fällen Gerichtsverfahren in nationaler Zuständigkeit durchgeführt worden, von denen das berühmteste wohl das Kriegsgericht war, vor dem sich First Lieutenant William L. Calley in den Vereinigten Staaten nach dem My Lai-Massaker in Vietnam zu verantworten hatte. Anzumerken wäre, daß nach dem Dritten Genfer Abkommen von 1949 Verhandlungen gegen Kriegsverbrechen verdächtige Kriegsgefangene auch durch die Gewahrsamsmacht eingeleitet werden können; jedoch gilt es bei einem solchen Vorgehen, erhebliche verfahrensrechtliche Schwierigkeiten zu bewältigen. In allen Fällen bedarf es sowohl aus rechtlichen als auch aus pragmatischen Gründen beträchtlicher Anstrengungen, um den Täter nicht als Opfer erscheinen oder real zum Opfer werden zu lassen. Zuweilen ist die Forderung nach einer internationalen Strafgerichtsbarkeit erhoben worden, bisher jedoch ohne Erfolg. Die einzelnen Staaten werden diesen Vorschlag aller Voraussicht nach auch mit Entschiedenheit ablehnen, **unter anderem** aus Gründen der nationalen Souveränität.

Die Definition des Begriffs Kriegsverbrechen bereitet Schwierigkeiten. Theoretisch kann jede Verletzung des *ius ad bello* und des *ius in bello* als Kriegsverbrechen angesehen werden, jedoch besteht angesichts des schweren Stigmas, das dem Begriff «Verbrechen» anheftet, die Gefahr, daß ein solch weitgefaßter Ansatz das eigentliche trivialisiert. Es sind Versuche einer Kategorisierung von «Kriegsverbrechen» unternommen worden, beispielsweise in der Chart des Nürnberger Tribunals, wobei diese Versuche allerdings eindeutig auf die besondere Umstände, unter denen die Verbrechen zustandekamen, nicht auf Normen der allgemeinen Rechtsprechung ausgerichtet waren. Die Aufstellungen der «schwerwiegenden Verstöße», die in der Genfer (Rote-Kreuz-) Abkommen von 1949 enthalten sind, mögen von größerem allgemeinem Nutzen sein, auch wenn sie gemäß Definition auf Verletzungen des humanitären Völkerrechts beschränkt sind. Als hilfreich könnte sich eine allgemein gefaßte, an die Nürnberg Vorlage angelehnte Formulierung erweisen. Als Vorschlag bietet sich etwa folgende Definition an:

«Im Rahmen oder unter dem Vorwand eines bewaffneten Konflikts verübte einzelne oder wiederkehrende Handlungen, die eine schwerwiegende Verletzung der Regeln und Gebräuche des Krieges darstellen, einschließlich des Einsatzes verbotener Kampfmittel und -methoden, der Verübung strafbarer Handlungen im Gefecht bei Feindberührung und Straftaten gegen Kranke, Verwundete, Schiffbrüchige, Kriegsgefangene sowie Zivilpersonen, u.a. auch gegen die Bevölkerung besetzter Gebiete».

Diese Definition bietet den Vorteil, daß sie Raum läßt für eine sachgerechte Einordnung der in der Praxis vorkommenden Verstöße gegen Bestimmungen und Grundsätze wie auch der unterschiedlichen Wirkungen des *ius ad bellum* im Rahmen einzelner kriegerischer Auseinandersetzungen. Darüber hinaus kann diese Definition als Auswahlkriterium für die Festlegung von Rechtsverletzungen herangezogen werden, die als «Kriegsverbrechen» zu werten sind — ein Aspekt, der möglicherweise von größerer Bedeutung ist als die Kodifizierung von Handlungen, die ohnehin als verboten eingestuft sind.

Die Einleitung etwaiger Verfahren setzt zweckdienliche Ermittlungen voraus. Die im Jahre 1945 herrschenden Bedingungen waren auch hier wiederum atypisch; jedes der im Jahre 1949 geschlossenen Genfer Abkommen sieht Zustimmungen zu

Ermittlungen vermeintlicher Rechtsverletzungen auf Antrag einer der kriegsführenden Parteien vor. Zusatzprotokoll I aus dem Jahre 1977 zu den Genfer Abkommen von 1949 sucht dieser Bestimmung durch die Einführung einer Internationalen Ermittlungskommission mit freiwilliger und — wahlweise — «Zwangs»-Gerichtsbarkeit Nachdruck zu verleihen. Die Untersuchung grober Rechtsverletzungen obliegt, soweit sie von Kriegsgefangenen begangen wurden, ohnehin der Gewahrsamsmacht. Diese Bestimmungen nehmen Bezug auf das internationale Völkerrecht, könnten jedoch auch als Vorlage für weitergefaßte Anwendungen von Nutzen sein.

