

Krigens etikk og krigens rett

Noen historiske utviklingstrekk

AV NILS TERJE LUNDE

Nürnbergprosessen utgjør en milepæl i krigens rett. Den er en milepæl fordi oppgjøret etter en krig blir et rettsoppgjør, ikke kun et økonomisk eller politisk oppgjør. Den er en milepæl fordi ansvar for krigsforbrytelser ikke kun blir et kollektivt ansvar, men et personlig ansvar. Den er en milepæl fordi dommen hviler på normer som på det tidspunkt ikke var kodifisert i form av positiv rett. I innledningsforedraget til Nürnbergprosessen avsluttet Robert H. Jackson slik:

The refuge of the defendants can be only their hope that international law will lag so far behind the moral sense of mankind that conduct which is crime in the moral sense must be regarded as innocent in law. Civilization asks whether law is so laggard as to be utterly helpless to deal with crimes of this magnitude by criminals of this order of importance. It does not expect that you can make war impossible. It does expect that your juridical action will put the forces of international law, its precepts, its prohibitions and, most of all, its sanctions, on the side of peace, so that men and women of good will, in all countries, may have "leave to live by no man's leave, underneath the law".¹

Her problematiseres skillet mellom internasjonal rett og etiske normer og verdier i tradisjonell tenkning. Behovet for ny fortolkning av regelverket løftes frem. I lys av dette kan vi spørre om Nürnbergprosessen representerer en historisk milepæl i internasjonal rett hvor etiske normer kodifiseres til rettslige normer. Dette siste tematiserer det spørsmålet som skal belyses i denne artikkelen. Er det en sammenheng mellom krigens etikk og krigens rett, og hvis så er tilfelle: hvordan skal denne sammenhengen forstås? Et slikt spørsmål tematiserer i sin tur det mer overordnede spørsmålet om sammenhengen mellom etikken og jussen. Det vil derfor være nødvendig å skissere noen hovedtrekk til dette feltet, selv om det ikke vil være mulig å foreta en bred analyse og drøfting av dette feltet. I særlig grad vil fremstillingen her måtte konsentrere seg om forholdet mellom en rettspositivistisk og en naturrettslig posisjon. Selv om utgangspunktet for artikkelen er Nürnbergprosessen, tar jeg ikke mål av meg å drøfte de etiske og juridiske

¹ International Military Tribunal: Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945 - 1 October 1946 Vol II. Nürnberg 1946, s. 155.

sidene ved denne prosessen i sin bredde. I denne forstand utgjør Nürnbergprosessen en aktualiserende bakgrunn mer enn et case som skulle gjøres til gjenstand for analyse og drøfting.

Temaet for denne artikkelen er altså forholdet mellom krigens etikk og krigens rett. Innenfor dette temaet vil jeg i særlig grad konsentrere meg om hvordan dette forholdet kommer til uttrykk gjennom den historiske utvikling av rettferdig krig-tradisjonen. Verken når det gjelder tilnærming og fremstilling vil jeg pretendere å bidra med ny grunnforskning. I stor grad vil jeg måtte bygge på foreliggende arbeider, i særlig grad det grunnleggende og omfattende arbeidet James Turner Johnson har gjort når det gjelder rettferdig krig-tradisjonens historiske utvikling. Mitt bidrag vil her først og fremst være å løfte frem og presentere det som i særlig grad dreier seg om relasjonen mellom de etiske og rettslige perspektivene i utviklingen av rettferdig krig-tradisjonen i hans arbeid. I en programatisk form fremholder Johnson dette perspektivet gjennom følgende:

The just war tradition of the West represents one culture's attempt to determine when and how violence is appropriate, at the same time, it is the tradition that historically gave birth to international law in the modern sense, and it remains apt to speak of international law as forming a part of this tradition as it exists in the contemporary world.²

Etikk og juss – to rettsfilosofiske tradisjoner

I hvilken grad det er en relasjon mellom etikk og juss, er et omdiskutert rettsfilosofisk grunnspørsmål. Utgjør etiske og rettslige normer to ulike normsystemer eller er det mulig å tenke seg en forbindelse mellom dem. Gitt at det finnes en forbindelse mellom etiske og rettslige normer, hvordan skal i så fall denne forbindelsen forstås? Er det mulig å dedusere rettslige normer fra etiske normer, eller er det motsatt, at etiske normer kan deduseres fra rettslige normer?

