

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE INSTITUUT
RAHVUSVAHELISE JA EUROOPA ÕIGUSE ÕPPETOOL

Kerli Valk

MARTENSI KLAUSEL RAHVUSVAHELISES ÕIGUSES –
LOOMUÕIGUSE JA POSITIVISMI KOMPROMISS

Magistritöö

Juhendaja dots. L. Mälksoo

2009

Sisukord

SISSEJUHATUS	4
1. KLAUSLI TEKKELOGU JA TEKKEJÄRGNE ÕIGUSLIK OLEMUS	7
1.1. MARTENSI KLAUSLI TEKKELOGU	7
1.2. KLAUSLI TEKKEJÄRGNE ÕIGUSLIK OLEMUS	9
1.3. KLAUSEL JÄRGNEVATES RAHVUSVAHELISTES LEPINGUTES	10
1.4. MARTENSI KLAUSLI SISULINE ULATUS	13
2. MARTENSI KLAUSEL PRAKTIKAS	20
2.1. MARTENSI KLAUSEL KOHTUPRAKTIKAS	20
2.1.1. Klausel kohtuotsustes 1946-1950	20
2.1.1.1. Otsused, milles klausel kannab õiguslikku tähendust	21
a) Klinge (1946) – ka tsiviilisikute piinamine on keelatud	21
b) Alstötter (1947) – tsiviilisikute deporteerimine on klauslist tulenevalt keelatud	22
c) Rauter (1949) – kollektiivsete karistuste keeld kehtib ka väiksemate inimgruppide puhul; inimsusevastaste kuritegude mõiste tuleneb klauslist	24
d) K. W. (1950) – tsiviilisikute väärkohtlemine on klauslist tulenevalt keelatud	25
2.1.1.2. Otsused, milles klausel ei mängi iseseisvat õiguslikku rolli	26
a) Becker (1947)	26
b) Krupp (1948)	27
2.1.2. Klausel kohtuotsustes 1986-tänapäev	28
2.1.2.1. Otsused, milles klausel kannab õiguslikku tähendust	29
a) Furundžija (1998) – klausel on üheks tõendiks, et piinamiskeeld ja seksuaalsete rünnete keeld on osa tavaõigusest	29
b) Čelebići (2001) – klausel on üheks tõendiks, et Genfi konventsioonide ühine artikkel 3 on osa tavaõigusest 30	30
2.1.2.2. Otsused, milles klausel ei mängi õiguslikku rolli	30
a) Nicaragua-USA (1986)	30
b) Colombia konstitutsioonikohtu otsus (1995)	31
c) Martić (1996)	32
d) Tadić (1997)	32
e) Akayesu (1998)	33
f) Kupreškić et al (2000)	33
g) Hadžihasanović et Kubura (2002)	34
h) Saksa konstitutsioonikohus (2004)	36
2.1.3. Kokkuvõte	37
2.2. KLAUSEL ÜRO RAHVUSVAHELISE KOHTU NÕUANDVAS ARVAMUSES	38
2.2.1. Klausel nõuandva arvamuse põhitekstis	39
2.2.2. Kohtunik Weeramantry eriarvamus – klausel välistab a contrario argumendi	40
2.2.3. Kohtunik Shahabuddeen eriarvamus – klausli koostisosadel on iseseisev normatiivne jõud	41
2.2.4. Kohtunik Ranjeva eriarvamus – klausel on jäänuk	42
2.2.5. Kohtunik Schwebeli eriarvamus – klausel kinnitab, et humanitaarõiguse põhimõtted on kohaldatavad ka tuumarelvadele	43
2.2.6. Järeldused	43
2.3. MARTENSI KLAUSEL RIIKIDE POSITSIOONIDES	44
2.3.1. Klausel kui iseseisva õigusliku tähendusega norm	44
2.3.2. Klauslil puudub iseseisev õiguslik kvaliteet	48
2.3.3. Järeldused	51
2.4. KLAUSLI KASUTAMINE RAHVUSVAHELISTES DOKUMENTIDES	52
2.4.1. Klausel kui iseseisva õigusliku tähendusega norm	52
2.4.2. Klauslil puudub iseseisev õiguslik kvaliteet	53
2.4.3. Kokkuvõte	55
2.5. JÄRELDUSED	55

