

RESUME

Au moment d'écrire les grandes lignes de cet article, au début 1997, en préparation à la présentation du XIVème Congrès à Athènes, on considérait que la prépondérance de l'avis juridique avait pour conséquence que la contrainte en droit international était tout à fait admise comme moyen de défense contre des accusations de crime de guerre. Depuis la rédaction du premier article, il convenait d'en ajouter un second à la suite de la décision de la Chambre d'Appel dans l'affaire Erdemovic. C'est pourquoi le présent article comporte en réalité deux parties correspondant à la situation avant et après l'audience de la Chambre d'Appel.

Au niveau national, les systèmes juridiques relevant de la common law (droit coutumier) et de la civil law (droit romain) à travers le monde envisagent différemment la question de la défense basée sur la contrainte. D'une part, les systèmes de la common law tendent à faire une distinction dans l'applicabilité de la défense entre crimes capitaux et crimes non capitaux alors que d'autre part, les systèmes de la civil law ne font pas cette distinction : s'il est satisfait aux conditions d'admissibilité de la défense, la défense est admise indépendamment de la gravité du crime.

Bien que le premier article examine l'applicabilité de cette défense contre des accusations de crimes de guerre dans un contexte international, il se penche également sur la diversité des approches des deux principaux systèmes juridiques nationaux qui, on en convient, sont susceptibles d'avoir influencé la réflexion des juristes internationaux lorsque la problématique de ce type de défense se posa au niveau international, tout particulièrement dans le contexte des tribunaux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Tout laisse à penser qu'il est inévitable que les juristes internationaux soient influencés par les usages nationaux des systèmes auxquels ils sont associés, spécialement lorsqu'il s'agit de traiter de nouveaux domaines de conduite criminelle. Le premier article analyse plus particulièrement la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Drazen Erdemovic* et affirme que le Tribunal est parvenu à la bonne conclusion, bien que le langage dans lequel les juges se sont exprimés eût pu être plus clair. Il est évident que cette décision du Tribunal revêt une grande importance, étant donné que c'est la première fois en près de 50 ans que des concepts et des principes juridiques du droit humanitaire international ont été examinés par une instance judiciaire internationale. A cet égard, l'analyse juridique du Tribunal, basée sur l'examen de nombre de décisions rendues par les tribunaux de l'après Seconde Guerre mondiale, tendait à établir une admissibilité générale de ce type de défense en droit international, moyennant le respect de certains critères.

Le premier article examine également la charge et le niveau de la preuve incombant à l'accusé lorsqu'il cherche à appuyer sa défense sur la contrainte et suggère que, pour des besoins de clarté, ces éléments soient définis de manière explicite par écrit.

On admet que, alors que l'on peut comprendre et s'associer à un système judiciaire qui souhaite punir des conduites qu'il juge ouvertement répréhensibles et vicieuses, il est illogique d'exclure une défense basée sur la contrainte simplement parce que la conduite criminelle a causé la perte de vies humaines si, dans des circonstances où le même acte répréhensible n'aurait pas entraîné la perte de vies humaines, cette défense aurait été recevable. A cet égard, on affirme que l'approche adoptée par la civil law est plus logique et plus équitable.

Néanmoins, elle reconnaît que les critères permettant d'admettre cette défense (la charge de la preuve) dans un procès capital doivent être très stricts. Ainsi, alors qu'il incombe toujours à l'accusation de réfuter une défense, au-delà de tout doute raisonnable, une charge de la preuve importante devrait incomber à l'accusé afin qu'il

apporte clairement la preuve des circonstances précises dans lesquelles il affirme avoir été soumis à la contrainte. S'il ne parvient pas à fournir ces preuves, il semble que la cour est en droit d'émettre des doutes quant à l'existence de la contrainte sous laquelle il prétend avoir agi.

Le second article est avant tout *une postface* qui analyse la décision de la Chambre d'Appel rendue dans l'affaire Erdemovic et examine l'impact de cette décision. En outre, il examine brièvement l'effet contraignant des décisions de la Chambre d'Appel dans d'importants domaines du droit, particulièrement dans des affaires comme l'affaire Erdemovic, dans laquelle la Chambre fut partagée à 3 contre 2, une faible majorité permettant de parvenir à cette décision sur des bases différentes.