I den rettspositivistiske tradisjonen tar man utgangspunkt i den foreliggende, positive rett. Man søker i størst mulig grad å unngå metafysiske tilretteleggelser av den positive retten. I denne forstand kan denne tradisjonen sies å ha et induktivt siktemål. Etikk og juss blir i utgangspunktet forstått som to ulike størrelser eller normsystemer. I den såkalte eksklusive rettspositivismen vil man fastholde at det prinsipielt sett ikke finnes noen forbindelse mellom etiske og rettslige normer. De er helt atskilte normsystemer. Med et slikt utgangspunkt vil det kunne hevdes at militærtribunalet i Nürnberg anvendte etiske normer, uavhengig av foreliggende positive rettsregler.³

² James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 43.

³ Finnis, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/natural-law-theories/>>.

I den såkalte inklusive rettspositivismen, derimot, vil man kunne betrakte etiske normer som relevante for rettssystemet dersom disse normer henvises til eller inkorporeres i den positive retten.⁴ Fra et slikt inklusivt perspektiv kan man hevde at Nürnbergprosessen anvendte etiske normer da slike normer foreligger i den grunnleggende avtale om prosessen, *London Agreement and Charter av 8. august 1945*. Det klassiske uttrykket for henvisning til etiske normer i folkeretten finnes i den martenske klausul, gjengitt i preambelet til IV Haagkonvensjon:

*Indtil en mer fuldstændig samling av krigens love kan utfærdiges, finder de høie kontraherende parter det hensigtsmæssig at fastslaa, at de tilfælde, som ikke er indbefattet i de reglementariske bestemmelser, som er antat av dem, skal befolkningene og de krigførende beskyttes av og stilles under folkerettens principer, saaledes som de fremgaar av fastslaaede sedvaner mellom civiliserte nationer, av menneskelighetens love og av den offentlige samvittighets krav.*⁵

Det er også henvist til dette preambelet i norsk rettspraksis, i den såkalte Klingedommen som dreide seg om tortur i krig, altså innenfor det samme felt som Nürnbergprosessen.⁶ Fra en naturrettslig tradisjon tar man utgangspunkt i at det finnes visse grunnleggende naturrettslige normer som foreligger forut for og over positive rettsregler. Ideelt skal positiv rett være forankret i og avledet av de naturrettslige normene. De ideelle normene kan altså kodifiseres i positiv rett. De naturrettslige normene blir slik en målestokk for den positive retten. Positiv rett som er i strid med naturretten vil således ikke normativt fremstå som legitime rettsregler. John Finnis argumenterer for at Nürnbergprosessen best kan fortolkes i lys av en naturrettslig tilnærming:

*(T)he moral rules applied were also rules of the "higher law" applicable in all times and places (and thus in Germany and its territories, before as after the Charter) as a source of argumentation and judgment "according to law" when the social-fact sources which are the normally dominant and quasi-exclusive source of law are, in justice, inadequate and insufficient guides to fulfilling obligations such as the judicial obligation to do justice according to law, or everyone's obligation to behave with elementary humanity even when under orders not to—even if those orders have intra-systemic legal validity according to the formal or social-fact criteria of some existing legal system. And if one has doubts about victors' justice, those very doubts can likewise appeal to principles of the same higher law, ius gentium, or law of reason and humanity.*⁷

Med utgangspunkt i en naturrettslig tilnærming blir det altså en tydelig sammenheng mellom de etiske og de rettslige normene. De etiske normene utgjør «den

⁴ Green, Leslie, "Legal Positivism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

⁵ Overenskomst (med reglement) om landkrigens lover og sedvaner av 18. oktober 1907, Menneskerettigheter i væpnede konflikter. Genevekonvensjonene og andre gjeldende internasjonale regler. Utgitt av Norges Røde Kors, Oslo 1984.

