

Др Матијас Хартвиг

истраживач

Макс Планк Институт за страно јавно и међународно право,
Хајделберг

ЉУДСКА ПРАВА У ВРЕМЕ ОРУЖАНИХ СУКОБА

Један од очигледних изазова пред којима се данас налази право људских права јесте њихова примењивост за време оружаних сукоба, што је тема овог рада. Аутор сматра да се норме људских права и норме хуманитарног права међусобно не искључују. Износећи овај став, аутор покушава да детаљно објасни примењивост норми људских права за време оружаних сукоба на основу појединих одредби које се налазе у конвенцијама из области људских права. У том смислу, аутор сматра да се инструменти људских права примењу за време оружаног сукоба и то објашњава чињеницом да ови инструменти предвиђају могућност дерогације одређених људских права у време ванредног стања или стања крајње нужде. Поред тога, Други допунски протокол уз Женевске конвенције подсећа у својој преамбули да међународни инструменти који се односе на људска права обезбеђују појединцима основну заштиту. Аутор даље тврди да је логика гаранција људских права првенствено угрожена у ванредном стању и да би било контрапродуктивно ограничити или чак елиминисати њихову примену у ситуацијама када су она најпотребнија. Овакав став потврђен је у извесном броју недавних одлука у којима се изричито подвлачи примењивост људских права за време оружаног сукоба. Ипак, проблем у примени инструмената људских права за време оружаног сукоба постоји у ситуацијама када држава поступа у оквирима своје надлежности, али изван сопствених граница. Аутор верује да је шире тумачење надлежности у складу са сврхом коју имају гаранције људских права. Другим речима, заштита би требало да се пружа где год и кад год држава делује.

Кључне речи: *Оружани сукоби. – Хуманитарно право. – Женевске конвенције. – Lex specialis. – Екстратериторијална примена људских права.*

1. УВОД

Дуго времена је доктрина међународног права правила јасну разлику између правног режима који је важио у доба мира и оног који се примењивао у време рата. Рат је третиран као ситуација у којој се сва правила хуманости суспендују. Гроцијус је истакао *Vis ac terror maxime propria bellorum*.¹ Августин је упоредио велике империје – посебно у доба рата – са криминалним бандама: *Remota itaque iustitia quod sunt regna nisis magna latrocinia*?² Државе су се понашале као да су изнад закона. Време рата је посматрано као изузетна ситуација у којој право, нарочито међународно право, игра само минорну улогу. Избијањем рата, долазило је до суспензије права, а међународно право је задржало своју снагу једино по окончању рата. У складу са овим схватањем, доминантна пракса и доктрина била је да примена уговора престаје избијањем ратног сукоба.³

Увођење правних ограничења у понашање држава у време рата представља релативно новији институт, који се везује за XIX век. Сматрано је да правила која су се развила у оквиру права рата треба да допринесу цивилизацији умањујући несрећу, а не да су усмерена ка добру; она су постала део ванредног стања које рат конституише. Најважније, ова правила се нису изводила из грађанских права која су изнад права рата, посебно не из људских права или других правила која штите појединце. Уместо тога, она су формирала аутономни правни поредак који се примењује ексклузивно у време рата.

Историја међународних људских права је сасвим другачија и надасве много краћа. На неки начин, може се рећи да она настаје тек после Другог светског рата доношењем Повеље УН и усвајањем Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, као и регионалним инструментима за заштиту људских права и међународним конвенцијама. Увођење људских права у међународно право представљало је одговор на тешке повреде хуманитарних принципа пре и за време Другог светског рата. Људска права су довела до одбијања тоталитарних држава које сузбијају права и слободе својих грађана и успоставиле су основни стандард односа између појединца и државе. Међутим, сама сврха људских права је изазвала нека компликована питања. Било је тешко одредити однос између људских права као норми међународног права и принципа забране интервен-

¹ H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, књ. III, одељак I, para. VI 1.

² Augustinus, *De civitate dei*, књ. IV.

³ J. Delbruck, „War, Effect on Treaties“, *IV Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt) Amsterdam 2000, 1367; B. Schafer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, Potsdam 2006, 10.

ције у унутрашње ствари који се налази у чл. 2, ст. 7 Повеље УН. Док принцип неинтервенције гарантује сувереност држава, која укључује одређивање облика управљања, људска права установљавају стандарде за одређивање односа између владе и њених грађана. Принцип неинтервенције је уведен с циљем да онемогући било који облик мешања у унутрашње ствари државе. Одржавање мира је био један од главних циљева УН, а непосредно после стварања УН, спровођењу људских права је дат мањи приоритет.

Универзална декларација је усвојена као необавезујућа резолуција Генералне скупштине УН-а. У регионалним системима заштите људских права, државе чланице прихватиле су надлежност судова у случају појединачних представки, али уз показивање извесне дозе неодлучности.⁴ Из тих разлога, имплементација инструмената из области људских права је била неизвесна. Узимајући у обзир потенцијално далекосежан утицај људских права, државе су биле веома невољне да преузимају обавезе које могу бити спроведене од стране међународних органа.⁵ Пошто људска права подразумевају далекосежне мере, (на пример, успостављање грађанског реда унутар државе) и због тога што људска права нису усмерена само на ограничења појединих понашања у специфичној ситуацији, државе су ставиле велики број резерви на примену инструмената о људским правима. Опрезна примена људских права у доба мира блокирала је расправу о улози коју би људских права могла да играју у време оружаних сукоба.

