

## МАРТЕНСОВА КЛАУЗУЛА У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ

### Апстракт

*Мартенсова клаузула једна је од најпознатијих одредаба ратног права којом се у недостатку кодификованих правила становништву и борцима пружа заштита на основу међународних обичаја, закона човечности и захтева јавне свести. Иако ову клаузулу садрже сви главни уговори из области међународног ратног и хуманитарног права, у теорији и пракси не постоји сагласност у погледу њене правне природе, домаћаја, значења и садржине. Поред тога, спорно је питање да ли се из ове клаузуле може извести забрана употребе нуклеарног оружја. Аутор чланка се определио да одговоре на постављена питања потражи у јуриспруденцији Међународног суда правде, првенствено у његовом саветодавном мишљењу о законитости нуклеарног оружја.*

**Кључне речи:** *Међународни суд правде, Мартенсова клаузула, међународни обичај, начела човечности, захтеви јавне свести, нуклеарно оружје.*

### 1. УВОД

Протекло је више од сто година од када је у увод Друге хашке конвенције о законима и обичајима сувоземног рата унета одредба по којој стране уговорнице:

"у очекивању доношења потпунијег зборника ратних закона, потврђују да у случајевима који нису обухваћени правилима која су оне усвојиле, становништво и борци остају под заштитом и влашћу начела

---

<sup>1</sup> Редовни професор на Правном факултету у Нишу

међународног права која произилазе из обичаја утврђених међу цивилизованим народима, закона човечности и захтева јавне свести".<sup>2</sup>

Названа по свом творцу, руском дипломати и правнику Ф. Ф. Мартенсу,<sup>3</sup> ова клаузула добила је значајно место на подручју међународног ратног и хуманитарног права. Поред Четврте хашке конвенције о сувоземном рату од 1907. године и Протокола о забрани употребе у рату загушљивих, отровних и сличних гасова и бактериолошких средстава из 1925. године, она је садржана у све четири Женевске конвенције о заштити жртава рата од 1949. године, два допунска Протокола уз ове конвенције из 1977. године, као и у Конвенцији о забрани или ограничењу употребе одређених врста класичних оружја за која се може сматрати да изазивају прекомерне трауматске ефекте или да делују без разликовања у погледу циљева од 1980. године.<sup>4</sup>

Овако широко прихватање Мартенсове клаузуле није могло да остане без одјека у пракси Међународног суда правде. У случају Крфског мореуза Суд се, не помињући изричито клаузулу, позвао на "елементарне обзире човечности" који се примењују како за време рата, тако и у доба мира.<sup>5</sup> Суд је слично поступио у случају војних и паравојних активности у и против Никарагве, с тим што је "обзире хуманости" довео у везу са забранама садржаним у заједничком чл. 3 Женевских

---

<sup>2</sup> Став 9 преамбуле II Хашке конвенције од 1899. године; за текст видети: International Law concerning Conduct of Hostilities, Collection of Hague Conventions and some others international instruments, Geneva, 1996, pp. 13-14.

<sup>3</sup> Више о животу и раду Мартенса: В.В. Пустогаров, Ф. Ф. Мартенс, Юрист, дипломат, публицист, Советский ежегодник международного права, 1991, стр. 76-94; исти аутор, Un humaniste des temps modernes, Revue internationale de la Croix-Rouge, 1996, no 814, pp. 322-338.

<sup>4</sup> Видети: став 8 преамбуле IV Хашке конвенције (за текст: Извори међународног хуманитарног права, Београд, 1999, стр. 269); ставови 1 и 3 преамбуле Женевског протокола (Ibid., стр. 306); чл. 63, став 4 I Женевске конвенције, чл. 62, став 4 II Женевске конвенције, чл. 142, став 4 III Женевске конвенције и чл. 158, став 4 IV Женевске конвенције (за текст: Службени лист ФНРЈ, бр. 24/1950); чл. 1, став 2 Протокола I и став 4 преамбуле Протокола II (за текст: Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 3/16/1978); став 5 преамбуле Конвенције (Ibid., бр. 3/1982). Сличну одредбу садрже војни приручници појединих држава (на пример, став 6 Приручника САД за копнене трупе, ставови 1-7 (b) Приручника за ваздушне снаге, ставови 2, 3 и 5 Приручника В. Британије, став 129 Приручника Немачке). Више о томе: Т. Meron, The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience, American Journal of International Law, 2000, no 1, pp. 78-79, note 7.

<sup>5</sup> International Court of Justice (даље: ICJ), Reports, 1949, p. 22.

конвенција.<sup>6</sup> Међутим, тек ће захтев Генералне скупштине за саветодавним мишљењем о питању законитости нуклеарног оружја<sup>7</sup> бити прави повод за разматрање Мартенсове клаузуле. Том приликом, истина више у коментарима држава и издвојеним мишљењима судија него у самом саветодавном мишљењу, покренут је читав низ питања, почевши од правне природе, сврхе, домашаја и значења клаузуле, преко њене садржине и елемената, па све до разматрања забране нуклеарног оружја у светлу ове клаузуле.