Solche bei der Verhandlung von Kriegsverbrechen seitens der Verteidigung vorgebrachten Argumente wie «Befehl von oben» und «militärische Notwendigkeit» erweisen sich als äußerst problematisch, auch wenn sie nach heutigem Recht weit weniger bedeutsam sind. Der Hinweis auf Befehle von höherer Stelle würde heute möglicherweise als Entschuldigung für eklatante Rechtsverletzungen nicht mehr akzeptabel sein, könnte jedoch nach wie vor in Fällen, in denen extremer Zwang ausgeübt wurde, als mildernder Umstand gelten. Das Argument der militärischen Notwendigkeit wird auch heute noch anerkannt, jedoch in weit geringerem Maße als nach der Maxime «*Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*» gefordert.

Abschließend läßt sich feststellen, daß man sich der Forderung nach einem neuen «Abkommen über Kriegsverbrechen» wohl doch widersetzen sollte. Das bestehende Recht ist im Sinne normativer Aussagen weitgehend angemessen; Schwierigkeiten bereitet dagegen angesichts unzureichender Kriterien für die Feststellung der als «Verbrechen» zu ahndenden Handlungen die Durchsetzung der Rechtsnormen. Das Verbot bestimmter Handlungen als solche verstärkt den Konsens hinsichtlich zivili-sierter Verhaltensnormen. Die Bestrafung derjenigen, die althergebrachten Normen zuwiderhandeln, kann angerichteten Schaden zwar nicht wiedergutmachen, verleiht jedoch letztendlich dem Willen der Staaten Ausdruck, grundlegenden Normen Geltung zu verschaffen. Auf diesem — im wesentlichen politischen — Willen beruhen nicht nur der Wert der Gerichtsbarkeit, sondern auch Bestand und Qualität des Kriegsrechts allgemein.

RIASSUNTO.

Crimini di guerra:

la giurisprudenza penale dei conflitti armati

L'obiettivo principale del diritto dei conflitti armati, sia esso *jus ad bellum* che *jus in bello*, è di evitarli o almeno di dissuadere da essi. Il rispetto di queste regole riposa in gran parte sulle pressioni dell'opinione pubblica internazionale, mentre lo strumento repressivo si vede nettamente relegato in secondo piano. Il fatto che un crimine di guerra si produca è in sè sintomatico d'uno scacco della regolamentazione giuridica internazionale, ma la possibilità pratica di violazioni non può essere scartata e la questione d'una giurisprudenza penale della guerra conserva tutto il suo significato, visto che non si può escludere questa eventualità.

L'idea di una trasgressione colpevole è el cuore di una regolamentazione giuridica e il concetto di trasgressione di guerra è molto più antico delle regole moderne dei

conflitti armati. Antichi esempi di azione penale contro « criminali di guerra » non mancano, ma tendono piuttosto a tradurre un desiderio di vendetta verso il nemico. Il processo contro Peter von Hagenbach nel 1474 per il suo atroce governo su Breisbach durante l'occupazione borgognona conteneva interessanti aspetti moderni, ma deve essere considerata atipica.

Dopo la prima guerra mondiale, le Forze Alleate proposero di giudicare un numero importante di persone appartenenti alle Forze dell'Europa Centrale, con accuse basate su pretese violazioni delle regole dei conflitti armati, dinnanzi ad un tribunale in apparenza assai simile a quello che fu poi quello di Norimberga. Questa manovra era per tanti aspetti talmente colorata dello zelo dei vincitori, che retrospettivamente c'è da rallegrarsi che la sua portata sia stata limitata dall'assenza di parecchi degli accusati più noti. Un certo numero di procedimenti penali si svolsero in Germania, ivi compresi quelli riguardanti gli affari delle navi ospedali *Dover Castle* e *Llandoverly Castle*. Gli Alleati si dessero insoddisfatti dei risultati, ma questi processi furono senza dubbio condotti secondo giustizia e le loro conclusioni conservano un certo valore ancora oggi.