3. MARTENSI KLAUSLI POSITSIOONID RAHVUSVAHELISES ÕIGUSES – TEOREETILISES KIRJANDUSES ANTUD HINNANGUD.....	57
3.1. MARTENSI KLAUSLIL PUUDUB ÕIGUSLIK KVALITEET	57
3.1.1. <i>Martensi klausel kui diplomaatiline trikk.....</i>	57
3.1.2. <i>Martensi klausel kui moraalne säte</i>	59
3.1.3. <i>Martensi klausel on "lõppenud".....</i>	60
3.2. MARTENSI KLAUSEL KUI ÕIGUSLIKU TÄHENDUSEGA SÄTE	61
3.2.1. <i>Martensi klausel kui printsiip – abi teiste normide tõlgendamisel.....</i>	62
3.2.2. <i>Klausel kui tavaõiguse norm.....</i>	63
3.3. KLAUSEL KUI RAHVUSVAHELISE ÕIGUSE ALLIKATE SÜSTEEMI MODIFITSEERIJAJA	66
3.4. KOKKUVÕTE.....	67
4. LOOMUÕIGUSE JA POSITIVISMI VASTASSEIS KUI KLAUSLIT PUUDUTAVA TEOORIA JA PRAKTIKA EBAKÕLA SELETUS.....	69
4.1. KLAUSEL LOOMUÕIGUSE JA POSITIVISMI RISTTEEL.....	70
4.1.1. <i>Loomuõigus kui õigusfilosoofias kuni 19. sajandini valitsev koolkond.....</i>	70
4.1.2. <i>Klausli tekkeaja õigusfilosoofilised arusaamad.....</i>	71
4.1.3. <i>Martensi nägemus rahvusvahelisest õigusest</i>	73
4.1.4. <i>Klausel kui loomuõiguse ja positivismi ühendaja</i>	77
4.2. KLAUSLI FUNKTSIOONID TÄNA JA HOMME.....	78
4.2.1. <i>Loomuõiguse "taassünd" ja moodne positivism.....</i>	79
4.2.2. <i>Klausli funktsioonid tänapäeva rahvusvahelises õiguses.....</i>	82
4.3. JÄRELDUSED.....	83
LÕPPSÕNA	84
THE MARTENS CLAUSE IN INTERNATIONAL LAW – A COMPROMISE OF NATURAL LAW AND POSITIVISM. SUMMARY	87
KASUTATUD ALLIKAD	93
VIIDATUD KIRJANDUS	93
VIIDATUD NORMATIIVMATERJAL	96
VIIDATUD KOHTUPRAKTIKA	98
MISCELLANEA.....	100
KASUTATUD LÜHENDID	105

Sissejuhatus

Friedrich Fromhold Martensit, kelle lahkumisest möödub käesoleval aastal sajand, on sageli nimetatud üheks kuulsaimaks eesti soost rahvusvahelise õiguse teadlaseks. Tõepoolest, vaevalt leidub maailmas rahvusvahelise humanitaarõiguse spetsialisti, kes poleks kuulnud Martensist ja temanimelisest klauslist. Ometi võiks öelda, et Martensile ja tema panusele rahvusvahelisse õigusesse on Eestis seni ehk liig vähe tähelepanu pööratud. Loomulikult ei saa jätta mainimata Jaan Krossi tuntud romaani, ent selle kõrval saab nimetada vaid üht Martensi pärandiga seotud magistritööd¹ ja mõnda üksikut artiklit, seejuures otseselt Martensi klauslit ei uuri neist ükski.