Au Royaume-Uni, la Chambre des Lords, en sa qualité de Cour d'appel suprême, est habilitée à annuler ses décisions antérieures, compétence qui est clairement illustrée par la controverse très médiatisée entourant l'affaire Pinochet.¹ On estime qu'il serait souhaitable que les décisions de la Chambre d'Appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie puissent, elles aussi, être révisées par une décision ultérieure de la Chambre d'Appel.

Depuis la rédaction de l'article, une importante décision de la Cour d'Appel est intervenue au Royaume-Uni² qui traduit indubitablement l'inquiétude générale des juges britanniques quant à l'état du droit en matière de recevabilité de cette défense en Angleterre et au Pays de Galles (une juridiction de la common law dont la jurisprudence est ambivalente quant à la défense basée sur la contrainte dans le cadre de crimes capitaux). L'intervention du Parlement a été requise en vue de légiférer et de définir de manière plus adéquate les paramètres de la défense. Une décision ultérieure de la Cour d'Appel, dans une affaire distincte, a cassé une condamnation pour coups et blessures ayant entraîné la paraplégie de la victime, sur la base de la contrainte de la situation³. L'illogisme de l'approche de la common law serait à nouveau apparu si la victime n'avait pas survécu. En effet, dans ce cas, il n'y aurait pu y avoir de défense basée sur la contrainte, il n'y aurait eu que des circonstances atténuantes. Et pourtant, les faits restaient identiques. Seules les conséquences de la conduite de l'accusé auraient été différentes.

Bien que le premier article ait été par la suite dépassé par les événements, on peut toujours espérer qu'il constitue, à défaut d'autre chose, une modeste contribution au débat sur cet important domaine du droit international et qu'il continue d'attirer l'attention sur cette problématique.

1 Cf La décision de la Chambre des Lords à l'adresse suivante :

<http://www.Parliament.the-stationeryoffice.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudmt.htm>

2 *Abdul-I-Iussain et Consorts* [1998], Affaire N°9707785 S 1, repris dans *ArchboldNews*, numéro 2, 11 mars 1999.

3 *R-v-Cairns* (1999), *The Times*, 5 avril.

Samenvatting

Toen de grote lijnen van dit document begin 1997 werden neergeschreven als voorbereiding op zijn voorlegging op het XIVe Congres in Athene, kon men vaststellen dat de overgrote meerderheid in juridische kringen van oordeel was dat dwang volgens het internationale recht volledig aanvaard werd als verdediging voor gelijk welke oorlogsmisdaad. Na de opstelling van het eerste document, zag men in dat het nodig was er een tweede aan toe te voegen, als gevolg van de uitspraak van het Hof van Beroep in de zaak *Erdemovic*. Vandaar dat dit artikel uit twee delen bestaat die respectievelijk de situatie voor en na de hoorzitting van het Hof van Beroep beschrijven.

Nationaal gezien wordt dwang als verdedigingsargument in de stelsels van het gewoonterecht en het burgerlijk recht over de hele wereld op een verschillende wijze benaderd. Enerzijds bestaat in de stelsels van het gewoonterecht de neiging een onderscheid te maken tussen het aanwenden van dat verdedigingsmiddel naargelang het om een misdaad gaat waarop de doodstraf staat of niet; anderzijds maakt het burgerlijke recht hier geen onderscheid: indien aan de aanvaardbaarheidsvoorwaarden van de verdedigingsmethode wordt voldaan, wordt de verdediging aanvaard ongeacht de ernst van de misdaad.