## 2. ПРАВНА ПРИРОДА КЛАУЗУЛЕ

Проблем правне природе Мартенсове клаузуле своди се на питање да ли је она само свечана декларација лишена правне обавезности или је реч о правилу правног карактера. У прилог првог становишта говори чињеница да се у међународним уговорима ова клаузула обично наводи у уводном делу заједно са другим мотивима за закључење уговора. Таквој изјави, као изразу жеља и намера уговорница, један део доктрине одриче нормативни карактер и даје значај само у области тумачења начела и правила међународног права.<sup>8</sup>

Уношење Мартенсове клаузуле у преамбулу конвенција из области ратног права, ипак, није битније утицало на став војних и међународних судова о њеној правној вредности. У спору *Grupр Војни суд САД* са седиштем у Нирнбергу јасно је рекао:

"Преамбула (Хашке конвенције од 1907. године) много је више од обичне свечане декларације. То је општа клаузула која обичаје установљене међу цивилизованим народима, законе човечности и захтеве

---

<sup>6</sup> Ibid., 1986, pp. 113-114. Према тумачењу генералног секретара УН Међународни суд правде је признао да су забране садржане у заједничком члану Женевских конвенција засноване на елементарним обзирима хуманости, те да не могу бити прекршене у оружаном сукобу без обзира на међународни или унутрашњи карактер; Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704, 1993, para. 48, no 9.

<sup>7</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, Reports, 1996.

<sup>8</sup> C.Greenwood, Historical Development and Legal Basis, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, D.Fleck (ed.), Oxford-New York, 1995, p. 28; G. Schwarzenberger, The Legality of Nuclear Weapons, London, 1958, pp. 274-275; A.Cassese, The Martens Clause: Half a Load or Simpli Pie in the Sky?, European Journal of International Law, 2000, no 1, pp. 189-190, note 4.

јавне свести претвара у правни критеријум који треба применити када посебне одредбе Конвенције и Правилника који јој је приложен не предвиђају одређене случајеве који се могу догодити током или у вези са ратом".<sup>9</sup>

Редактори Женевских конвенција о заштити жртава рата, такође, нису имали никакве сумње у погледу правног карактера Мартенсове клаузуле. Ову одредбу они су укључили у део који уређује последице отказивања Конвенција. Према заједничком члану све четири конвенције стране у сукобу остају и у случаја отказа везане начелима међународног права која проистичу из обичаја установљених међу цивилизованим народима, закона човечности и захтева јавне свести. Такво одређење указује на важење клаузуле као норме међународног обичајног права, будући да се њена примена протеже и на државе које више нису везане уговорима у којима је она садржана.<sup>10</sup>

Извесне недоумице око места Мартенсове клаузуле постојале су током припреме допунских протокола уз Женевске конвенције, јер је у нацртима тих докумената она била укључена у текст преамбуле. На Конференцији то је решење задржано у односу на Протокол II који, с обзиром да регулише немеђународне оружане сукобе, у уводу не помиње обичај и међународно право, већ једноставно подсећа "да у случајевима који нису обухваћени човекова личност остаје под заштитом начела човечности и захтева јавне свести". Кад је реч о Протоколу I, који се односи на међународне сукобе, одлучено је да се Мартенсова клаузула из преамбуле пребаци у оперативни део и то став 2 чл. 1 који одређује да "у случајевима који нису предвиђени овим Протоколом или другим међународним споразумима, грађанска лица и борци остају под заштитом начела међународног права која произилазе из установљених обичаја, начела човечности и захтева јавне свести".

Полазећи од наведених текстова, Међународни суд правде је у свом саветодавном мишљењу изнео два става од значаја за оцену правне природе Мартенсове клаузуле. Најпре, приликом разматрања примене Протокола I на државе које нису стране уговорнице, Суд је нашао да управо ова клаузула представља пример правила које је "само израз

<sup>9</sup> Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no 10, London, 1949, Vol. 9, Part II, p. 1341.

<sup>10</sup> G. Abi-Saab, The Specificities of Humanitarian Law, Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, Ch. Swinarski (ed.) Geneva-The Hague, 1984, p. 275.

већ постојећег обичајног права".<sup>11</sup> С друге стране, његово је становиште да се не може ставити под сумњу "континуирано постојање и примењивост Мартенсове клаузуле".<sup>12</sup>

Ови начелни ставови били су предмет ширих коментара у издвојеним мишљењима судија. По речима Weeramantry-а стране уговорнице конвенција из области ратног и хуманитарног права изричито су признале да Мартенсова клаузула чини "део постојећег права". На основу таквог прихватања од стране држава она је "стекла опште признање у међународној заједници" и представља "саставни и добро утемељени део садашњег међународног обичајног права". Нико данас не може оспоравати да су начела садржана у овој клаузули "прерасла у међународно обичајно право".<sup>13</sup> Корак даље у анализи правне природе Мартенсове клаузуле отишао је Shahabuddeen чији је став да клаузула као правило међународног обичајног права има нормативни карактер, односно да представља правило понашања држава. Тешко је видети које правило понашања држава она одређује, каже овај судија, ако се њоме државе само подсећају на норме понашања које су потпуно изван клаузуле. Према томе, Мартенсова клаузула није просто позивање на постојање других правила међународног права која не садржи одређени уговор, већ и сама има нормативну вредност и делује независно од других правила.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> У параграфу 84 саветодавног мишљења, између осталог, се каже: "Суд посебно подсећа да су све државе везане оним правилима Допунског протокола која су у време усвајања била само израз већ постојећег обичајног права, што је случај са Мартенсовом клаузулом, која је поново потврђена у првом члану Допунског протокола I (ICJ, Reports, 1996, p. 259). Овај, више него јасан став о обичајноправној природи клаузуле у доктрини се наводи без ближих коментара и објашњења (L.S.Beck, International Humanitarian Law and Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, International Review of the Red Cross, 1997, no 316, p. 48; T.Meron. op. cit., p. 87). Неки писци, међутим, замерају Суду што у свом мишљењу није објаснио ни начин на који је ова клаузула постала део међународног обичајног права ни последице њеног обичајноправног карактера (A.Cassese, op. cit., p. 204).