Ова ситуација се променила из више разлога. Прво, ратови су добили сасвим други карактер. Класични ратови су били сукоби међу државама. Међутим, после 1945. године, ратови постају све више мешавина грађанске побуне, устанка, грађанског рата и учешћа страних сила. Класични ратови између две државе постају изузетак.⁶ Уколико хуманитарно право регулише понашање државе у време рата, онда објекат оваквог регулисања нестаје због описане промене у карактеру самог рата. Питање које се намеће јесте да ли хуманитарно право може да се примени на нове облике ратовања.

⁴ Индивидуална представка пред Комитетом за људска права је омогућена Опционим протоколом, који је ступио на снагу 1976. године; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода је предвидела обавезани поступак за појединце 1998. године, док Америчка конвенција за људска права не даје појединцима активну легитимацију пред Међуамеричким судом.

⁵ Из овог разлога, сви међународни органи који се баве људским правима могу само да прогласе неслагласност између домаћег акта и одређеног инструмента који се бави заштитом људских права, али немају овлашћење да пониште такав акт.

⁶ Као пример може послужити рат између Велике Британије и Аргентине из 1982. године (познат као Фокландски рат) или рат коалиције против Ирака из 1991. године.

Женевске конвенције из 1949. године узеле су у обзир овај проблем, али су пружиле поприлично супротан одговор, који је још увек у складу са обузетошћу међународног права међудржавним односима. Заједнички чл. 3 за све четири Женевске конвенције предвиђа минималне стандарде хуманитарног права у унутрашњим сукобима. Било је сасвим јасно да хуманитарно право неће пружити исту заштиту у таквом рату, као што је то случај у међународном сукобу. У поменутом чл. 3, дефинише се изузетак од општег правила хуманитарног права које се примењује искључиво на међународне конфликте.

Други развој односио се на питање положаја људских права у међународном праву. Првобитно, људска права су се бавила односима између појединца и државе. Ова веза је класично дефинисана као унутрашња ствар једне државе у које међународно право не треба да се меша. Међутим, после усвајања два пакта о људским правима из 1966. године, људска права су дефинитивно постала део обавезујућег универзалног међународног права. Истовремено, Савет безбедности Уједињених нација започео је праксу проглашења тешких повреда људских права као претње миру.⁷ Тако поштовање људских права више није сматрано искључиво облашћу унутрашњих послова, већ је прерасла у област међународног права. Ако људска права представљају део међународног правног поретка, онда се може поставити питање: да ли људска права важе током сукоба, посебно тамо где хуманитарно право не даје адекватну заштиту, као што то може бити случај у унутрашњим оружаним сукобима. Примена људских права у време оружаних сукоба изгледа оправдано, посебно имајући у виду да и људска права и хуманитарно право деле заједнички циљ, а то је заштита појединца од насиља државе. Дакле, међународни органи, попут Комисије за људска права, сматрају да људска права и међународно хуманитарно право међусобно конвергирају.⁸

У наредној дискусији биће анализирана три аспекта:

- општа примена људских права у време оружаних сукоба
- територијална примена инструмената људских права
- однос између људских права и хуманитарног права

⁷ Вид. нпр. Резолуцију Савета безбедности УН 794 (Сомалија); 940 (Хаити); 1199 (Србија).

⁸ Резолуција 1989/26 Н. Ј. Heintze, „ECtHR and Human Rights Standards During Armed Conflicts“, *German Yearbook of International Law* 45/2002, 61.

2. ОПШТА ПРИМЕНА ЉУДСКИХ ПРАВА ТОКОМ ОРУЖАНИХ СУКОБА

2.1. Примена норми о људским правима током оружаног сукоба према конвенцијама из области људских права

Каталог међународних људских права налази се у међународним универзалним и регионалним уговорима и необавезујућим инструментима, као што је то Универзална декларација о људским правима. До степена до којег су људска права постала део међународног обичајног права, она су то суштински постигла на основу уговора. Из тог разлога, примена норми о људским правима у време оружаног сукоба може бити најбоље проучавана у одговарајућим уговорима.

Скоро сви инструменти за заштиту људских права садрже одредбе које се баве питањем примене људских права у време оружаног сукоба. Тако одговарајуће клаузуле предвиђају могућност одступања од одређених гаранција којима се штите људска права.

На пример, чл. 15 Европске конвенције о људским правима каже:

У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју захтева хитност ситуације, с тим да такве мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.

Из ове одредбе произлазе две последице. Прво, ова клаузула претпоставља да је уговорница конвенције, којом се штите људска права, примењује чак и у време оружаног сукоба. Друго, суспензија примене појединих права гарантованих конвенцијом је могућа само под одређеним материјалним и процедуралним условима. Материјални услов је да мора да постоји оружани сукоб; то је предмет контроле од стране органа Конвенције, чак и ако редовно изјављују да држава има широко поље слободне процене у овом контексту. Такође, неопходан је и процедурални услов, тј. држава мора да обавести Генералног секретара Савета Европе о мерама које су предузете. Све предузете мере подложне су принципу пропорционалности.⁹

Међузависност људских права и хуманитарног права постаје још евидентнија у односу на заштиту живота. Члан 15 Европске конвенције прописује: „Претходна одредба не допушта одступања од чл. 2, осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима...” Живот је заштићен и у време оружаног сукоба, што би могло

⁹ Слична одредба може се наћи и у чл. 27 Америчке конвенције о људским правима.

да буде запањујуће, али уговорне стране могу да одступе од ове гаранције уколико правила рата оправдавају убиство особе. Закони рата утврђују ограничења у примени људских права.

Америчка конвенција о људским правима (даље АКЉП) предвиђа еквивалентну одредбу у чл. 27. Члан 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (даље ПГП) исто предвиђа могућност одступања од гаранција које пружа Пакт у време јавне опасности; ванредно стање подразумева и случај оружаног сукоба. Одредба изузима нека права од дерогације, као што је то забрана мучења, право на живот, забрана ропства и друга права. То значи да се ова права примењују у време оружаног сукоба у свим околностима.