⁶ <http://nettressurser.no/statsforfatningen/Hoeyesterettspraksis/Rt.-1946-s.-196-Klinge>.

⁷ Finnis, John, "Natural Law Theories", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/natural-law-theories/>>.

høyere lov» overordnet den positive rett. I denne artikkelen vil det ikke være mulig å foreta en grundig analyse og drøfting av forholdet mellom en rettspositivistisk og en naturrettslig tilnærming. Isteden har jeg valgt en historisk tilnærming, hvor jeg søker å beskrive utviklingen av både krigens etikk og krigens rett som en dynamisk prosess. Denne prosessen omfatter ikke bare et samspill mellom etiske og rettslige faktorer, men også politiske, så vel som militære faktorer. I særlig grad vil det være knyttet til utviklingen av rettferdig krig-tradisjonen. Denne tradisjonen har, ifølge Brian Orend, «been doubly influential, dominating both moral and legal discourse surrounding war. It sets the tone, and the parameters, for the great debate».⁸

Det romerske rettskonsept

Et sentralt startpunkt for å belyse den historiske utviklingen av krigens rett og krigens etikk er det romerske rettskonsept. Både terminologi og tilnærming har dette som et grunnleggende utgangspunkt. Dette kan illustreres med et sitat fra den romerske juristen Gajus:

*Every people (populus) that is governed by statutes and customs (leges et mores) observes partly its own peculiar law and partly the common law of all mankind. That law which a people established for itself is peculiar to it and is called ius civile (civil law) as being the special law of that civitas (state), while the law that natural reason establishes among all mankind is followed by all peoples alike, and is called ius gentium (law of nations, or law of the world) as being the law observed by all mankind. Thus the Roman people observes partly its own peculiar law and partly the common law of all mankind.*⁹

Gajus skjelner her først mellom de skrevne rettsregler og den uskrevne rett. Begrepet som betegner den uskrevne rett er mores, av mos, som vanligvis oversettes med sedvane og sedvanerett. Det som er interessant er at termen mos også utgjør grunnlaget for vår term moral. Dermed kan det også antydes en forbindelse til etikken og etiske normer. Ordet etikk er avledet av det greske ethikos som har den samme grunnbetydning som mos, nemlig sed, skikk, sedvane. Dernest skjelner Gajus mellom jus civile og jus gentium. Jus civile er det rettssystemet som gjelder i en stat eller samfunn, og som dermed med en moderne terminologi kan betegnes som nasjonal rett, mens jus gentium er det rettssystemet som er felles for alle folk, folkenes rett, eller for å bruke moderne terminologi: folkeretten eller internasjonal rett. Ifølge Cicero utgjør jus gentium en moralsk forankret rett som står over den interne positive rett:

⁸ Brian Orend. "War", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/war/>, 2008.

⁹ Gaius 1.1; Laurens Winkel, "The Peace Treaties of Westphalia as an Instance of the Reception of Roman Law," in Peace Treaties and International Law in European History, s. 225, referert etter https://en.wikipedia.org/wiki/Jus_gentium#cite_note-7.

Owing to the low ebb of public sentiment, such a method of procedure, I find, is neither by custom accounted morally wrong nor forbidden either by statute or by civil law; nevertheless it is forbidden by the moral law. For there is a bond of fellowship—although I have often made this statement, I must still repeat it again and again—which has the very widest application, uniting all men together and each to each. This bond of union is closer between those who belong to the same nation, and more intimate still between those who are citizens of the same city-state. It is for this reason that our forefathers chose to understand one thing by the universal law and another by the civil law. The civil law is not necessarily also the universal law; but the universal law ought to be also the civil law.¹⁰

I det romerske rettskonsept er altså jus gentium ikke identisk med den skrevne interne rett i en stat. På den annen side er den heller ikke helt atskilt fra dette rettssystemet, idet den kan komme til uttrykk i dette rettssystemet. Jus gentium har også en moralsk komponent i seg, og i motstrid mellom jus gentium og jus civile har jus gentium forrang. Denne moralske komponent blir svært tydelig i den del av jus gentium som dreier seg om krigføring. Dette kan illustreres ved et sitat fra Livius:

But, if the weak is not to find protection against a stronger in human laws, I will appeal to the gods, the avengers of intolerable arrogance, and will beseech them to turn their wrath against those who are not satisfied by the restoration of their own, nor by additional heaps of other men's property; whose inhuman rage is not satiated by the death of the guilty, by the surrender of their lifeless bodies, and by their goods accompanying the surrender of the owner; who cannot be appeased otherwise than by giving them our blood to drink, and our entrails to be torn. Samnites, war is just, when it becomes necessary, and arms are clear of impiety, when men have no hope left but in arms. Wherefore, as the issue of every human undertaking depends chiefly on men's acting either with or without the favour of the gods, be assured that the former wars ye waged in opposition to the gods more than to men; in this, which we are now to undertake, ye will act under the immediate guidance of the gods themselves.¹¹

Her finner vi tanken om rettferdig krig, justum bellum. Den forankres moralsk, ja som uttrykk for guddommelig beskyttelse mot urettferdighet. Krig kan skje både med og uten gudenes velvilje og det er tydelig at en rettferdig krig forutsetter gudenes velvilje og veiledning. Vi kan lese ut av teksten at krigens rette grunn er forsvar og gjenopprettelse av det som er urettmessig tatt. Maktanvendelsen skal være proporsjonal. Det er en sterk kritikk mot overdreven og unødvendig maktanvendelse. Krigen skal være nødvendig og siste utvei.

Justum bellum hadde imidlertid ikke bare en moralsk og religiøs side. Den hadde også en sterk legalistisk og prosedyremessig side. For at en krig skulle være rettferdig var det bestemte prosedyrer som måtte gjennomføres. Fetialprestene hadde ansvaret for en korrekt krigserklæring. Først skulle en prest reise frem til grensen og fremme klagemålene. Deretter skulle han reise over grensen

¹⁰ Cicero, De officiis 3.69, sitert fra M. Tullius Cicero. De Officiis. With An English Translation. Walter Miller. Cambridge. Harvard University Press; Cambridge, Mass., London, England. 1913. Citation URI: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:latinLit:phi0474.phi055.perseus-engl:pos=3.69>

¹¹ Livius 9.1, <http://oll.libertyfund.org/titles/livy-history-of-rome-vol-2>.

og gjenta klagemålene. Dersom de ikke aksepterte klagen innen 30 dager, skulle han påkalle gudene og erklære at de var urettferdige og at de ikke ville utføre det som ble krevd av dem. Så skulle han reise tilbake og overbringe budskapet til regjeringen. Regjeringssjefen skulle så konsultere senatet. Dersom et flertall mente at oppfyllelsen av rettferdigheten krevde krig, ble krigen erklært. Dette skulle så erklæres offentlig for motparten på grensen.¹² Det var altså fastsatte juridiske prosedyrer som måtte følges. En rettferdig krig hadde altså både religiøse, moralske og rettslige momenter.

*Kristianiseringen av *Justum bellum**

Helt avgjørende for den videre utvikling av rettferdig krig-tradisjonen var de religiøse endringsprosessene i Romerriket som førte til at kristendommens posisjon ble endret fra å være en liten undertrykket minoritet til å bli den dominerende religion og etter hvert den statsbærende religion under keiser Konstantin den store. Denne utviklingen innebar, ifølge Frederick H. Russell «a subtle but powerful pressure on Christian theologians to accommodate Christian citizenship to Roman war». Et uttrykk for dette var at Konstantins hoffbiskop og rådgiver Eusebius argumenterte med at Romerriket kunne forstås som et uttrykk for en guddommelig fredsbevarende orden. Følgelig kunne vanlige kristne med god samvittighet bidra til å forsvare Romerriket gjennom rettferdig krig. Geistlige derimot skulle konsentrere seg om den geistlige tjeneste.¹³ Sammenkoblingen av det kristne og det romerske ble videreutviklet av Ambrosius, en biskop som hadde bakgrunn fra keiserdømmets administrative apparat.¹⁴