Lisaks sellele on teema aktuaalne ka laiemalt, mitte üksnes Eestis. Juba klausli sõnastus tekitab rea küsimusi – kas rahvusvahelise humanitaarõiguse valdkonnas on üldse võimalik saavutada olukorda, milles oleks olemasolevate normide pinnalt võimalik lahendada kõiki elus esile kerkivaid olukordi? Kas klausel on sellest lähtuvalt igikestev? Mis on olnud tema ajalooline roll ja kas klauslil on (praktilist) kohta ka tänapäeval? Teemaaktuaalsusest annavad tunnistust ka viimasel aastakümnel ilmunud mitmed klauslit käsitlevad artiklid tunnustatud rahvusvahelise õiguse teadlastelt, muuhulgas näiteks professor Antonio Casseselt ja Theodor Meronilt. Kõigis neis käsitlustes on klausli kohta esitatud väga eripalgelisi ja tihti üksteisele vastukäivaid teooriaid, mis vastuste andmise asemel sageli vaid uusi küsimusi tõstatavad.

Eelnevast tulenevalt ja seoses sellega, et humanitaarõigusega seonduvad teemad on mulle rahvusvahelise õiguse õpingute algusest saadik hingelähedased olnud, tekkiski sel korral huvi uurida Martensi klauslit. Töö keskse küsimuse võiks sõnastada ontoloogiliselt – eelkõige on minu huviks selle uurimuse tulemusena teada saada, mis Martensi klausel on. Minu algne huvi selle küsimuse juures oli eelkõige praktilist laadi – soovisin teada, kuidas võiks klauslist meile tänases maailmas "tulu tõusta". Uurimistöö käigus aga kerkis selle praktilise lähenemise kõrvale veel teinegi vastamist nõudev küsimus, mis viimaks ehk isegi olulisemaks muutus. Nimelt vajadus leida seletus klauslit saatnud ja saatvatele ebakõladele. Kes klauslit vähegi lähemalt vaadelnud on, teab, et mitmesugused ebakõlad oleks sellesse justkui "sisse kirjutatud" – selle sisu on paljulubav, praktika aga sootuks kahvatum; seda saadavad kõlavad

¹ Olmaru, I. Eraomandi puutumatus õigus sõja ajal: loomuõiguslik aspekt ja Friedrich von Martensi käsitlused: magistritöö; juhendaja: P. Järvelaid. Akadeemia Nord, õigusteaduskond, Tallinn, 2004. (Käsikiri Akadeemia Nord raamatukogus).

loosungid selle suurest väärtusest, kuid ometi on meil raske "mõõta" sellest tõusnud tegelikku tulu. Nii kerkis esile teine küsimus – vajadus leida sellisele olukorrale selgitus.

Lisaks püüdele leida vastus viidatud küsimustele ja seletus nimetatud ebakõlale ning mõista klausliga seonduvat õiguslikku tegelikkust, on käsitletaval teemal ka praktiline väärtus. Näiteks saab siin viidata palju kirgi kütnud Euroopa Inimõiguste Kohtu hiljutisele kohtuotsusele kohtuasjas Kononov vs. Läti², milles kohus leidis, et väidetava sõjakurjategija karistamisel on rikutud *nullum crimen* põhimõtet. Läti, kes kohtu sellise lahenduskäiguga ei nõustunud, on asja edasi kaevanud kohtu suurkojale. Kas klausel, mida varasemaltki on kasutatud *nullum crimen* põhimõtte ja õiglusenõude tasakaalustamiseks, võiks ka sellises olukorras otsustamise kulgu mõjutada? Ka sellele küsimusele vastuse saamiseks on vajalik teada klausli tekkelugu ning olla tuttav seonduva kohtupraktika ning selle kitsaskohtadega.