Конвенција против тортуре предвиђа у чл. 2 да:

Никаква изузетна околност не може бити оправдање за тортуру, било да је реч о ратном стању или ратној опасности, унутрашњој политичкој нестабилности или било ком другом ванредном стању.

Опет, напред речено имплицира примену ове конвенције у време оружаног сукоба. Међутим, нису инструменти људских права једини који указују на њихову примену у доба оружаног сукоба. Хуманитарно право такође указује на међународне гаранције људских права: чл. 72 Првог допунског протокола уз Женевске конвенције предвиђа:

Одредбе овог одељка су допуна правила која се односе на хуманитарну заштиту цивила и цивилних предмета који су у власти стране у сукобу, садржаних у IV конвенцији, нарочито у делу I и III, као и других применљивих правила међународног права која се односе на заштиту основних права човека за време међународног оружаног сукоба.

Ова одредба не значи да је међународно право људских права генерално применљиво у време оружаног сукоба, али претпоставља да такве норме постоје. Други допунски протокол уз Женевске конвенције у преамбули наглашава да међународни инструменти, који се односе на људска права, пружају основну заштиту људској личности. Овај протокол је намењен искључиво праву ратовања. Указујући на људска права, он их укључује у групу норми које се примењују у доба оружаног сукоба. У Коментару на допунске протоколе од 8. јуна 1977. године на Женевске конвенције од 12. августа 1949. године стоји да су Универзална декларација о људским правима, међународне конвенције, а посебно ПГП, инструменти који регулишу одређене аспекте заштите људских права, као што је то Конвенција о геноциду и регионални инструменти за заштиту људских права.¹⁰ При том,

¹⁰ Слична одредба може се наћи и у чл. 27 Америчке конвенције о људским правима.

Протокол подвлачи операбилност инструмената људских права у време оружаних сукоба, што директно произлази из одговарајућих докумената и сада је признато хуманитарним правом.

Примена уговора о људским правима у време оружаних сукоба је критикована у доктрини, као и од стране неких држава.¹¹ Истакнуто је да људска права регулишу однос између грађана и државе, док се хуманитарно право бави регулисањем понашања између држава у доба оружаних сукоба. Међутим, ова критика занемарује горе описани развој: прво, људска права нису ограничена на однос између државе и њених грађана. Чак и ако су историјски формирали део *contrat social* – како је прописано у Америчкој декларацији о независности или француској *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* – у међувремену је формиран заједнички став да су људска права основни принципи који се проширују изван односа државе и њених грађана. Они се примењују на странце; многе државе изјављују да се основна права кодификована у националним уставима такође примењују када држава преко својих органа и функционера делује у иностранству *vis-à-vis* недржављана.¹² Посебно је неопходно узети у обзир да људска права не постоје само у доба мира, како дерогативне клаузуле показују. Ово је у логици система, јер су гаранције људских права најугроженије у ванредним ситуацијама и било би контрапродуктивно ограничити или чак елиминисати њихову примену онда када су најпотребније. Такође је неопходно признати да се право оружаних сукоба примењује на унутрашње сукобе, чак интензивније. Почевши са заједничким чл. 3 на све четири Женевске конвенције из 1949. године, регулисање унутрашњих сукоба од стране хуманитарног права је касније садржано у Другом допунском протоколу из 1977. године. Проширивање примене хуманитарног права на унутрашње сукобе у којима се неспорно људска права примењују, указује на признање да људска права не завршавају своју примену у време сукоба. На крају, класична дихотомија између људских права у доба мира и хуманитарног права у доба оружаних сукоба више се не може одржати. Текстови међународних инструмената за заштиту људских права, као и тумачење и примена ових инструмената од стране међународних судова, више не подржавају ову стару дихотомију.

¹¹ *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949* (eds. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmerman) Geneva 1987, 1339–1340.

¹² J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht 1985, 3; position of Israel before the Human Rights Committee UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2; the position of the United States in Response of the United States to Request for Precautionary Measures – Detainees in Guantanamo Bay, Cuba, 15 April, 2002, *International Legal Materials* 41/2002, 1019.

2.2. Међународна јуриспруденција у погледу примене људских права у време оружаних сукоба

Међународни суд правде је први пут одлучивао о примени људских права у време оружаних сукоба у саветодавном мишљењу о законитости употребе нуклеарног оружја. Заснивајући своје аргументе на позитивистичком тумачењу ППП-а, Суд је истакао:

Суд примећује да заштита коју пружа Пакт о грађанским и политичким правима не престаје у доба рата, осим на основу члана 4. Пакта којим поједине одредбе могу бити стављене ван снаге у време ванредног стања.¹³

Ова судска пракса је настављена у саветодавном мишљењу о изградњи зида у Палестини:

Гледано уопштено, Суд сматра да заштита коју пружају конвенције о људским правима не престаје у случају оружаног сукоба, осим ефеката одредби о дерогацији која се могу наћи у члану 4. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹⁴

Међуамерички суд је истакао, тумачећи Америчку конвенцију да:

Америчка конвенција, као и други универзални и регионални инструменти за заштиту људских права, као и Женевске конвенције из 1949. године, чине заједничко језгро апсолутних права и имају за заједнички циљ заштиту људског живота и достојанства. Ове конвенције о људским правима примењују се како у миру, тако и током оружаног сукоба.¹⁵

Међуамерички суд је дошао до овог закључка идентификујући циљеве две области међународног права, односно заштите људског живота и људског достојанства. Ако је домашај људских права и ху-