Alhoewel het eerste document de toepasbaarheid van deze verdedigingsmethode op beschuldigingen van oorlogsmisdaden in een internationale context bestudeert, behandelt het tegelijkertijd de verscheidenheid in benadering van de twee belangrijkste nationale rechtssystemen. Men is het erover eens dat dit de mening van internationale juristen beïnvloed heeft in hun houding tegenover dit soort verdediging toen zij internationaal zou worden toegepast, meer bepaald in de context van de rechtbanken in het tijdperk na de Tweede Wereldoorlog. Er wordt geopperd dat het onvermijdelijk is dat internationale juristen beïnvloed werden door de praktijk van de systemen in hun eigen land waarmee zij vertrouwd zijn, zeker wanneer men te maken krijgt met ongekende domeinen van misdadig gedrag. Het eerste document onderzoekt in het bijzonder de uitspraak van de Internationale Strafrechtbank voor Joegoslavië in de zaak *Drazen Erdemovic* en argumenteert dat de Rechtbank tot de juiste uitspraak kwam, ondanks het feit dat de manier waarop men zich uitdrukte, duidelijker had kunnen zijn. Er wordt op gewezen dat deze uitspraak van de Rechtbank belangrijk is, aangezien het de eerste maal in bijna 50 jaar is dat juridische begrippen en elementen van het internationale humanitaire recht door een internationaal rechtscollege werden onderzocht. In dit opzicht kwam de juridische analyse van de Rechtbank, die veel uitspraken van de rechtbanken na de Tweede Wereldoorlog heeft bestudeerd, ertoe de verdediging in het internationale recht te aanvaarden, indien aan bepaalde criteria is voldaan.

In het eerste document heeft men het eveneens over de bewijslast en -norm waarmee de beschuldigde dient rekening te houden, wanneer hij dwang als verdediging wenst aan te voeren en wordt het voorstel gedaan dat dit, om verwarring te vermijden, duidelijk zou moeten neergeschreven worden.

Men meent te mogen beweren dat, terwijl men begrip kan opbrengen voor en gunstig kan staan tegenover een rechtssysteem, hetwelk gedrag dat openlijk als laakbaar en slecht beschouwd wordt, wil bestraffen, het onlogisch is om het verdedigingsargument van de dwang uit te sluiten louter omdat er bij de misdaad mensen om het leven kwamen, als onder omstandigheden waarin er bij dezelfde slechte en laakbare daad niemand omkwam dat soort verdediging wel in aanmerking zou worden genomen. In dat verband wordt erop gewezen dat de aanpak van het burgerlijke recht logischer en rechtvaardiger is. Niettemin wordt daarbij toegegeven dat de criteria om dat verdedigingsargument te gebruiken, vastgesteld als (de bewijslast), in een zeer ernstige zaak zeer streng moeten zijn. Dus terwijl het steeds de verantwoordelijkheid van

de aanklager is om de verdediging te weerleggen op zulk een manier dat er geen twijfel meer mogelijk is, moet bij de beschuldigde een grote bewijslast liggen zodat hij duidelijk het bewijs levert van de precieze omstandigheden waarin hij beweert aan dwang te zijn onderworpen. Als hij daar niet in slaagt, kan het hof redelijkerwijze twijfelen aan het feit of hij wel degelijk onder zo'n dwang heeft gehandeld.

Het tweede document is hoofdzakelijk een postscriptum dat de uitspraak van het Hof van Beroep in de zaak *Erdemovic* analyseert en de impact ervan bestudeert. Het bindende effect van de uitspraken van het Hof van Beroep in belangrijke domeinen van het recht worden eveneens besproken, met de nadruk op zaken zoals *Erdemovic* waarbij de Kamer 3 tegen 2 verdeeld was en waarbij zelfs de meerderheid slechts op verschillende gronden tot haar uitspraak kwam.

In het Verenigd Koninkrijk heeft het House of Lords, het hoogste Hof van Beroep, de macht om een eigen uitspraak te herroepen. Dit wordt duidelijk aangetoond door de controverse in de zaak *Pinochet* die uitgebreid in de pers aan bod komt. Het zou wenselijk zijn indien de uitspraken van de Kamer van Beroep van het Internationale Straftribunaal voor Joegoslavië nadien door een Hof van Beroep op dezelfde manier zouden worden herzien.