Dopo la seconda guerra mondiale, dinnanzi le prove di serissime violazioni delle regole dei conflitti armati, fu necessario istituire due tribunali internazionali *ad hoc*, a Norimberga ed a Tokio. E' accaduto che questi tribunali sono stati oggetto di contestazione, sottolineandosi il loro carattere arbitrario in ragione della violazione del principio *nullum crimen sine legge* e di una « giustizia dei vincitori ». Quanto al primo punto, ci si lagnava che violazioni di diritto internazionale fossero giudicate non tenendo conto di quest'ultimo quale era al momento dei fatti, ma con l'applicazione retroattiva delle costruzioni dei poteri vincitori.

Questa obiezione solleva anche lo spinoso problema del trattamento dei crimini di guerra commessi dai propri cittadini. Le regole nazionali del diritto militare, anche se lo dovrebbero, non sempre contengono l'interdizione delle violazioni delle norme dei conflitti armati. Si notano taluni di questi processi nazionali dopo il 1945, era essi il più famoso fu senza dubbio quello svoltosi dinnanzi ad una corte marziale degli Stati Uniti contro il primo tenente William L. Calley, a proposito del massacro di My Lai, nel Vietnam. Si potrebbe aggiungere che se, secondo i termini della convenzione di Ginevra del 1949, i prigionieri di guerra sospettati di crimini di guerra possono essere giudicati dalla potenza che li detiene, la cosa è tuttavia resa complicata da seri ostacoli procedurali. Inoltre, in tutti i casi, bisogna accuratamente evitare l'apparenza — e anche la realtà — d'un accanimento, basandosi su fondamenti giuridici e pragmatici. E' stata, in certe epoche, proposta una giurisdizione penale internazionale, ma questa proposta non ha mai avuto successo e non ne avrà certamente in futuro, sino a quando gli Stati si prevarranno ferocemente della sovranità nazionale.

La identificazione dei crimini di guerra presenta talune difficoltà. In teoria, ogni violazione dello *ius ad bellum* o dello *ius in bello* può essere considerata « crimine di guerra », ma, vista la gravità legata al concetto di « crimine », un punto di vista così radicale rischierebbe di nuocere all'idea. Si è avuto il tentativo di distinguere in categorie i crimini di guerra, per esempio nella Carta del Tribunale di Norimberga, anche se questi tentativi sono chiaramente legati alle circostanze specifiche della sua creazione piuttosto che alla giurisprudenza generale. La lista delle violazioni gravi fornita dalle Convenzioni (« Croce Rossa ») di Ginevra del 1949 è senza dubbio d'uso più generale, benchè, per definizione, limitata alle violazioni del diritto umanitario internazionale. E' possibile che qualche formula generale, vagamente ispirata al modello « Norimberga », risulti utile. Si suggerisce la seguente, come formula accettabile:

« Un atto o una pratica compiuti in occasione o con pretesto d'un conflitto armato e costituente una violazione grave delle regole e degli usi della guerra,

ivi compresi i metodi ed i mezzi di combattimento sleali e la perpetrazione di un crimine in combattimento al momento dello scontro con le forze nemiche e le aggressioni verso i malati, i feritti, i naufraghi, i prigionieri di guerra e le popolazioni civili, anche dei territori occupati».

Questo modello permetterebbe l'interpretazione appropriata delle violazioni effettive e specifiche di disposizioni o principi, tenendo conto degli effetti variabili di *jus ad bellum* nella condotta di conflitti particolari. Esso potrebbe servire anche come criterio di selezione delle violazioni da trattare come « crimini di guerra », il che è probabilmente un bisogno più importante che quello di codificare atti già qualificati come illegali.

Prima di intraprendere una qualsiasi procedura, l'investigazione sarà un preliminare necessario. Ciascuna delle Convenzioni di Ginevra del 1949 prevede degli accordi che provvedano alle investigazioni delle pretese violazioni, su richiesta d'una delle parti in un conflitto armato. Il Protocollo I del 1977, addizionale alle Convenzioni di Ginevra, mira a rafforzare questa disposizione con la costituzione di una Commissione d'Inchiesta Internazionale fornita da una parte di una giurisdizione volontaria e dall'altra di una giurisdizione opzionale, questa volta obbligatoria. Talune violazioni gravi sono tuttavia affidate all'investigazione del potere detentore nel caso di prigionieri di guerra. Queste disposizioni, proprie al diritto umanitario internazionale, potrebbero fornire un modello di valore per applicazioni più larghe.

Le diverse difese possibili contro accuse di crimini di guerra, quali « ordini superiori » o « imperativi di guerra » presentano evidenti difficoltà, ma sembrano, nel diritto moderno, singolarmente limitate. Nel primo esempio, gli ordini non sarebbero probabilmente più sufficienti a cancellare una flagrante illegalità, ma potrebbero tuttavia intervenire come circostanze attenuanti in caso di forte pressione coercitiva. Quanto all'imperativo militare, esso è ancora riconosciuto, ma in misura assai più limitata che non nella massima *Kriegsrason geht vor kriegsmanier*.