<sup>12</sup> Параграф 87 саветодавног мишљења гласи: "Конечно, Суд у Мартенсовој клаузули, чије се континуирано постојање и примењивост не могу ставити под сумњу, види потврду да се начела и правила хуманитарног права примењују на нуклеарно оружје"(ICJ, Reports, 1996, p. 260).

<sup>13</sup> Ibid., pp. 484-486.

<sup>14</sup> Враћајући се на ток расправе која се водила на Првој хашкој мировној конференцији, судија подсећа да су после усвајања декларације руског делегата Мартенса чак и државе противнице нацрта спорних одредаба гласале за њихово уношење у коначни текст Конвенције. Разлоге за такав преокрет он налази управо у томе што Мартен-

### 3. СВРХА, ДОМАШАЈ И ЗНАЧЕЊЕ КЛАУЗУЛЕ

Мада сачињена уопштено и у свечаном облику, Мартенсова клаузула имала је првобитно доста скромну сврху. Непосредни повод за њено прихватање било је питање положаја становништва неокупиране територије које се подигло на устанак у циљу пружања отпора.<sup>15</sup> Како је неслагање о овом питању у једном тренутку угрозило рад Хашке конференције, декларација Мартенса, којом се наоружаном народу окупиране територије пружа допунска заштита на основу обичаја, закона човечности и захтева јавне свести, послужила је као спасоносно решење.<sup>16</sup> Међутим, за разлику од других правила хашких конвенција, мисија Мартенсове клаузуле на терену међународног ратног права није тима завршена. Још су крајем XIX века њени творци били свесни да у догледној будућности није могуће спровести општу кодификацију ратног права. У исто време, они нису хтели да случајеве које није било могуће обухватити писаним правилима "препусте самоволјној оцени

---

сова клаузула има сопствену нормативну снагу и моћ да, независно од других правила, врши контролу војног понашања држава (*Ibid.*, pp. 405, 408-409).

<sup>15</sup> Мале и војно слабе државе, свесне да немају много изгледа да се супротставе снажним нападачким армијама, тражиле су да се припадницима наоружаног народа призна статус "законитих" бораца. По речима белгијског делегата Veernaert-а, одредбе Бриселске декларације (од 1874. године која није никада ратификована) нису предвиђале право свих грађана окупиране територије да пруже отпор окупатору, мада је то основно право свих становника нападнуте земље. Тај предлог подржале су В. Британија и Швајцарска. Насупрот томе, тадашње велике силе одбијале су да овим лицима пруже међународну заштиту поступајући према њима са изузетном строгошћу и кажњавајући их по кратком поступку. Тако су Немачка и Русија на Конференцији у први план истакле заштиту својих линија комуникација на окупираној територији и немогућност да се тај интерес помири са захтевом становништва на пружање законитог отпора окупатору. Више о томе: A.Cassese, *op. cit.*, pp. 194-196.

<sup>16</sup> После усвајања декларације Белгија је повукла свој предлог, а када је исто учинила В. Британија, изгледало је да су задовољени интереси обе групе држава. Каснији развој обичајног ратног права показаће, међутим, да је Мартенсова декларација била вешт дипломатски маневар којим су велике силе надмудриле мале земље. Наиме, до краја II светског рата, па и касније, поступање са партизанима и другим борцима било је у потпуној супротности са словом и духом клаузуле, будући да су они у пракси проглашавани бандитима и терористима. Тек је 1949. године припадницима организованог покрета отпора на окупираној територији признат статус законитих бораца под условом да испуњавају захтеве из чл. 4 III Женевске конвенције. Види о томе: К. Обрадовић, *Међународно право оружаних сукоба-од ратног до хуманитарног, Хуманитарно право-Савремена теорија и пракса*, Београд, 1997, стр. 58-59.

војних заповедника".<sup>17</sup> Тако ће Мартенсова клаузула постати средство за покриће ратних ситуација које се у пракси могу појавити, а нису уговорно регулисане.