Sinds het artikel werd afgewerkt, heeft het Hof van Beroep in het Verenigd Koninkrijk een opmerkelijke uitspraak gedaan, die ongetwijfeld de algemene bezorgdheid van Britse rechters heeft aangetoond met betrekking tot de stand van het recht inzake de beschikbaarheid van deze verdediging in Engeland en Wales (een jurisdictie van gewoonterecht waarvan de jurisprudentie tegenstrijdigheden bevat betreffende de dwang als verdedigingsargument bij zware misdaden). Het Parlement werd gevraagd tussenbeide te komen om dit bij wet te regelen en de parameters van de verdediging preciezer te bepalen. Door een latere uitspraak van het Hof van Beroep in een andere zaak is een veroordeling voor het toebrengen van ernstige lichamelijke schade waardoor het slachtoffer verlamd werd, ongedaan gemaakt op basis van dwang door omstandigheden. Het onlogische aan de aanpak van het gewoonterecht zou nogmaals belicht geweest zijn, indien het slachtoffer overleden was: er zou geen verdediging op grond van dwang mogelijk geweest zijn, alleen verzachtende omstandigheden. En toch zouden de feiten van de zaak identiek geweest zijn. Enkel de gevolgen van het gedrag van de beschuldigde zouden anders geweest zijn.

Ondanks het feit dat het eerste document nadien door de geurtenissen is achterhaald mag men nog altijd hopen dat het, bij gebrek aan iets anders, een bescheiden bijdrage geleverd heeft tot het debat over dit belangrijke domein van het internationale recht en dat het helpt om de aandacht erop gevestigd te houden.

¹ Zie de uitspraak van het House of Lords op:

<http://www.Parliament.the-stationary-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudmt.htm>

² Abdul-Hussain and Others, [1998], Zaak N° 9707785 S1, opgenomen in Archbold News, 2e uitgave, 11 maart, 1999

³ R-v-Cairns (1999), The Times, 5 april

ZUSAMMENFASSUNG

Als Anfang 1997 der Entwurf zum vorliegenden Papier zur Vorbereitung eines Vortrags beim XIV. Kongress in Athen verfasst wurde, schien die rechtliche Auffassung zu überwiegen, dass ein Befehlsnotstand im internationalen Recht als Rechtfertigungsgrund bei Anklage wegen Kriegsverbrechen voll akzeptiert wurde. Nach dem Verfassen des ersten Papiers war aufgrund des Urteils der Berufungskammer im Fall **Erdemovic** ein zweites erforderlich. Daher besteht der vorliegende Artikel eigentlich aus zwei Teilen, die die Lage vor und nach der Verhandlung vor der Berufungskammer darstellen.

Im nationalen Recht ist der Befehlsnotstand ein Rechtfertigungsgrund, der in den Systemen des Gewohnheitsrechts und des bürgerlichen Rechts in der Welt unterschiedlich aufgefasst wird. Während in Systemen des Gewohnheitsrechts bei der Zulässigkeit dieses Rechtfertigungsgrundes zwischen Kapital- und Nichtkapitalverbrechen unterschieden wird, geschieht dies in Systemen des bürgerlichen Rechts nicht: Werden die Bedingungen für die Akzeptanz als Rechtfertigungsgrund erfüllt, so wird dies ohne Rücksicht auf die Schwere des Verbrechens zugelassen.