¹³ На пример, Уставни суд Немачке (*Bundesverfassungsgericht*) је одлучио да немачки органи када врше државну силу ван територије државе, морају да поштују основна права која су гарантована немачким уставом. BVerfGE Vol. 94, 324); Британски високи суд је дошао до истог закључка у случају *Al Skeini et al. v. Secretary of State for Defences* (Case No. CO/2242/2004), Judgment of 14 December 2004, England and Wales High Court) да је примена британске војне силе на војни камп подложна испитивању на основу Закона о људским правима. Врховни суд САД је недавно пресудио о притвореницима у Гвантанаму: „Чак и када САД делују изван својих граница, њихова моћ није ‘апсолутна и неограничена’, већ је подложна ‘таквим ограничењима који су предвиђени Уставом’.“ 553 U.S. Supreme Court (2008), 35, *Lakhdar Boumediene et al. v. George W. Bush*, Judgement of June 12, 2008.

¹⁴ ICJ Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons, para. 25.

¹⁵ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 106; quoted in ICJ Judgement on Armed Activities on the Territory of the Congo, para. 216.

манитарног права исти, не би имало смисла да се тражи њихова узамна искључивост.

Слично томе, Европски суд за људска права није оклевао да прогласи примењивост права људских права на ратни режим. У чувеном случају *Loizidou*, Суд је истакао да Турска као окупаторска сила мора да поштује обавезе преузете Европском конвенцијом о људским правима (даље: ЕКЉП). Суд се није бавио питањем примењивости међународног права људских права у време оружаног сукоба, већ се фокусирао искључиво на питање да ли је Турска у вршењу надлежности у Северном Кипру узимала њихову примену здраво за готово.

У случају *Ilascu* из 2004. године, Европски суд је приписао одговорност Руској федерацији за кршење ЕКЉП због чињенице да су руске трупе – илегално – у Придњестровљу и да подржавају сепаратистички покрет који тамо делује. Исте године, Европски суд је применио одредбе из ЕКЉП на турске војне активности на северу Ирака. Поново, суд није дискутовао о томе да ли се ЕКЉП може применити на такву ситуацију, већ је њену применљивост претпоставио. Суд је изјавио да: „битно питање које треба испитати у конкретном случају јесте да ли су у релевантно време турске трупе спроводиле операције у подручју где су се убиства десила.“¹⁶

Ова судска пракса показује да међународни судови сада сматрају да се људска права примењују у време оружаних сукоба. Ипак, судови су дошли до овог закључка без неког екстензивног објашњења.

3. ТЕРИТОРИЈАЛНО ПРОШИРЕЊЕ ПРИМЕНЕ ИНСТРУМЕНАТА ИЗ ОБЛАСТИ ЉУДСКИХ ПРАВА

Пошто је прихваћена општа примена људских права у доба оружаних сукоба, у јуриспруденцији се јавила потешкоћа са питањима примене инструмената људских права у време оружаних сукоба, који се одвијају изван територије државе уговорнице одговарајућих инструмената. Ниједан специфичан проблем не настаје у односу на понашање државе на сопственој територији, јер постоји претпоставка да држава врши надлежност на сопственој територији. Ситуација постаје компликованија уколико су у питању војне активности које се спровode изван граница државе. Како се војне активности у време оружаних сукоба често одвијају изван граница државе, проблем примене инструмената који се односе на људска права не настаје само

¹⁶ *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 271 (1997) para. 158.

изузетно. То је због појединих одредби неких уговора који се односе на њихову територијалну применљивост. Члан 2 ППП-а гласи:

Свака држава потписница овог Пакта обавезује се да поштује и осигура свим појединцима на својој територији и под њеном јурисдикцијом права призната у овом Пакту;

Члан 1 ЕКЉП прописује:

Високе стране уговорнице обезбедиће свакоме у оквиру своје јурисдикције права и слободе дефинисане у Одељку I ове Конвенције.

Члан 1 АКЉП такође ограничава примену Конвенције на лица која се налазе под јурисдикцијом држава чланица. Ово намеће питање да ли су екстратериторијалне активности држава покривене одговарајућим инструментом којим се штите људска права. Пажљиво читајући текст чл. 2 ППП-а могле би настати извесне недоумице. Изгледа да су екстратериторијалне акције држава изричито искључене. Многе државе чланице инсистирале су на овом ограничењу применљивости инструмената из области људских права и нису желеле да њихове екстратериторијалне активности буду испитиване на основу параметара предвиђених ППП-ом.¹⁷

Међународни суд правде (даље: МСП) у свом саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама анализирао је предмет и циљ Пакта и закључио „да се Међународни пакт о грађанским и политичким правима примењује на акте које је држава предузела у вршењу својих надлежности изван своје територије.“¹⁸ Суд је пронашао да је ово решење у складу са праксом Комитета за људска права, који је дошао до истог тумачења.¹⁹ Имајући у виду став Израела да се Пакт не примењује на окупираним територијама, МСП је цитирао коментар Комитета за људска права у којем се каже да се Пакт примењују на окупираним територијама.²⁰ Доктрина брани ову позицију, тумачећи „и“ као раставни везник, укључујући лица на територији државе и лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Било би у супротности са циљевима Пакта, када би лица на окупираним територијама, која су највише изложена кршењу људских права, била остављена без било које заштите.²¹

¹⁷ ECtHR, *Issa et al. v. Turkey*, para. 75, Judgment of 16 November 2004.

¹⁸ USA, UN Doc. CCPR/C/SR.1405 (1995), Israel, Belgium, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL (2004), § 6 Netherlands UN Doc. CCPR/CO /72/NET/Add. 1 (2003).

¹⁹ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, para. 111.