Каснији развој ратног права потврдиће овако схваћену сврху клаузуле. Понављање клаузуле у свим најважнијим актима из ове области очито је израз настојања аутора тих текстова да се избегне опасност од *non liquet*-а, те да се њеним коришћењем попуне постојеће празнине у кодификованом ратном праву. Таква функција клаузуле потврђена је пред Међународним судом правде. Као што је у писменим коментарима појединих држава наглашено "Мартенсова клаузула није била историјска заблуда. Бројне савремене конвенције из области ратног права које су јој осигурале дуговечност" показују њен циљ "да потврди важност међународног права чак и у случајевима када постојеће међународне конвенције не прописују правила која ће бити примењена у одређеним ситуацијама."<sup>18</sup> Једино је Руска федерација оспорила сврсисходност Мартенсове клаузуле, износећи екстремни став да је она, потпуном кодификацијом ратног права која је спроведена 1949. и 1977. године Женевским конвенцијама и допунским протоколима, постала сувишна и непримењива.<sup>19</sup>

Упоредо са прерастањем у општу формулу за попуњавање празнина које нису могле бити уговорно нормиране, дошло је до значајног проширења подручја важења клаузуле. Првобитно ограничена на случајеве ратне окупације, она је данас од значаја за читаво ратно право. У прилог овако схваћеног домашаја изјаснио се и Међународни суд правде. Према мишљењу Суда, Мартенсова клаузула спада међу основна начела међународног хуманитарног права као што су разликовање

---

<sup>17</sup> Став 7 преамбуле Хашке конвенције о законима и обичајима рата на копну од 1907. године (за текст видети: Извори међународног хуманитарног права, Београд, 1999, стр. 267).

<sup>18</sup> Nauru, exposé écrit sur l'avis demandé par l'Organisation mondiale de la Santé, p. 46; Written Statement of Mexico, Compilation of Written Statements, UNAN 95/3, p.13. Исти став изнео је судија Shahabuddeen, по коме је ова клаузула била "намењена за попуњавање празнина које су остале нерегулисане у међународном уговорном праву" (ICJ, Reports, 1996, p. 405), док судија Weeramantry њену данашњу улогу види у томе што "она јасно показује да иза прецизних и већ фпмулисани правила постоји скуп општих и довољно добро утемељених начела примењивих у ситуацијама које још нису регулисане посебним правилима" (Ibid., p. 484).

<sup>19</sup> Written Statement of the Russian Federation, Compilation of Written Statements, ANW, 19 July 1995, p. 13.

између бораца и небораца, забрана директних напада на цивилно становништво и објекте, забрана наношења сувишних патњи и одсуство неограничене слободе држава у избору начина и средстава ратовања. На основу тога, Суд је закључио да ова клаузула представља "ефикасно средство које се супротставља брзом развоју војне технологије".<sup>20</sup>

Доводећи у непосредну везу Мартенсову клаузулу са поменутиим принципима хуманитарног права, Суд је подручје њене примене дефинисао на најшири начин. Она је релевантна не само за заштиту цивилног становништва, већ свих жртава рата независно од њиховог посебног статуса. С друге стране, клаузула долази у обзир за примену на нова средства ратовања која су се појавила након њеног настанка или ће се тек појавити у будућности.<sup>21</sup>

За разлику од прилично јасних и подударних ставова о подручју примене, питање значења Мартенсове клаузуле остало је нерешено и спорно. У саветодавном мишљењу Међународног суда нема ничега што би могло, макар посредно или у преносном смислу, да укаже на смисао који ова клаузула има у међународном праву. Нешто више светлости на тај проблем бацају изјаве држава, али се њихова тумачења клаузуле у великој мери разликују. Ипак, уз извесну дозу упрошћавања, могу се

---

<sup>20</sup> Параграф 78 саветодавног мишљења гласи: "Кардинална начела садржана у текстовима који чине грађу хуманитарног права су следећа. Прво начело има сврху да заштити цивилно становништво и цивилне објекте и да успостави разлику између бораца и небораца; државе не смеју никада да узму цивиле за предмет напада, нити да користе оружје које није погодно за разликовање цивилних и војних циљева. Према другом начелу забрањено је наносити сувишне патње борцима; забрањено је, дакле, коришћење оружја које борцима наноси такве патње или их непотребно погоршава. У примени овог другог начела државе немају неограничену слободу у избору оружја које користе.

Суд ће, исто тако, навести у вези са овим начелима Мартенсову клаузулу, први пут укључену у II Хашку конвенцију о законима и обичајима рата на копну из 1899. године, која се показала као ефикасно средство за супротстављање брзом развоју војне технологије" (ICJ, Reports, 1996, p. 257).

<sup>21</sup> Исти закључак у погледу домаћаја клаузуле намеће се анализом издвојених мишљења судија. По речима Weeramantry-ја, Мартенсова клаузула "у неколико редова сажима читаву филозофију ратног права", те се без обзира на њено порекло везано "за положај покрета отпора на окупираној територији...данас сматра примењивом на целокупно хуманитарно право"(Ibid., pp. 483, 486). Судија Shahabuddeen определио се за динамички приступ у оцени сфере важења клаузуле, истичући да се "она мора дефинисати у светлу измењених услова, укључујући појаву нових средстава и начина ратовања... Принципи треба да остану стални, али њихов практични учинак не може да буде исти; они могу да допусте одређени начин ратовања у једној епохи, а да га забране у другој"(Ibid., p. 406).



издвојити три основна гледишта о правном значењу који треба дати Мартенсовој клаузули.