Romerriket var imidlertid i stadig større grad truet av oppløsning innenfra og angrep utenfra, spesielt i den vestlige delen. Dette var den samfunnsmessige og historiske konteksten rundt Augustin, som senere er blitt stående som selve grunnleggeren av den vestlige kristne rettferdig krig-tradisjon. Mens tilnærmingen hos Ambrosius var tett koblet til det romerske, finner vi en bredere og mer overordnet tilnærming hos Augustin. Dette var nok et viktig premiss for tradisjonens overlevelse da Romerriket gikk i oppløsning og ble delt.¹⁵ Mens den østlige delen av Romerriket besto i flere hundre år i form av det bysantinske keiserdømmet, ble den vestlige delen oppløst i en rekke større og mindre enheter. Denne utviklingen førte til at den vestlige kirke fikk en sentral politisk rolle. Kirken var en overnasjonal størrelse med tilstedeværelse i de ulike territorielle

¹² Livius 1.32, <http://oll.libertyfund.org/titles/livy-the-history-of-rome-vol-1>.

¹³ Frederick H. Russell 1975. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 12.

¹⁴ Frederick H. Russell 1975. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 12-15.

¹⁵ Frederick H. Russell 1975. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 15.

enhetene. Videre hadde institusjonen et utdannet tjenestehierarki med latin som felles språk. Dette innebar at kirken fikk en viktig rolle både i administrasjon, rettsvesen og i forhandlinger.

Romerretten og utviklingen av den kanoniske rett

Utviklingen av en hierarkisk, overnasjonal og spesialisert kirkeorganisasjon, kombinert med svake og rudimentære rettssystemer utenfor kirken, medførte behovet for utvikling av et kirkelig rettssystem – den kanoniske rett. Som en konsekvens av at kirkeorganisasjonen historisk hadde blitt etablert på bakgrunn av Romerrikets struktur, samt at bruken av latin med dens klarhet og presisjon¹⁶ medførte at klassisk rettslig terminologi fra det romerske rettssystem ble videreført, ble romerretten en sentral forutsetning for den kanoniske rett. Til en viss grad kan vi si at romerretten ble videreført innenfor rammen av kirken. Når romerretten i en viss forstand fungerte som et felles rettsgrunnlag på tvers av ulike territoriale størrelser og kirken hadde funksjoner knyttet til både administrasjon, rettsvesen og forhandlinger, fremstår romerrettens betydning som tydelig.

Denne påvirkning slo også inn i utviklingen av krigens etikk innenfor kirken. Tydelig kommer dette til uttrykk hos Isidore av Sevilla som på mange måter kan sies å være den som synliggjorde en aktiv videreføring av det romerske *justum bellum* til middelalderens kirkelige kontekst.¹⁷ Dette markerer også en mer juridisk tilnærming til krigens etikk enn den mer filosofiske tilnærming vi finner eksempelvis hos Augustin. Som James Turner Johnson har fremholdt er det imidlertid hos en annen og senere middelalderforfatter, Gratian, at vi finner det første gjennomførte uttrykket for en konsolidert kanonisk rett og at «Both the theological and the legal streams of thought of justice in war in the late Middle Ages seem ultimately to flow from Gratian».¹⁸ Gratians *Decretum* fra midten av 1100-tallet fikk senere en sentral plass i samlingen av den kanoniske rett - *Corpus Iuris Canonici*.

Skolastisk teologi og ridderkodeks

Det var ikke bare videreføringen av elementer fra romerretten og utviklingen av den kanoniske rett som dannet grunnlaget for middelalderens rettferdig krig-

¹⁶ Runciman. *The Eastern Schism: A study of the Papacy and the Eastern Churches during the XIth and XIIth Centuries*, s. 8.

¹⁷ Frederick H. Russell 1975. *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 27.