²⁰ Human Rights Committee, *Saldías de López v. Uruguay*, Communication No. 52/1979.

²¹ „У постојећим околностима, одредбе Пакта се примењују у корист популације на окупираним територијама, за сва понашања која предузимају власти

Значајан број одлука међународних судова може се наћи у регионалним инструментима за заштиту људских права. Надзорни органи Међуамеричког система позитивно су одговорили на питање екстратериторијалне примене Америчке конвенције,²² фокусирајући се на вршење надлежности. Европски суд за људска права такође је стао на становиште, у поменутом случају *Loizidou*, да јурисдикција није еквивалент за територијалност.²³ У изузетном случају – као што је окупација – државе врше своју надлежност изван својих граница. Европски суд за људска права наглашава да одговорност за поштовање гаранција из ЕКЉП произлази из контроле коју окупациона власт врши на окупираним територијама. Одговорност је у таквом случају независна од чињенице да ли је контрола вршена од стране оружаних снага државе или путем подређених локалних власти. Ова линија резонувања је прекинута у чувеном случају *Банковић*, који се бавио одговорношћу држава уговорница ЕКЉП због бомбардовања територије Србије, који је довео до губитка људских живота и наношења материјалне штете.

Европски суд је одбацио тврдњу грађана Србије да су државе чланице НАТО-а вршиле надлежност бомбардовањем стране територије. Полазна тачка за расуђивање Суда на овај начин је била та да су правила надлежности и територијалности идентичне. Обзиром да је Европски суд у предмету *Loizidou* истакао разлику између територијалности и надлежности, у предмету *Банковић* Суд је нагласио да се, као правило, надлежност врши на територији државе. Суд сматра да је екстратериторијално вршење надлежности изузетак, а потврду оваквог става Суд је пронашао у *travaux préparatoires*. Суд је подвукао да државе уговорнице никада нису указале на чл. 15 када су ангажовале своје оружане снаге у иностранству. Суд је повезао појам надлежности са појмом контроле која мора бити вршена у случају окупације или ако је особа ухапшена у иностранству,²⁴ али не и када је бомбардовање стране државе у питању.

Међутим, ово тумачење појма надлежности није убедљиво и одступа од раније јуриспруденције Суда, а указивање на случај *Loi-*

или агенти државе уговорнице на овим територијама која утичу на уживање права која су гарантована Пактом и подлежу одговорности државе Израел на основу принципа међународног јавног права.“ CCPR/CO/78/1SR, para. 11.

²² T. Buergenthal, „To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations“, *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin) New York 1981, 72, 81.

²³ Inter-American Commission of Human Rights, *Coard v. U.S.A.*, Case No. 10.951, Report No. 109/99; *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, Case No. 11.589, Report No. 86/99.

²⁴ ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, preliminary objections, judgment of 23 March 1995 Series A 310, §71.

zidou је сумњиво. У овом случају, питање је било да ли су се радње предузете на страниј територији од стране локалне управе могле приписати Турској. Европски суд је позитивно одговорио на ово питање, истичући контролу коју је вршила окупаторска власт на окупираној територији. Суд је сматрао да контрола подразумева обавезу да се обезбеде гаранције из Конвенције и та одговорност постоји без обзира на то ко делује – органи окупационе силе или локални органи. У предмету *Банковић* ситуација је била сасвим другачија. Питање није било да ли се одређене радње, предузете на страниј територији, могу приписати држави. Било је без сумње да је бомбардовање представљало акт одговарајућих држава уговорница ЕКЉП. Могло се чак рећи да одлука за акт у питању није била донета у иностранству, већ на територији држава уговорница. Од одлуке *Soering*, опште је прихваћено да гаранције предвиђене у Европској конвенцији могу бити прекршене од стране држава уговорница, чак и ако је повреда материјализована у иностранству.²⁵ Право питање у предмету *Банковић* било је да ли су српске жртаве биле под јурисдикцијом држава чланица које су учествовале у бомбардовању? Супротно ставу Европског суда у предмету *Банковић*, надлежност државе ван њених граница не захтева апсолутну контролу над страном територијом. У предмету *Issa*, Европски суд је одлучио да, иако турске трупе нису успоставиле општу контролу над северним Ираком, одговорност по ЕКЉП је ипак била установљена због дејства турских трупа.²⁶ Исто правно резонување је постојало и у случају *Öcalan*, где је Европски суд пронашао да притварање лица у иностранству значи да се та особа налази под јурисдикцијом државе која га је ухапсила.²⁷ Европски суд је покушао да направи разлику између овог случаја и случаја *Банковић*, истичући да је *Öcalan* након притвора био приморан да се врати у Турску. Међутим, овај аспект не може бити релевантан, јер је до притвора дошло у Кенији и накнадни догађаји нису могли да успоставе надлежност која није постојала у тренутку када је особа ухапшена. Да *Öcalan* није ухапшен, већ убијен у Кенији, тада би примењивост ЕКЉП била иста. Из овога произлази да је лице „под јурисдикцијом“ државе када је изложен акту државне власти који онемогућава остваривање права и слобода гарантованих Европском конвенцијом. Бомбардовање представља вршење државне власти у истом смислу као и хапшење особа; оно је чак још екстремнији облик вршења државне власти.

²⁵ ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003.

²⁶ У случају *Soering*, разматрано је питање да ли екстрадиција појединца у САД, где би био изложен ризику од смртне казне, представља повреду чл. 3 ЕКЉП.

²⁷ ECtHR, *Issa et al. v. Turkey*, para. 75, Judgement of 16 November 2004.