In conclusione, bisogna resistere alla tentazione d'una nuova Convenzione sui crimini di guerra. Il diritto, nel suo stato attuale, è, per ciò che riguarda le sue disposizioni espresse, largamente adeguato. Il problema si pone piuttosto a livello della sua applicazione, legata al bisogno di un criterio adeguato per definire gli atti da considerare « criminali ». L'interdizione di taluni atti, in sè, rafforza il consenso alla base degli standards di condotte civilizzate. La punizione di coloro che violano norme stabilite non eliminerà il male causato, ma ha il merito di sottolineare la volontà degli Stati di sostenere le norme di base e, grazie a questa volontà fondamentalmente politica, il valore non solamente della giurisprudenza penale, ma anche delle regole generali dei conflitti armati conserverà tutta la sua effettività nella pratica.

RESUMEN.

Crímenes de guerra: la jurisprudencia criminal de los conflictos armados

El objeto principal del derecho de los conflictos armados, tanto en su vertiente de *ius ad bellum* como en la del *ius in bello*, es evitarlos o, al menos, disuadir del conflicto. El respeto de estas normas descansa en gran parte sobre la presión de la opinión pública internacional, mientras el elemento represivo se ve claramente relegado a un segundo plano. El hecho de que un « crimen de guerra » se produzca es, en sí mismo, sintomático de un fracaso de la regulación Jurídica internacional, pero la posibilidad práctica de una jurisprudencial penal de la guerra mantiene pleno sentido en tanto no se puede negar aquella posibilidad.

La idea de responsabilidad está en el núcleo de toda reglamentación jurídica, y el concepto de responsabilidad en la guerra es mucho más antiguo que las reglas modernas sobre los conflictos armados. No faltan en la historia ejemplos antiguos de acciones contra « criminales de guerra », aunque tienden a ser más bien la manifestación de un deseo de venganza sobre los enemigos. El proceso de Peter von Hagenbach en 1474, por su atroz gobernación de Breisdach durante la ocupación borgoñona, contenía interesantes aspectos de modernidad, pero debe ser considerado atípico.

Después de la Primera Guerra Mundial, las Fuerzas Aliadas propusieron juzgar a una serie de importantes personalidades pertenecientes a los Imperios Centrales, sobre la base de pretendidas violaciones de normas relativas a los conflictos armados, a cuyo fin habían de ser conducidas ante un tribunal de similar apariencia al que posteriormente se constituyó en Núremberg. Esta maniobra estaba, por tantos aspectos, de tal manera impregnada del celo de los vencedores, que retrospectivamente es posible alegrarse de que finalmente quedase limitada por la ausencia de varios de los acusados más ilustres. Así se llevaron a cabo sólo unos cuantos procesos en Alemania, entre ellos los asuntos de los buques hospital *Dover Castle* y *Llandoverly Castle*. Los aliados se manifestaron insatisfechos de los resultados, pero es lo cierto que tales procesos se siguieron con estricta justicia y sus conclusiones todavía tienen hoy una cierta validez.

Después de la Segunda Guerra Mundial, ante la evidencia de muy serias infracciones de las reglas por las que se rigen los conflictos armados, hubo que constituir dos tribunales internacionales *ad hoc*, en Núremberg y en Tokio. Pero ambos han sido objetados subrayando su carácter arbitrario en razón de la violación del principio *nullum crimen sine lege* y por constituir una « justicia de vencedores » discriminatorio. En cuanto al primer aspecto, se ha protestado de que las violaciones del derecho internacional fuesen juzgadas, no en función del estado de este último en el momento de los hechos, sino mediante la aplicación retroactiva de la contrucción elaborada por las potencias vencedoras.

Esta objeción conduce también al espinoso problema del tratamiento que los Estados han de dar a los crímenes de guerra cometidos por sus propios nacionales. Las legislaciones militares nacionales no contienen siempre la prohibición de la violación de las normas reguladoras de los conflictos armados. Se citan algunos ejemplos de estos procesos nacionales a partir de 1945, entre los que el más famoso fué el Consejo de Guerra seguido, en los Estados Unidos, al Primer Teniente William L. Calley a

propósito de la matanza de My Lai. Se podría añadir que si, de acuerdo con los términos del II Convenio de Ginebra de 1949, los prisioneros de guerra sospechosos de crímenes de guerra pueden ser juzgados por la potencia detenedora, el asunto resulta más complicado como consecuencia de serios obstáculos procedimentales. Además, en todo caso, es preciso evitar cuidadosamente la apariencia — y la realidad — de un encarnizamiento que pretenda basarse en principios jurídicos y pragmáticos. En ciertos momentos, se ha propuesto una jurisdicción penal internacional, pero no ha tenido éxito y probablemente no lo tendrá en tanto los Estados se sigan amparando ferozmente en la soberanía nacional.