¹⁸ James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 34.

tradisjon. James Turner Johnson fremholder at to andre kilder også var viktige. Det var den skolastiske teologi og ridderkodeks.¹⁹ I den skolastiske teologi ble krigens etikk behandlet fra et teologisk og filosofisk perspektiv. I en særstilling står her Thomas Aquinas' *Summa Theologica*. Sentral betydning har også de senskolastiske teologene Victoria og Suarez. Hos dem finner vi en klar og tydelig naturrettslig tilretteleggelse av krigens etikk. I dette ligger også forutsetningene for det Johnson kaller en sekularisering av rettferdig krig-doktrinen.²⁰

En annen sentral faktor i utviklingen av rettferdig krig-tradisjonen var ridderkodeksene. Den kanoniske rett hadde naturlig nok et kirkelig perspektiv. Det var i særskilt grad knyttet til kirkelige behov. Når kirken i rammen av den kanoniske rett søkte å regulere hvem som skulle beskyttes i krig, var utgangspunktet i særlig grad knyttet til geistliges immunitet. Ridderkodeksene hadde et helt annet utgangspunkt. Deres utgangspunkt var det militære, de som selv var i krig. Ridderkodeksene kan forstås som idealer eller dyder for ridderne. Vanlige ridderdyder i middelalderen var dyder som mot, lydighet, høflighet og ære.²¹ Slike ridderkodekser er viktige fordi de er reguleringer som kommer fra de krigførende selv. De har altså en indre og autonom legitimitet som ytre reguleringer fra andre institusjoner, eksempelvis kirken, ikke nødvendigvis innehar. James Turner Johnson fremholder i denne sammenheng følgende:

*The condensation of the knightly code required that knights should protect, not harm, the weak and innocent: women, children, the aged, the sick, clergy and monks, peaceful persons everywhere. Part of the reason for this was the pride of station knights had as a result of belonging to an unique and sharply differentiated social class. At its best, such pride enhanced the protection of noncombatants, with implications going well beyond those of the cannon law.*²²

Sekulariseringen av rettferdig krig-tradisjonen

Middelalderens rettferdig krig-tradisjon var en kombinasjon av teologiske, filosofiske, juridiske og profesjonsetiske elementer. Dens kilder lå både i romerretten, i kanonisk rett, i skolastisk teologi, så vel som i ridderkodekser. Kontekstuellet må den forstås innenfor rammen av middelalderens kristne univers. Allerede i tradisjonens ulike kilder og ulike elementer ligger en utfordring hva angår enhet

¹⁹ James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 122-123.

²⁰ James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 150-203.

²¹ James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 133-134.

²² James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 135-136.

og sammenheng. Denne utfordringen forsterkes som en følge av endringsprosesser i den ideologiske, kulturelle, samfunnsmessige og militære konteksten.

Som vist tidligere var det allerede i tradisjonen trekk som pekte i retning av en ny basis. Den naturrettslige tilretteleggelsen i senskolastikken åpnet opp for en ikke-kirkelig forankring av tradisjonen. En naturrettslig tilretteleggelse forutsetter at både begrunnelser, normer og handlingsregler er universelle og fremstår som gyldige uavhengig av religiøs og kulturell ramme. Den konfesjonelle splittelsen som skjedde i Europa gjennom reformasjonen var en viktig kontekstuell faktor. Rettferdig krig-tradisjonen hadde blitt utviklet i en del av verden som nok var politisk splittet, men som hadde en felles religion og med den katolske kirke som et sammenbindende element. Ved reformasjonen ble denne enheten brutt. Spørsmålet om den rette religion og krig for å sikre en bestemt konfesjon ble aktualisert. Dette fant sin løsning i Westfalenfreden i 1648 etter religionskrigene. Her ble det slått fast at de verdslige fyrstene hadde maktsuverenitet på territoriet, herunder prinsippet om ikke-intervensjon i indre forhold, og at konfesjon var et slikt indre forhold. Gjennom dette ble spørsmålet om religion definert bort fra krigsskueplassen. Krig var et verdslig anliggende om verdslige forhold. Med andre ord: krigen ble sekularisert. Dette fikk også konsekvenser for videreutviklingen av rettferdig krig-tradisjonen.