Прво и најуже схватање је да се њен смисао састоји у потврди важења обичајног ратног права које није укључено у кодификацију. Практично то значи да се после усвајања уговора који регулише посебне аспекте ратног права на непредвиђене случајеве и даље примењују постојеће обичајне норме. Такво тумачење дали су представници В. Британије и САД, указујући да из тога што извесни случајеви нису обухваћени правилима Хашких и Женевских конвенција нужно не следи да су остали нерегулисани, будући да могу бити уређени обичајним правилима уколико таква правила постоје у погледу одређене материје.<sup>22</sup> Ово, међутим, није био њихов коначан став о значењу Мартенсове клаузуле, већ само полазни основ за прихватање, односно оспоравање других могућих тумачења.

Према нешто ширем гледишту, Мартенсова клаузула значи да начини и средства ратовања који нису регулисани, односно забрањени постојећим уговорима ратног права нису самим тим допуштени. Краће речено, све оно што није изричито забрањено не мора нужно бити законито. Полазећи од овог схватања клаузуле, амерички представник Matheson доказивао је да "непостојање посебне уговорне одредбе која забрањује употребу нуклеарног оружја, узето самостално, не намеће закључак да таква употреба јесте или није незаконита,"<sup>23</sup> док је Аустралија Мартенсову клаузулу схватила као "признање да се из чињенице да одређено понашање није забрањено међународним уговором не може извести закључак да је такво понашање у складу са општим начелима хуманитарног права".<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ово мишљење је у складу са традиционалним америчким ставом да клаузулу треба тумачити као признање континуираног важења обичајних правила која нису измењена уговором и обичаја као могућег извора нових правила (B.M.Carnahan, Rules of International Humanitarian Law, Report on the Practice of the United States, G-2, 1997; наведено према: T.Meron, *op. cit.*, p. 87, note 48).

<sup>23</sup> ICJ, Verbatim Records, 1995, CP 95/34, p. 98. Видети и писмену изјаву В. Британије: Compilation of Written Statements, UN AW 95/31, p. 48.

<sup>24</sup> Australian Statement, Australian Yearbook of International Law, 1996, p. 685. За став доктрине о томе: N.Sing-E.Mc Whiney, Nuclear Weapons and Contemporary International Law, Dordrecht, 1989, pp. 46-47; Y.Sandoz, Ch.Swinarski, B.Zimmermann, Commentaire des Protocoles additioneles du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève, 1986, pp. 38-39; H.Strebel, Martens Clause, Encyclopedia of Public International Law, R.Bernhard (ed.), Heidelberg-New York, 1982, Vol. 3, p. 252.

Треће и најшире тумачење смисао Мартенсове клаузуле не ограничава на очување важности постојећег обичајног права нити види у томе да се у случају одсуства специфичне уговорне забране избегне примена аргумента а *contrario*. Њено правно значење се проширује изван оквира обичајног и уговорног ратног права тиме што се понашање страна у оружаном сукобу оцењује на основу начела међународног права садржаних у овој клаузули. Опредељујући се за такво тумачење, неке државе су тврдиле да се законитост сваког појединачног понашања у рату може директно ценити према овим принципима. Отуда није довољно из ове клаузуле закључити да акције које нису изричито забрањене уговорним и обичајним правилом нису *ipso facto* дозвољене. Поред тога, она значи да забране у рату могу настати и бити обавезне и на основу општих начела међународног хуманитарног права за које се не тражи сагласност држава.<sup>25</sup>

Суочен са овако супротстављеним ставовима Суд се није приклонио ни једном од предложених тумачења. Неизјашњавање Суда, ипак, није спречило судије који су остали у мањини да изнесу своје виђење значења клаузуле. Доводећи у питање оправданост сваког истраживања специфичних забрана одређених оружја, Когота каже да се:

"лакомислено трагање за изричитом правном забраном може објаснити само екстремним позитивизмом".<sup>26</sup>

За судију Weeramantry-а:

"осим изричитих забрана, постоји подручје општих начела хуманитарног права", тако да "сваки развијени правни систем има, као допуну специфичних наредби и забрана, низ општих начела која се с времена на време примењују на појединачне поступке и догађаје који раније нису били предмет изричитог регулисања."<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> У овом смислу представник Соломонских острва (J.Burroughs, *The Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1998, p. 102) и Аустралије (ICJ, CR, 30 October 1995, p. 57). За став доктрине: R.Ticehurst, *La clause de Martens et le droit des conflits armés*, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, no 317, pp. 134, 137.

<sup>26</sup> ICJ, Reports, 1996, p. 564.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 493. Са своје стране судија Shahabuddeen додаје да примена Мартенсове клаузуле не зависи од постојања правила међународног права, јер она "са сопственим ауторитетом, самостално и уверљиво, на основу већ постојећих принципа међународног права регулише понашање војних снага у случају када уговорно право не садржи одговарајуће правило" (*Ibid.*, p. 408).

#### 4. САДРЖИНА И ЕЛЕМЕНТИ КЛАУЗУЛЕ

Садржина Мартенсове клаузуле није битније измењена<sup>28</sup> од времена када се први пут појавила на подручју међународног ратног права. Без обзира на то да ли је била у уводном или завршном делу уговора, ова одредба увек се позивала на начела међународног права, везујући њихово порекло за три различита извора: обичаје установљене међу цивилизованим народима, законе човечности и захтеве јавне свести. Новији уговори међународног хуманитарног права, такође, садрже те елементе клаузуле, мада их формулишу као "установљене обичаје" (уместо "обичаја установљених међу цивилизованим народима") и начела човечности (уместо "закона човечности").<sup>29</sup> Пошто је то оценио модерном верзијом клаузуле, Међународни суд се у саветодавном мишљењу не упушта у разматрање њене садржине, па ће анализа елемената Мартенсове клаузуле бити ограничена на ставове држава, издвојена мишљења судија и раније судске одлуке.