La violación de los crímenes de guerra presentan algunas dificultades. En teoría, toda violación del *ius ad bellum* o del *ius in bello* puede ser considerada como « crimen de guerra » pero, a la vista de la gravedad que implica el concepto de « crimen », una conclusión tan radical correría el riesgo de perjudicar seriamente la idea. Se han intentado, por eso, distinguir varias categorías de « crímenes de guerra », tal como aparece en la carta del Tribunal de Núremberg, aunque tales tentativas están claramente condicionadas por las circunstancias específicas de su creación más que por la jurisprudencia general. La lista de las « violaciones graves » contenida en los Convenios (« Cruz Roja ») de Ginebra 1949 tiene, sin duda, una utilización más general aunque queda limitada por definición, a las infracciones del derecho internacional humanitario. Posiblemente, sería útil alguna fórmula general que estuviese inspirada siquiera fuese vagamente en el modelo « Núremberg ». Se sugiere así, como fórmula aceptable la siguiente:

« Un acto o una práctica llevada a cabo con ocasión o bajo pretexto de un conflicto armado, que constituya una violación grave de las leyes y usos de la guerra, incluidos los métodos y medios desleales de hacer la guerra, y la perpetración de delito en combate durante el enfrentamiento de fuerzas enemigas, así como agresión a enfermos, heridos, naufragos, prisioneros de guerra o poblaciones civiles incluso de territorios ocupados ».

Este modelo permitiría la interpretación adecuada de las violaciones efectivas y específicas de disposiciones o principios, teniendo en cuenta los efectos variables del *ius ad bellum* en la conducción de conflictos particulares. Podría también servir de criterio de selección de las violaciones que habrían de ser tratadas como « crímenes de guerra », lo que probablemente es más necesario que codificar actos ya calificados como ilegales.

Antes de emprender cualquier procedimiento, será premisa necesaria una investigación. Las circunstancias de 1945, una vez más, fueron atípicas, y cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 tienen previstos acuerdos para el esclarecimiento de pretendidas infracciones, a petición de una de las partes en conflicto. El Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, persigue reforzar esta posibilidad mediante la creación de una « Comisión Internacional de Encuesta » dotada, de una parte, de una jurisdicción voluntaria, y, de otra, de una opcional y « obligatoria ». Sin embargo, ciertas violaciones graves quedan sometidas a la jurisdicción de la potencia detenedora en el supuesto de prisioneros de guerra. Estas disposiciones, propias del derecho internacional humanitario, podrían proporcionar un modelo válido aplicable en un ámbito más amplio.

La posible defensa contra la acusación de « crímenes de guerra », basada en « órdenes superiores » o « imperativo militar » y similares, plantean evidentes dificultades, pero parecen, en el derecho moderno, especialmente limitadas. En el primer

ejemplo, las órdenes no serían suficiente base para borrar una ilegalidad flagrante, pero podrían intervenir, sin embargo, como circunstancias atenuantes en supuestos de una fuerte presión coercitiva. En cuanto al imperativo militar, aunque todavía está admitido, está mucho más limitado que el contenido en la máxima *kriegsräson geht vor kriegsmanier*.

En conclusión, es preciso resistir a la tentación de una nueva convención sobre crímenes de guerra. El derecho, en el estado actual de su desarrollo y por lo que hace a sus disposiciones expresas, es suficientemente apto, ya que el problema se plantea más bien en el nivel de su aplicación, lo que está ligado con la necesidad de un criterio que sea adecuado para definir los actos que deben quedar calificados como « criminales ». La prohibición de ciertos actos, en sí mismos, refuerza el consenso sobre la base de ciertas pautas de conducta civilizada. El castigo de aquellos que vulneran las leyes establecidas no eliminará el mal causada, pero al mérito de subrayar la voluntad de los Estados en orden a mantener las normas básicas, se añadirá, gracias a esta voluntad fundamentalmente política, la afectividad en la práctica, no sólo de la jurisprudencia penal, sino de toda la normativa general sobre los conflictos armados.