Веза између надлежности држава и државне територије може бити правило. Међутим, у међународном праву је признато да ова два појма нису идентична. Постоје ситуације у којима држава нема – или има само ограничену – надлежност над својом територијом, као што је то у случају окупације. Постоје, такође, случајеви где се надлежност остварује изван државне територије, као што је то у случају бродова и авиона који носе заставу државе, или у случају активности које спроводе амбасаде и конзулати у иностранству.²⁸ Текстуално тумачење чл. 1 ЕКЉП не дозвољава другачији исход. Ова одредба не користи појам територија, као што је то случај са чл. 2 ППП-а. Оно само говори о надлежности, а ограничавање овог појма увођењем критеријума територије не може бити оправдано. Европски суд је могао извући подршку за другачији став разматрајући одлуке којима се тумаче други инструменти за заштиту људских права, као што је то ППП и АКЉП. Упркос позивању на „територију“ у чл. 2 ППП, Комитет за људска права је одлучио да се овај међународни уговор односи и на догађаје који су се десили у иностранству.²⁹ Такође, Међуамеричка комисија је одлучила да примена АКЉП није ограничена на акте који су предузети на територији тужене државе.³⁰ Тумачење надлежности у овом ширем смислу у складу је са циљем гарантовања људских права, које мора бити остварено кад год и где год држава делује. Ограничење ефеката ових гаранција на територију државе створило би јаз, јер би државни акти предузети у иностранству били изузети од правних ограничења државне власти којима се крше људских права.

Даљи аргумент такође треба узети у обзир. Када се не би прихватила примена инструмената за заштиту људских права за екстра-територијалне акте у време оружаних сукоба, то би довело до неједнаког третмана оружаних снага које бране територију државе и инвазивних снага које нису успоставиле контролу. Под оваквим условима, снаге одбране би морале да поштују одредбе о људским правима, док то не би био случај са инвазивним снагама које делују изван граница државе. Такав неједнак третман две стране укључене у исти оружани сукоб и које се боре на истој територији, не би био у складу са општом идејом права у доба оружаних сукоба, које намеће исте обавезе за све стране.

На крају, било би чудно да су државе признале да акти државних органа који су предузети у иностранству потпадају под надлежност државе и да због тога нису изузете од контроле у односу на

²⁸ ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgement of 12 March 2003, para. 93.

²⁹ J. Frowein, W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl 1996, Art. 1, para. 5.

³⁰ Human Rights Committee, *Saldías de López v. Uruguay*, Communication No. 52/1979.

одговарајућа основна права гарантована у Уставу,³¹ а да међународни судови проглашавају да особе које су изложене овим актима нису под јурисдикцијом дотичне државе у смислу конкретног међународног инструмента.

Враћајући се на случај *Банковић*, неко би могао да дође до закључка да није постојао разлог за искључење примене ЕКЉП. Одлучујући на овај начин, Европски суд је покушао да избегне политичку олују. У време одлучивања, Србија није била уговорница Европске конвенције, па тако није имала ни свог судију у Европском суду. Увек постоји ризик од *Siegerjustiz* (правда победника) када све стране које су укључене у оружани сукоб немају на клупи судију који треба да одлучи о понашању странака у том сукобу.

4. ОДНОС ИЗМЕЂУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

Упркос различитом историјском и филозофском пореклу, повезаност људских права и хуманитарног права је било прилично евидентно од самог почетка. Утицај људских права која покушавају да заштите основне људске вредности у време рата, чији је циљ управо у угрожавању тих вредности, мора бити разјашњен.

Тешко је утврдити тачан однос између хуманитарног права и права људских права. Ово питање не може бити решено у једном одговору и мора се направити разликовање између различитих ситуација. Не настаје проблем уколико су захтеви људских права и хуманитарног права идентични.³² Тада, две гране права међусобно јачају једна другу. Међутим, уколико оне долазе у сукоб или имају другачији домаћај, поставља се питање које ће право превладати. Обично се сматра да хуманитарно право представља *lex specialis* у односу на људских права.³³ МСП се такође приклонио овом ставу. Тако је Суд истакао у саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама:

³¹ Inter-American Commission of Human Rights, *Alejandro jr. et al. v. Cuba*, Case 11.589, Report 86/99, para. 23. Овај случај односио се на уништење два цивилна авиона на отвореном мору од стране кубанског војног авиона. Дакле, ова ситуација је упоредива са околностима у случају *Банковић*. Међутим, Међуамеричка комисија је дошла до супротног закључка у односу на Европски суд.

³² Вид. *supra* фн. 12.

³³ Нпр. чл. 105 III Женевске конвенције штити сличне вредности као и чл. 14 ППП-а – право на правично суђење, чл. 8 ППП, чл. 4 ЕКЉП, чл. 6 АКЉП садрже одредбу која је повезана са хуманитарним правом јер забрањују принудни рад. D. Schindler, „Le Comité international de la Croix-Rouge et les droits de l’homme“, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 715/1979, 10.