У односу на обичај као извор начела међународног права и први елемент клаузуле није било посебних коментара. Нико није довео у питање улогу обичаја у процесу настанка и изградње општих начела, као и значај клаузуле за очување важности обичајних норми у регулисању оружаних сукоба. То да Мартенсова клаузула потврђује обичајно право, да се послужимо речима једног судије, није уопште потребно наглашавати.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> У верзији из 1907. године израз "жители" (inhabitants) замењен је термином "становници" (populations), стари назив "право народа" (law of nations) данашњим називом "међународно право" (international law), док је реч "requirements" промењена у "dictates".

<sup>29</sup> У ставу 2 чл. 1 Протокола I уместо "usages established between civilized nations" каже се "established custom", а израз "laws of humanity" замењује се термином "principles of humanity". Из поменутих разлога Протокол II у преамбули уопште не помиње "обичај" (custom) и међународно право (international law), док се заштита на основу "начела хуманости" и "захтева јавне свести" пружа не "грађанским лицима" (civilians) и "борцима" (combatants), већ "човековој личности" (human person).

<sup>30</sup> ICJ, Reports, 1996, p. 408. Спорно је једино било питање какав правни значај у склопу клаузуле треба дати изразу "установљени обичај" ("established custom) који је заменио традиционални термин "обичај" или "употреба" (usages). Указујући на познате доктринарне ставове о разлици између ратних обичаја и међународног обичајног права судија Shahabuddeen се определио за схватање по коме је улога обичаја у стварању начела међународног права независна од остала два елемента клаузуле " будући да је

Закони или начела човечности нису непознати у међународној судској пракси, јер се под називом "елементарни обзири хуманости" помињу у већем броју судских и арбитражних одлука, али не као део Мартенсове клаузуле, већ у вези са обавезама држава. У случају Крфског канала Међународни суд је стао на становиште да су:

"обавезе Албаније засноване, не на VIII Хашкој конвенцији из 1907. године, која се примењује у време рата, већ на одређеним опште-признатим начелима, а наиме елементарним обзирима човечности, који су чак строжији у доба мира, него у време рата."<sup>31</sup>

Решавајући о меритуму у случају војних и паравојних активности у и против Никарагве исти Суд је рекао да се:

"понашање САД може ценити према основним општим начелима хуманитарног права" и да "одређена правила наведена у заједничком члану 3 Женевских конвенција представљају правила која, по његовом мишљењу, одговарају ономе што је 1949. године назвао елементарним обзирима хуманости."<sup>32</sup>

У саветодавном мишљењу о законитости нуклеарног оружја Суд се поново позвао на "обзире хуманости", али овај пут у вези са основним правилима хуманитарног права која државе морају поштовати као неповредива начела међународног обичајног права."<sup>33</sup>

Из ових ставова међународне јуриспруденције недвосмислено произилази да "елементарни обзири хуманости" данас представљају опште начело међународног права које намеће државама непосредне обавезе. Није, међутим, јасно да ли се и закони и начела човечности, садржани у Мартенсовој клаузули, могу сматрати изворима начела међународног права која директно обавезују државе. Како се Међународни суд није о томе изјаснио, судија Shahabuddeen сматра да је Мартенсова клаузула довољан ауторитет да се начела хуманости третирају као начела међународног права. Отуда:

"није потребно на другом месту тражити посебан извор ових начела, јер тај извор представља сама клаузула."<sup>34</sup>

---

установљени обичај сам по себи довољан за идентификацију правила међународног обичајног права, па кумулативно тумачење није вероватно" (Ibid., р. 406).

<sup>31</sup> ICJ, Reports, 1949, р. 22.

<sup>32</sup> Ibid., 1986, pp. 113-114.

<sup>33</sup> Ibid., 1996, р. 257.

<sup>34</sup> Упорниште за такав став он налази у мишљењима писаца који сматрају да обзири хуманости стварају, *per se*, обавезе правне природе, као и чињеници да улога ко-

Много веће недоумице изазвали су "захтеви јавне свести" као трећи елемент Мартенсове клаузуле. Разлике су се појавиле не само у погледу значења овог појма, већ много више у вези са могућношћу да то буде посебан извор начела међународног права.

Међународна јуриспруденција не пружа јасне показатеље о томе како захтеве јавне свести треба разумети, док их доктрина међународног ратног права тумачи двојачко: као јавно мњење (*vox populi*) које утиче на понашање страна у сукобу и подстиче развој и унапређење норми међународног хуманитарног права; и друго, као израз правне свести (*opinio juris*) која се обликује кроз званична мишљења држава.<sup>35</sup> Пред Међународним судом указано је на оба аспекта јавне свести, при чему је посебно наглашена улога коју људска права имају у процесу њеног стварања.