Obgleich das erste Papier die Zulässigkeit dieses Rechtfertigungsgrundes bei Anklage wegen Kriegsverbrechen in einem internationalen Gerichtsverfahren untersucht, geht es gleichzeitig auch auf die Unterschiedlichkeit der Auffassungen bei den beiden wesentlichen nationalen Rechtssystemen ein, die sicherlich das Denken der internationalen Juristen bei der Handhabung dieses Rechtfertigungsgrundes im internationalen Rahmen der Tribunale nach dem Zweiten Weltkrieg beeinflusst haben. Es wird behauptet, dass internationale Juristen zwangsläufig durch die inländischen Systeme, mit denen sie verbunden waren, beeinflusst wurden, vor allem bei der Behandlung neuer Bereiche kriminellen Verhaltens. Das erste Papier befasst sich besonders mit dem Urteil des Internationalen Strafgerichtshofes für Jugoslawien im Fall **Drazen Erdemovic** und meint, der Gerichtshof habe die richtige Entscheidung getroffen, wenn auch die Sprache, in der man sich dort ausgedrückt habe, hätte klarer sein können. Es wurde ausgeführt, dass dieses Gerichtshofurteil wichtig sei, denn es sei nach fast 50 Jahren das erste Mal, dass rechtliche Konzeptionen und Grundsätze des internationalen Menschenrechts von einem internationalen Rechtsorgan untersucht worden seien. Die Rechtsanalyse des Gerichtshofes, die sich mit vielen Urteilen von Tribunalen nach dem Zweiten Weltkrieg befasste, tendierte in dieser Hinsicht zur Bildung einer allgemeinen Akzeptanz dieses Rechtfertigungsgrundes im internationalen Recht, sofern bestimmte Kriterien erfüllt werden.

Das erste Papier befasst sich auch mit der Beweislast und den Beweisnormen, die einem Angeklagten auferlegt werden, wenn er sich auf einen Rechtfertigungsgrund wie den des Befehlsnotstands berufen will, und fordert, dass dies aus Gründen der Klarheit eindeutig schriftlich festgelegt werden sollte.

Es wird dargelegt, dass man zwar ein Rechtssystem verstehen und schätzen könne, das offensichtlich verwerfliches und böses Verhalten bestrafen will, dass es jedoch unlogisch sei, den Befehlsnotstand als Rechtfertigungsgrund nur deshalb auszuschließen, weil die kriminelle Tätigkeit Menschenleben gekostet hat, wenn dieser Rechtfertigungsgrund bei gleichem verwerflichem und bösem Verhalten ohne Verlust von Menschenleben zugelassen würde. In dieser Hinsicht, so wird argumentiert, sei die Verfahrensweise nach bürgerlichem Recht logischer und gerechter. Trotzdem wird dort anerkannt, dass die für die Feststellung des Befehlsnotstands niedergelegten Kriterien (Beweislast) bei einem Kapitalverbrechen sehr hoch sein müssen. Während es also stets dem Ankläger obliegt, einen Befehlsnotstand über jeden Zweifel in Frage zu stellen, sollte der Angeklagte ein beträchtliches Maß an Beweislast tragen, damit er

ordnungsgemäß Beweise für genau die Umstände liefert, die ihn angeblich nötigen. Gelingt ihm dies nicht, so ist es verständlich, wenn ein Gericht bezweifelt, dass er wirklich im Zustand des Befehlsnotstands handelte.

Das zweite Papier ist im Wesentlichen ein Nachtrag, der sich mit dem Urteil der Berufungskammer im Fall **Erdemovic** befasst und dessen Auswirkung untersucht. Es geht auch kurz auf die bindende Wirkung der Urteile der Berufungskammer auf bestimmte Rechtsbereiche ein, vor allem in Fällen wie **Erdemovic**, bei dem die Kammer das Urteil mit 3:2 Stimmen fällte, wobei sogar die Mehrheit bei ihrer Urteilsfindung verschiedene Ausgangspositionen hatte.

Im Vereinigten Königreich hat das House of Lords als höchstes Berufungsgericht die Befugnis, eigene frühere Urteile aufzuheben. Dies wird veranschaulicht durch den in den Medien eingehend behandelten Streit im Fall **Pinochet**.⁽¹⁾ Es wird als zweckmäßig erachtet, dass die Urteile der Berufungskammer des Internationalen Strafgerichtshofes für Jugoslawien gleichermaßen anfechtbar sind, und zwar auf dem Wege einer Revision durch eine weitere Berufungskammer.