Што се тиче односа међународног хуманитарног права и права људских права, постоје три могуће ситуације: нека права могу бити искључиво ствар међународног хуманитарног права; друга права могу бити искључиво ствар људских права; нека права могу бити ствар обе гране међународног права. У циљу одговора на питање које му је постављено, Суд ће морати да узме у обзир обе ове гране међународног права, односно људских права и међународног хуманитарног права као *lex specialis*.³⁴

Као *lex specialis*, хуманитарно право би требало да се примењује уколико је у супротности са нормама људских права. Међутим, може се поставити питање да ли појам *lex specialis* одговара односу који постоји између хуманитарног права и права људских права у свим случајевима. *Lex specialis* представља норму која обухвата све претпоставке *lex specialis*-а за примену, и најмање још један додатни елемент. Уколико се усваји ова дефиниција, може се поставити питање да ли се хуманитарно право заиста квалификује као *lex specialis* људских права. Да ли дозвола да се лиши живота борац у време оружаног сукоба представља заиста *lex specialis* гарантовању права на живот у режиму људских права? То би било исто као када би се узело да право цензуре представља *lex specialis* за слободу изражавања. Ако је правило *lex specialis*-а строго, онда се не могу објаснити наведене дерогационе клаузуле у инструментима људских права. У случају сукоба, хуманитарно право би једноставно имало превагу. Осим тога, морају се размотрити гаранције апсолутно заштићених људских права, као што је то забрана мучења и забрана ропства. У овој ситуацији, потпуно је неспорно да хуманитарно право неће имати превагу над одговарајућим забранама, чак и ако је у неким западним земљама овај принцип дошао под удар критике и понекад је чак и повређен. МСП није строго применио своју судску праксу на квалификацију хуманитарног права као *lex specialis*-а. Како то стоји у саветодавном мишљењу о правним последицама изградње зида на окупираним палестинским територијама, Суд балансира између људских права и војне потребе, а у конкретном случају преовладала су људска права.³⁵ Балансирање сукоба интереса ће бити најчешће коришћен метод за превазилажење конфликта између сукобљених норми две гране права, уколико такво балансирање није искључено од самог почетка.

Што се тиче норми људских права и хуманитарног права, оне не искључују једна другу, и могу да послуже као средство за тумачење норми оне друге гране међународног права. Два примера ће

³⁴ J. Frowein, „The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation“, *Israel Yearbook on Human Rights* 28/1998, 9.

³⁵ ICJ, Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall, para. 106.

бити продискутована, и то заштита живота, а потом и дерогативне клаузуле.

Члан 6 ППП-а не дозвољава одступање од права на живот у виду стављања ван снаге овог права. То би требало да значи да је живот заштићен и у време оружаног сукоба. Наиме, Комитет за људска права је у свом Општем коментару на чл. 6 ППП-а осудио ратове, као зло човечанства, зато што уништавају невинне животе. Комитет је закључио да државе имају обавезу, на основу члана 6 ППП-а, да спрече оружане сукобе.³⁶ Године 1984, Комитет је отишао корак даље сматрајући да пројектовање, испитивање, производња, поседовање и складиштење нуклеарног оружја представља један од највећих претњи праву на живот,³⁷ имплицирајући да је чл. 6 ППП-а применљив на ове акте, проширујући његову примену на наоружање које претходи оружаном сукобу.

Међутим, чл. 6 не доводи до искључења свих облика оружаног сукоба, иако оружани сукоб неминовно подразумева људске губитке, чак има за циљ лишење живота. Члан 6 ст. 1 последњег параграфа гласи: „Нико не може бити самовољно лишен живота.“ У заједничком читању ове одредбе убиство лица не сматра се произвољним лишењем живота док год државе поштују правила ратовања. Ово се огледа у чл. 15, ст. 2 ЕКЉП:

Претходна одредба не допушта одступања од члана 2 осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3, 4 (став 1) и 7.

Међународни суд правде је пресудио у саветодавном мишљењу о законитости употребе нуклеарног оружја:

Тест онога што представља арбитарно лишење живота, међутим, треба да буде утврђено важећим *lex specialis*-ом, односно, правом који важи у оружаном сукобу, које је дизајнирано да регулише вођење непријатељстава. Тако, да ли одређени губитак живота, употребом одређеног оружја у оружаном сукобу, треба да се сматра арбитарним лишењем живота које је у супротности са чланом 6 ППП-а, може бити утврђено само на основу права које се примењује у оружаном сукобима, а не извођењем услова из Пакта.³⁸

У складу са овим схватањем је образложење да убиства у незаконитом рату могу да се сматрају као кршење чл. 6 ППП-а.³⁹ Међутим, овај закључак, који је изведен из перспективе права људских права и

³⁶ ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territories, para. 134.

³⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 6 of 30 April 1982.

³⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 14 of 9 November 1984.

³⁹ ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons, para.

тумачења арбитражног лишења, налази се у супротности са основним принципом хуманитарног права, односно строгој подели између *ius ad bellum* и *ius in bello*. Уколико квалификација аката државе на основу *ius ad bellum* има утицаја на квалификацију на основу *ius in bello*, покушај ограничења несрећа у време оружаних сукоба путем једнаког третмана свих законитих бораца био би завршен.⁴⁰ У време оружаних сукоба, државе увек криве једна другу за кршење забране употребе силе. Стога, борци ће изгубити било какву заштиту, уколико се њихов статус процењује у односу на рат у којем учествују. Цивилизација оружаних сукоба, тачније *ius in bello*, зависи од поделе на *ius ad bellum* и *ius in bello*. У овом случају, проширење људских права довело би до смањења заштите. Стога, када се хуманитарно права узима за критеријум тумачења инструмената из области људских права, мора се поштовати унутрашња логика овог права.