Тако се у писменом коментару државе Науру, поводом захтева Светске здравствене организације, каже да приликом разматрања значења хуманитарних правила оружаних сукоба Мартенсова клаузула овлашћује Суд да у својству захтева јавне свести узме у обзир правну комуникацију, која обухвата мноштво нацрта правила, декларација и резолуција сачињених од појединаца и установа високо квалификованих за оцену ратног права, без обзира што не припадају владама.<sup>36</sup>

Насупрот томе, један број судија био је мишљења да се разматрање захтева јавне свести мора ограничити на ауторитативне изворе, а то су посебно резолуције Генералне скупштине УН. Иако нису донете једногласно и вероватно не указују на постојање обичајне норме *lex lata*, оне су изгласане по регуларном поступку у оквиру надлежности Скупштине, па представљају доказе јавне свести.<sup>37</sup>

---

ју судска пракса даје "елементарним обзирима хуманости" нужно подразумева одређене правне ефекте (*Ibid.*, pp. 406-407).

<sup>35</sup> T. Meron, *op. cit.*, p. 83.

<sup>36</sup> Nauru, *exposé écrit sur l'avis consultatif demandé par l'Organisation mondiale de la Santé*, p. 68; R. Ticehurst, *op. cit.*, p. 138.

<sup>37</sup> Weeramantry даје исцрпан списак резолуција Генералне скупштине које су се односиле на забрану нуклеарног оружја (ICJ, Reports, 1996, p. 266, note 29). Кад је у питању Мартенсова клаузула, Shahabuddeen сматра да су гледишта држава релевантна само за указивање на стање јавне свести, а не ради утврђивања да ли постоји *opinio juris* (*Ibid.*, p. 410). За став доктрине: S. Mc Bride, *The Legality of Weapons of Social Destruction, Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ch. Swinarski (ed.), Dordrecht, 1986, p. 406.

Кад је реч о значају права човека, Аустралија је истакла да међународни стандарди људских права обликују концепције хуманости и утичу на захтеве јавне свести.<sup>38</sup> Разрађујући исту идеју судија Weeramantry каже:

"Огроман развој на пољу људских права у послератним годинама, који је започео са Општом декларацијом о правима човека од 1948. године, мора нужно да утиче на оцену концепата као што су "обзири хуманости" и "захтеви јавне свести"... Јавна свест глобалне заједнице је тако постепено јачала и постајала осетљива на "обзире хуманости" и "захтеве јавне свести".<sup>39</sup>

Различита тумачења захтева јавне свести нису била основни извор неслагања, већ, као што је речено, могућност да они буду основ посебног правила или, прецизније, начела међународног права. Мишљења држава и судија су се поделила поводом питања да ли одређено средство ратовања може бити забрањено на основу неспојивости са правилом и начелом међународног права које је изведено из захтева јавне свести. Расправа о законитости нуклеарног оружја показује да је позивање на Мартенсову клаузулу или оспоравање њеног значаја коришћено као аргумент у прилог или против превођења јавне свести у нормативну забрану овог оружја.

## 5. ЗАБРАНА НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА И МАРТЕНСОВА КЛАУЗУЛА

Довођење у везу Мартенсове клаузуле са проблемом забране нуклеарног оружја није новијег датума. У периоду после II светског рата било је неколико покушаја теоретичара међународног права и њихових стручних удружења да се забрана овог оружја изведе посредством клаузуле.<sup>40</sup> Захтев за саветодавним мишљењем о допуштености нуклеарног оружја послужиће као оквир да се и државе укључе у ту расправу.

Из изјава датих у писменом и усменом поступку произилази да је Мартенсова клаузула од значаја како за разматрање законитости

---

<sup>38</sup> Australian Yearbook of International Law, 1996, p. 694.

<sup>39</sup> ICJ, Reports, 1996, p. 490.

<sup>40</sup> Видети, на пример, Резолуцију Југословенског удружења за међународно право о забрани употребе нуклеарног и термонуклеарног оружја и о забрани опита са нуклеарним оружјем из 1957. године (за текст: Југословенска ревија за међународно право, 1957, бр. 1, стр. 146) и Хашку декларацију Међународног удружења правника против нуклеарног оружја од 1989. године (за текст: R. Ticehurst, op. cit., p. 138).

средстава ратовања уопште, тако и појединачног оруђа. Велика већина држава, наиме, није ставила под сумњу примењивост начела и правила међународног хуманитарног права на нуклеарно оружје. Међутим, услови под којима се Мартенсова клаузула као неспорни део хуманитарног права може применити и закључци изведени њеном применом представљају тачке на којима су се мишљења држава разишла.