Seit dem Verfassen des Artikels hat es am Berufungsgericht im Vereinigten Königreich ein bedeutsames Urteil gegeben⁽²⁾, das zweifellos die allgemeine Besorgnis britischer Richter belegt hinsichtlich der rechtlichen Verhältnisse in Bezug auf die Zulässigkeit dieses Rechtfertigungsgrundes in England und Wales (bei der Rechtsprechung im Rahmen des Gewohnheitsrechts, deren Präzedenzfälle hinsichtlich des Befehlsnotstandes bei Kapitalverbrechen ambivalent sind). Gefordert wurde eine parlamentarische Maßnahme, um die Parameter dieses Rechtfertigungsgrundes gesetzlich zu regeln und genauer festzulegen. Ein weiteres Urteil des Berufungsgerichts in einem anderen Fall annullierte eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung, die das Opfer doppelseitig lähmte, aufgrund zwingender Umstände.⁽³⁾ Das Unlogische an der Auffassung des Gewohnheitsrechts wäre erneut deutlich geworden, denn hätte das Opfer nicht überlebt, wäre ein Rechtfertigungsgrund im obigen Sinne (Nötigung) nicht gegeben, sondern es wären lediglich strafmildernde Umstände zugebilligt worden. Die Fakten dieses Falles wären identisch gewesen. Verschieden wären nur die Folgen des Verhaltens des Angeklagten gewesen.

Obleich das erste Papier von den Ereignissen überholt wurde, besteht noch die Hoffnung, dass es zumindest einen bescheidenen Beitrag zu der Debatte über diesen wichtigen Bereich des internationalen Rechts leistet und hilft, die Aufmerksamkeit weiter darauf zu richten.

(1) Siehe House of Lords-Urteil unter: <http://www.Parliament.the-stationeryoffice.co.uk/pa/ld/99697/ldjudgmt/ldjudmt.htm>.

(2) *Abdul-Hussain and Others*, [1998], Sache N° 9707785 S1, in *Archbold News*, 2e Ausgabe, 11 März, 1999

(3) *R-v-Cairns* (1999), *The Times*, 5 april

RESUMEN

Cuando escribí este artículo, a comienzos del año 1997, preparando la presentación del XIV Congreso en Atenas, se consideraba que la supremacía del aviso jurídico acarrearía en derecho internacional el pleno reconocimiento de la coacción como medio de defensa contra acusaciones de crimen de guerra. Desde la redacción de este primero artículo, otro se ha revelado necesario a consecuencia de la decisión de la Sala de Apelaciones en el asunto *Erdemovic*. Por eso, este artículo se compone en realidad de dos partes que coinciden con la situación ante y después de la audiencia de la Sala de Apelaciones.

Al nivel nacional, los sistemas jurídicos basados en el derecho consuetudinario (*common law*) y el derecho romano (*civil law*) en el mundo contemplan de manera diferente la cuestión de la defensa fundada en la coacción. Por una parte, los sistemas de la *common law* tienden a distinguir entre crímenes capitales y no capitales en lo que se refiere a la aplicabilidad de la defensa, y por otra parte, los sistemas de la *civil law* no establecen tal distinción: si se cumplen las condiciones de admisibilidad de la defensa, se admite la defensa cual que sea la gravedad del crimen.

El primer artículo estudia la aplicabilidad de esta defensa contra acusaciones de crímenes de guerra en un contexto internacional. Considera también la diversidad de los enfoques de los dos sistemas jurídicos principales que, se lo admite, son susceptibles de haber influido la reflexión de juristas internacionales cuando se planteó la problemática de este tipo de defensa al nivel internacional, más particularmente en el marco de los tribunales de después de la segunda guerra mundial. Todo da que pensar que inevitablemente los juristas se dejaron influir por las tradiciones nacionales de los sistemas a los cuales eran asociados, especialmente cuando se trataba de enjuiciar nuevos casos de comportamiento criminal. El primer artículo analiza más particularmente el dictamen del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia en el asunto *Drazen Erdemovic* y afirma que el Tribunal llegó a una buena conclusión, aunque los jueces hubieran podido pronunciarse más claramente. Obviamente esta decisión del Tribunal desempeña un papel capital puesto que es la primera vez en quinientos años que los conceptos y los principios jurídicos del derecho humanitario han sido examinados por una instancia judicial internacional. A este propósito, el análisis jurídico del Tribunal, basándose en numerosas decisiones dictadas por los tribunales de después de la segunda guerra mundial, tendió a establecer una admisibilidad general de este tipo de defensa en derecho internacional, mediante el respecto de ciertos criterios.