Још важније је тумачење дерогативних одредби у одговарајућим инструментима за заштиту људских права. Заједничко је уверење да је примена дерогативних одредби подложна принципу пропорционалности. Дерогирање гарантованих људских права је прихватљиво у време оружаних сукоба само уколико је неопходно ради одбране државе и заједничког интереса у време рата. Ако правила хуманитарног права забрањују одређено понашање, онда би дерогирање одговарајућих гаранција у инструментима за заштиту људских права били незаконити и представљали би кршење конкретног уговора. Државе не могу да се позивају на оружане сукобе како би оправдале ограничења људских права уколико закони рата не признају таква ограничења. Овде постоји одређени паралелизам између хуманитарног права и права људских права. Инструменти људских права не смеју да воде до рестриктивнијег третмана људских права од оног које дозвољава хуманитарно право. У овом смислу, Међуамеричка комисија за људска права, расправљајући о прихватљивости дерогирања гаранција из чл. 27 АКЉП, донела је одлуку да такво дерогирање не може бити у супротности са другим обавезама државе, које проистичу из међународног права.⁴¹ До ког степена хуманитарно право утиче на тумачење права људских права, тај режим утиче на примену хуманитарног права. Опште одредбе хуманитарног права су посебно отворене за утицај људских права. Заједнички чл. 3 Женевских конвенција захтева хуман третман за сва лица која не узимају активно учешће у непријатељствима. Тумачење онога што је хумано

⁴⁰ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl 2005, 125; K. Bennoune, „Toward a Human Rights Approach to Armed Conflict: Iraq 2003“, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy* 1/2004, 215.

⁴¹ H. J. Heintze, „Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Bankovic v. Loizidou“ *Widersprüchliche Entscheidungen zum Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten*, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 18/2005, 182.

може се наћи у садржају гаранција људских права. Конвенција о правима детета може да послужи као пример за даљу повезаност људских права и хуманитарног права. Члан 38. ове Конвенције обавезује све стране да поштују хуманитарно право у односу на заштиту права деце. На овај начин, хуманитарно право је некако уклопљено у Конвенцију које је превасходно схваћено као гаранција људских права посебно осетљиве групе. Овде се право људских права примењује из перспективе хуманитарног права.

Увођење посебне отворене клаузуле за људска права као допунског права, које се може применити уколико хуманитарно право не донесе одлуку о одређеном питању, може бити изведено из „Де Мартенсове“ клаузуле, које датира од настанка хуманитарног права.⁴² Она гласи:

До доношења комплетнијих правила о праву рата, Високе стране уговорнице налазе за потребно да констатују да у свим случајевима који нису регулисани прихваћеним одредбама, становништво и зараћене стране остају под влашћу и заштитом начела међународног права, која проистичу из обичаја устаљених између просвећених народа, закона човечности и захтева јавне савести.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Људска права су важан део међународног права, и данас су стекла такав значај да ни једна грана међународног права није имуна на њихову важност и снагу. Чак и гране које су најудаљеније од материјалних законитости, као што је то право оружаних сукоба, долазе под контролу права људских права, барем до одређеног степена. Примена људских права у време оружаних сукоба данас представља опште место. Међутим, ближе испитивање открива прави однос између људских права и хуманитарног права, које је заправо веома компликовано. Опште прихваћена доктрина хуманитарног права као *lex specialis*-а права људских права није одржива. Решење у случају сукоба мора бити пронађено у балансирању између војне потребе и вредности људских права. Овакав приступ, међутим, представља вредносни суд о хуманитарном праву из перспективе људских права. Остаје да се види да ли ће право људских права имати довољно тежине да постави ограничења вођењу рата. Право људских права и хуманитарно права не представљају један једносмеран однос. Пригрливши хуманитарно право, људска права могу бити инфицирана ви-

⁴² *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 271 (1997), <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1997/argentina55-97a.html>; исто тако, Т. Buergenthal.

русом војне потребе. Ово није само теоријски проблем. Године 2006, Немачки уставни суд је пресудио да закон који овлашћује министра одбране да обори авион у ситуацији сличној терористичком нападу на САД 11. септембра 2001. године, крши принцип људског достојанства.⁴³ Ова одлука је критикована, јер је неспорно да у време оружаног сукоба хуманитарно право дозвољава убијање сопствених грађана.⁴⁴ Да ли постоје два стандарда достојанства – стандарди који важе у доба мира и у доба оружаних сукоба? Или мирнодопски стандард достојанства мора бити сагласан са стандардом достојанства у доба оружаног сукоба, што доводи до смањења заштићене вредности? Постоји нада да ће људска права, како су замишљена у миру, преовладати и постати „благ, али снажан цивилизатор“ (*gentle, however forceful civilizer*) држава у ратним временима.

Dr Matthias Hartwig

Senior Lecturer

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg

HUMAN RIGHTS IN TIMES OF WAR

Summary

One of the obvious present-day challenges to human rights law is their applicability in times of war, which is the topic of this paper. The author argues that human rights norms and humanitarian norms do not exclude each other. In holding so, the author tries to explicate the applicability of human rights norms in times of war according to the stipulated provisions of human rights treaties. Therefore, the author argues that the human rights instruments apply in times of war and explains this thesis with the fact that these instruments provide the possibility of derogation of certain human rights in situations of emergency or necessity. Furthermore, the Additional Protocol II to the Geneva Convention recalls in its Preamble that international instruments relating to human rights offer a basic protection to individuals. The author insists that the logic of human rights guarantees is primarily endangered in emergency situations, and

⁴³ Де Мартенсова клаузула је била уведена у преамбулу II Хашке конвенције из 1899. године и у IV Конвенцију о правима и обичајима сувоземног рата из 1907. године.

⁴⁴ BVerfGE, 15. фебруар 2006, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen>.

that it would be counterproductive to limit or even eliminate their applicability when they are mostly needed. This position is supported by a number of recent judgments which expressly underline the applicability of human rights in times of war. Nevertheless, a particular difficulty in the application of the human rights instruments in times of war exists in situations when a State acts under its jurisdiction, but beyond its borders. The author believes that the broader interpretation of jurisdiction is in accordance with the purpose of human rights guarantees. In other words, the protection should be granted whenever and wherever a State is acting.

Key words: *Times of war. – Humanitarian law. – Geneva Conventions. – Lex specialis. – Extraterritorial application of human rights law.*