На једној страни нашле су се две велике нуклеарне силе са ставом да је у случају непостојања изричите уговорне забране примена Мартенсове клаузуле условљена обичајним правом. Према схватању В. Британије:

"одредбе ове клаузуле тако су сачињене да зависе од посебног правила међународног обичајног права које забрањује нуклеарно оружје. Пошто је постојање правила те врсте под знаком питања, позивање на Мартенсову клаузулу од мале је помоћи".<sup>41</sup>

На основу истог услова САД су закључиле:

"Мартенсова клаузула сама по себи не установљава незаконитост нуклеарног оружја... Будући да међународно обичајно право категорички не забрањује употребу нуклеарног оружја, Мартенсова клаузула не доводи самостално до такве забране".<sup>42</sup>

Начела човечности и захтеви јавне свести на које Мартенсова клаузула упућује, по мишљењу поменутих држава нису, такође, у стању да нуклеарно оружје учине незаконитим, јер се "обичајно право не може једноставно изводити из општих хуманитарних принципа", нити "клаузула јавно мњење претвара у међународно обичајно право".<sup>43</sup>

Већи број држава пошао је од става о безусловној примени клаузуле у случајевима када уговорно и обичајно право не садрже изричиту забрану нуклеарног оружја. Наиме, њихов став био је да се баш због непостојања једне такве норме мора применити Мартенсова клаузула и испитати да ли је употреба нуклеарног оружја у складу са том одредбом. Доказујући, затим, да је прибегавање нуклеарном оружју у супротности са делом Мартенсове клаузуле у коме се говори о хуманитарним начелима и захтевима јавне свести, ова група држава долази до закључка о незаконитости његове употребе.

---

<sup>41</sup> Written Statement of the United Kingdom, British Yearbook of International Law, 1995, p. 712.

<sup>42</sup> ICJ, Verbatim Records, 15 November 1995, CP 95/34, p. 98.

<sup>43</sup> Ibid.

Тако је Аустралија истакла да концепт хуманости и захтева јавне свести не треба посматрати статички, јер:

"понашање које је можда било прихватљиво на почетку века, савремена међународна заједница може да осуди као нехумано... Чак иако употреба или претња нуклеарним оружјем није *per se* била неспојива са елементарним обзирима човечности и захтевима јавне свести у прошлости, оружје које потенцијално има тако катастрофално дејство по животну средину, грађанска лица и цивилне објекте није *per se* спојиво са овим начелима данас".<sup>44</sup>

Друге државе су оцениле да је "употреба нуклеарног оружја у супротности са духом човечности који чини основ филозофије међународног права", да она представља "истовремено кршење начела хуманости и јавне свести", те да је "нехумано оружје које вређа јавну свест забрањено".<sup>45</sup>

У саветодавном мишљењу Мартенсова клаузула доводи се у везу са нуклеарним оружјем само на једном месту. После констатације о постојању широке сагласности држава Суд каже да:

"у Мартенсовој клаузули види потврду да се начела и правила хуманитарног права примењују на нуклеарно оружје".<sup>46</sup>

Када се касније упустио у разматрање конкретних правила и начела међународног хуманитарног права, Суд није испитивао примењивост Мартенсове клаузуле у условима непостојања правила уговорног и обичајног права које забрањује нуклеарно оружје, већ је у обзир узео принцип разликовања бораца и небораца и забрану наношења сувишних пратњи. Мартенсова клаузула и њени елементи нису помнути ни у делу диспозитива саветодавног мишљења у коме се после истицања да је "употреба нуклеарног оружја генерално противна начелима и правилима међународног хуманитарног права" каже да се не може доћи до дефинитивног става о законитости нуклеарног оружја "у екстремним околностима самоодбране, када би и сам опстанак држава био у питању".<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Australian Yearbook of International Law, 1996, p. 694.

<sup>45</sup> Japon, exposé oral devant la Cour internationale de justice, p. 18; наведено према: R. Ticehurst, *op. cit.*, p. 139; Written Statement of Zimbabwe, Compilation of Written Statements, UNAW 95/3, p. 37; Response of Nauru, Compilation of Written Statements, AWW 95/2, p. 13. За друге изјаве: A. Cassese, *op. cit.*, p. 210, note 69.

<sup>46</sup> ICJ, Reports, 1996, p. 260, para. 87.

<sup>47</sup> Ibid., para. 105, saction 2.



Гласајући против овог дела диспозитива, неки од судија ће се у образложењу свог негативног гласа позвати, *inter alia*, на Мартенсову клаузулу. Тако Когота употребу нуклеарног оружја сматра:

"повредом обавеза које су државе преузеле на основу Мартенсове клаузуле".<sup>48</sup>

За судију Shahabuddeen-a, несумњиво највећег критичара овог дела саветодавног мишљења, јавна свест је меродавна за оцену прихватљивости и неприхватљивости употребе нуклеарног оружја:

"Пошто утврди стање јавне свести, Суд ће моћи да каже да ли се Мартенсова клаузула креће у правцу забране нуклеарног оружја у свим околностима. На основу елемената којима располаже, Суд би био у стању да закључи да клаузула иде у правцу наметања такве забране".<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 214.

<sup>49</sup> Ibid., p. 411.

*Zoran Radivojević, LL.D*

## THE MARTENS CLAUSE IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

### Summary

*The Martens clause is undoubtedly one of the most basic concepts of international humanitarian law (IHL). As in the time it was created, it operates so as to provide protection for the civilians and combats in the situations not covered by the treaty law on the basis of "the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of public conscience". For the more than hundred years of its existence it is incorporated in the most basic treaties of IHL. Despite that, their legal nature, domaine of operation, meaning and content are disputed issues. The author seeks the answers on them interrogating jurisprudence of the International Court of Justice, first of all the advisory opinion Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.*

**Key words:** *International Court of Justice, Martens clause, International Custom, Principles of Humanity, Dictates of the Public Conscience, Nuclear Weapons.*