El primer artículo examina también la carga y el nivel de la prueba que incumbe al acusado que se esfuerza por apoyar su defensa en la coacción y sugiere que para mayor claridad, estos elementos sean definidos de manera explícita por escrito.

Se admite que si bien se puede comprender y adherirse a un sistema judicial que pretende sancionar los comportamientos que enjuicia abiertamente reprobables y violentos, es ilógico excluir una defensa basada en la coacción sencillamente porque la conducta criminal ha ocasionado la pérdida de vidas humanas, si en unas circunstancias en las cuales este mismo acto reprobable no hubiera causado la pérdida de vidas humanas, esta defensa hubiera sido admisible. A este propósito se arguye que el enfoque de la *civil law* es más lógico y equitativo. Sin embargo, reconoce que los criterios que permiten que esta defensa (la carga de la prueba) sea admitida en un proceso capital deben ser particularmente estrictos. De esta manera, mientras que incumbe siempre a la acusación refutar una defensa, fuera de toda duda razonable, una carga de prueba importante debería incumbir al acusado afin de que establezca claramente la prueba de los circunstancias rigurosas en las cuales pretende haber sido sometido a esta coacción. Si no loara a dar estas pruebas, parece que la Corte tenga

derecho a expresar sus dudas en cuanto a la existencia de la coacción bajo la cual pretende haber actuado.

El segundo artículo es sobre todo una nota final que analiza la decisión de la Sala de Apelaciones dictado en el asunto *Erdemovic* y estudia el impacto de esta decisión. Examina también, de manera sucinta, el efecto coactivo de las decisiones de la Sala de Apelaciones en unas importantes ramas jurídicas, particularmente en asuntos como en el caso *Erdemovic* en lo cual icis opiniones de la Sala de Apelaciones estaban divididas (3 contra 2), dando una mayoría escasa que permitía tomar esta decisión sobre unas bases diferentes.

En el Reino Unido, la Cámara de los Lores, en su cualidad de Corte suprema, está habilitado a anular sus decisiones anteriores, competencia ya claramente ilustrada por la controversia muy mediatizada en cuanto al asunto *Pinochet*. Se estimo conveniente que las decisiones de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia puedan también ser revisadas por una decisión de la Sala de Apelaciones.

Desde la redacción del artículo, en el Reino Unido tomó la Sala de Apelaciones una decisión importante que traduce indudablemente la inquietud de los jueces británicos con respecto al estado del derecho de admisibilidad de esta defensa en Inglaterra y en el País de Gales (una jurisdicción de common law cuya jurisprudencia es ambivalente en cuanto a la defensa basada en la coacción en el marco de crímenes capitales). Se requirió la intervención del parlamento con objeto de legislar y definir de manera más adecuada los parámetros de la defensa. En un asunto distinto, una condenación por lesiones provocando la paraplejía de la víctima ha sido anulada por la Sala de Apelaciones sobre la base de la coacción de la situación. Resultaría una vez más ilógico el enfoque de la common law si la víctima no hubiera sobrevivido. En efecto, en este caso, no habría podido organizar una defensa basada en la coacción, solo habrían circunstancias atenuantes. Sin embargo los hechos resultan idénticos. Solo las consecuencias de la conducta del acusado habrían sido diferentes.

Aunque el primer artículo ha resultado desactualizado ulteriormente a causa de los acontecimientos, ojalá lleve un modesto aporte al debate sobre esta parte importante del derecho internacional y siga llamando la atención sobre esta problemática.

RIASSUNTO

Al tempo in cui il presente elaborato è stato scritto, agli inizi del 1997 ed in vista del XIV° Congresso di Atene, credevo che la preponderante opinione legale fosse nel senso di accettare la "costrizione" come argomento difensivo con riguardo a tutti i crimini di guerra. In seguito alla stesura del primo scritto, si è reso necessario aggiungere una parte che tenesse conto della decisione della *Appeal Chamber* sul caso *Erdemovic*. Pertanto, il presente articolo è ripartito in due parti, l'una precedente e l'altra successiva al procedimento della *Appeal Chamber*.