Først og fremst fikk det den konsekvens at det etter hvert ble utviklet en sekulær innrettet rettstenking om krig, med Hugo Grotius som foregangsperson.²³ Denne tenkningen hadde i stor grad en naturrettslig basis. Gjennom dette var krigens rett i ferd med å bli differensiert som et eget felt, atskilt fra en teologisk forankret argumentasjon. Det var imidlertid ikke bare en tradisjonell kirkelig tilnærming som slik fikk en redusert betydning i den videre diskurs. Også den tradisjonelle ridderkodeksen med sin dydsetiske innretning mistet betydning. Grunnen til dette var grunnleggende strukturelle endringer i de militære styrker knyttet til fremveksten av store vernepliktsarmeer. Her ble disiplin viktigere enn profesjonsetikk.²⁴ Summen av disse to utviklingstrekkene kan sies å være at krigens rett og krigens etikk konseptuelt drev ifra hverandre.

Kodifiseringen av krigens rett

I siste halvdel av 1800-tallet startet en kodifisering av krigens rett gjennom både interne retningslinjer og i form av internasjonale traktater og konvensjoner. På

²³ James Turner Johnson 1975. *Ideology, Reason, and the Limitation of War. Religious and Secular Concepts 1200–1740*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 208-232.

²⁴ James Turner Johnson 1981. *Just War Tradition and the Restraint of War*. Princeton, NJ: Princeton University Press, s. 184-185.

den ene side forsterket denne kodifiseringen skillete mellom krigens rett og krigens etikk gjennom at krigens rett ble materialisert gjennom positiv rett. På den annen side kan også kodifiseringen sies å ha en sterk etisk motivasjon. Dette er spesielt tydelig i Henri Dunants arbeid for kodifisering av krigens rett på begynnelsen av 1860-tallet. Den tidligere nevnte martenske klausul kan fortolkes i begge retninger. På den ene side henviser den til behovet for å legge til grunn bestemte etiske prinsipper som en konsekvens av at det ikke finnes en fullstendig kodifisering. På den annen side kan henvisningen til de etiske prinsippene brukes til å argumentere for relevansen av krigens etikk i kodifiseringen av krigens rett. Også Nürnbergprosessen aktualiserer som vist tidligere relasjonen mellom kodifisering av rettsregler og etiske normer.

En komplementær modell

Det er nærliggende å tenke seg at Nürnbergprosessen tematiserer konflikten mellom positiv rett og etiske normer. Selv om de anklagede hevdet de hadde handlet i samsvar med positiv rett, ble de allikevel dømt. Begrunnelsen var at de skulle ha handlet i tråd med andre normer, selv om disse var i strid med positiv rett. Dette må allikevel ikke forlede oss til å betrakte den positive skrevne krigens rett som et problem eller hemsko for rett handling i krig, snarere tvert imot. Nürnbergprosessen uttrykker at krigens rett ikke kan begrenses til de til enhver tid gjeldende rettsregler i et samfunn. Det er behov for et bredere og dypere perspektiv enn de skrevne rettsregler. Dette gjelder også den enkelte. Slikt sett gir det mer mening å tale om en komplementaritet enn av en konflikt mellom krigens rett og krigens etikk. Krigens rett kan forstås som en ytre regulering av legale handlinger i krig. En slik ramme er nødvendig både individuelt og kollektivt. Samtidig er det også nødvendig med en indre regulering i form av etisk bevissthet og dømmekraft. Denne regulering dreier seg om å kunne handle adekvat i komplekse situasjoner hvor regelverket ikke gir klare og entydige svar. Dernest dreier den seg om å kunne vurdere det faktiske foreliggende regelverket og de beslutninger som foretas på grunnlag av det. Et slikt etisk ansvar påhviler alle.

Nils Terje Lunde (f 1971). Dr theol. Sjef for fagavdelingen i Feltprestkorpset. Har tidligere vært feltprest ved Tromsø sjøforsvarsdistrikt, Luftkrigsskolen, Forsvarets stabsskole og for norske styrker i Afghanistan. Lunde har blant annet utgitt «Norm og situasjon. en drøfting av krig/fred-spørsmålet i lys av kirkelig debatt i Norge i tiden 1945-2003» (dr avh), «Fra Forsvaret i kirken til kirken i Forsvaret: kirkelig-militære relasjoner i Norge gjennom 1000 år» og har redigert flere utgivelser innenfor det militæretiske fagfeltet.