Nel diritto domestico, la questione della "costrizione" come argomento difensivo è oggetto di un approccio differente nei sistemi di *Common Law* e di *Civil Law*. Da una parte, i sistemi di *Common Law* tendono a distinguere in relazione all'applicabilità dello "stato di necessità" come argomento difensivo, tra crimini capitali e non. Dall'altra parte i sistemi di *Civil Law* non conoscono tale distinzione: se le condizioni per l'accettazione di tale argomento difensivo sono poste, lo stesso è ammesso senza distinzione alcuna circa la gravità dell'offesa.

Tuttavia il primo elaborato, nel trattare dell'applicabilità di tale difesa in un contesto internazionale di imputazione per crimini di guerra, contiene contestualmente dei riferimenti ai due principali sistemi giuridici domestici che, come si è affermato – hanno influenzato il modo di pensare degli internazionalisti nell'affrontare in un contesto internazionale simili argomenti difensivi. Ciò specialmente nel contesto dei Tribunali istituiti dopo la II^a G.M.. Si è sostenuto, al riguardo, che i giuristi internazionali sono stati inevitabilmente influenzati dalla pratica domestica nei sistemi di rispettiva provenienza, specie quando si è trattato di affrontare profili nuovi e nuove condotte criminali. Il primo elaborato tratta, in particolare, alla decisione dell'ICTY nel caso di *Drazen Erdemovic* e di come, in tale circostanza, il Tribunale è pervenuto ad una soluzione corretta, benché il linguaggio adottato poteva essere più chiaro. Al riguardo, si è sostenuto che tale decisione del tribunale è importante perché è la prima volta in oltre 50 anni che concetti legali e principi di diritto internazionale umanitario sono stati affrontati da un organo giurisdizionale internazionale. Al riguardo, l'analisi legale del tribunale, che si richiama a numerose decisioni dei Tribunali del dopoguerra, tende a riconoscere una generale applicabilità alla "costrizione" come argomento difensivo nel diritto internazionale, sempreché siano riscontrati certi presupposti.

Il primo elaborato affronta, altresì, le questioni dell'onere di allegazione e dello standard probatorio che mettono capo all'accusato che imposta la sua difesa sulla "costrizione" e suggerisce, nel contesto, che tali profili siano, per ragioni di chiarezza, definiti per iscritto.

Si è affermato che, mentre è comprensibile che si possa simpatizzare per ogni sistema giuridico che desidera reprimere condotte che considera repressibili e gravi, è illogico escludere una difesa basata sulla "costrizione" laddove la condotta abbia determinato la perdita di vite umane, quando tale difesa sarebbe, invece, ammissibile con riguardo a condotte che non hanno determinato la perdita di vite umane. Al riguardo, si è affermato che l'approccio dei sistemi di *Civil Law* alla tematica è più logico e giusto. Nondimeno, deve riconoscersi che i criteri probatori posti per adottare una decisione basata sulla "costrizione" in un caso capitale devono essere molto stringenti. Pertanto, mentre incombe sempre sull'accusa dimostrare l'infondatezza, di un argomento difensivo oltre ogni ragionevole dubbio, dovrebbe, invece, mettere carico all'accusato un significativo onere di allegazione probatoria in ordine alle circostanze della asserita "costrizione". Se egli non adempie a tale onere, è ragionevole che la Corte sia scettica nell'accettare la circostanza che l'accusato abbia agito sotto "costrizione".

Il secondo elaborato è essenzialmente un *postscriptum* che esamina la decisione della *Appeal Chamber* e le implicazioni di questa. E' parimenti esaminato l'effetto vincolante della decisione della *Appeal Chamber* su importanti aree del diritto, specialmente in casi come quello di *Erdemovic* in cui la Camera era divisa con 3 di giudici da una parte e due dall'altra e la maggioranza è stata raggiunta su differenti basi.