Kõigile viidatud küsimustele vastuseid otsides uurisin käesolevas töös esmalt klausli tekkelugu ja senist arengut ning puudutasin põgusalt ka tema sisulisi elemente, andmaks vajalikku taustinfot edasise mõistmiseks. Teises peatükis, mis moodustab ühtlasi töö mahukaima osa, küsisin selle järele, kuidas on klauslit kasutatud praktikas. Seda eelkõige seetõttu, et riikide praktika on rahvusvahelise õiguse üks peamisi nurgakive ja see peegeldub väga selgelt ka rahvusvahelise õiguse allikaõpetuses. Selles peatükis analüüsisin esmalt erinevaid kohtuasju, mille lahendamisel klauslit on kasutatud või sellele viidatud, seejärel tõin eraldi välja ÜRO rahvusvahelise kohtu ja selle kohtunike eriarvamustes esitatud seisukohad tuumarelvade nõuandvas arvamuses ning viimaks esitasin riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide klausliga seonduva praktika. Selle pinnalt andsin esimese hinnangu sellele, mis klausel on.

Kolmandas peatükis pöördusin doktriini poole ja uurisin erinevate õigusteadlaste seisukohti ja hinnanguid klauslile, täiustades seeläbi klausli võimalike rollide nimekirja. Kuivõrd teoreetilises kirjanduses antud hinnangud ulatuvad ühest äärmusest teiseni ja puudub lähenemine, mida võiks nimetada valdavaks, tuli uurimusega edasi liikuda. Erinevate lähenemisvõimaluste paljusus ning samuti mõningased "käärid" praktikaga ajendasid pöörduma õigusfilosoofia juurde ja küsima, kas selle kaudu on võimalik seletada klausliga seonduvat ebakõla.

² Kononov vs. Latvia, application no 36376/04, ECHR judgment of 24 July 2008. Available: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=838477&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (11 December 2008).

Neljas peatükk keskendub õigusfilosoofia kahele "vaalale" – loomuõigusele ja positivismile – nende põhiseisukohtadele, nende avaldumisele Martensi enda käsitlustes ning klausli tekkeaja üldisele õigusfilosoofilisele olustikule. See peatükk võimaldab ühtlasi analüüsida töö hüpoteesi, mille kohaselt tulenevad klausliga seotud raskused mõneti tema enda olemusest – asjaolust, et klausel valab loomuõiguslikud põhimõtted positivistlikku vormi (kodifikatsiooni). Leian, et seda seletust klauslile pakub (seda nähtavasti endale teadvustamata) oma rahvusvahelise õiguse teoreetilises käsitluses ka Martens ise. Töö lõpuosas püüdsin toodud järeldustest lähtuvalt mõtiskleda ka klausli võimalike rollide üle tänases ja homses rahvusvahelises õiguses.

Viidatud loomuõiguse-positivismi temaatika, olgugi et seda on kirjanduses palju käsitletud, on ja minu hinnangul ka jääb aktuaalseks. Võiks suisa öelda, et (rahvusvahelises) õiguses ilma loomuõigusega hakkama ei saa. Seda ilmestavad minu hinnangul nii rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioonis sätestatud *ius cogens* normide kontseptsioon kui Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni säte, mille kohaselt ei takista *nullum crimen* põhimõte "ühegi isiku ükskõik missuguse teo või tegevusetuse, mis selle toimepanemise ajal oli kuritegu tsiviliseeritud rahvaste poolt tunnustatud õiguse üldpõhimõtete järgi, kohtulikku arutamist ja isiku karistamist."³ Sedasama peegeldavad ka erinevates sõjatribunalides peetud kohtuprotsessid, mis leiavad end taas ja taas silmitsi õiguse ja õigluse tasakaalustamise keerukate küsimustega. Olgugi et rahvusvahelised lepingud reguleerivad üha täiuslikumalt rahvusvahelise elu kitsaskohti, kehtib siingi pea kõigile elualadele kohaldatav mõte, mille on sõnastanud prof Tõnu Lehtsaar: "Elu on alati keerulisem kui mis tahes õpetus elust."⁴

Töö tugineb peamiselt ingliskeelsetele teadusartiklile, nii siseriiklike kui rahvusvaheliste kohtute kohtupraktikale ning muudele rahvusvahelistele dokumentidele, samuti on kasutatud temakohaseid õpikuid ja monograafiaid.

³ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 7 lõige 2. – RTII 1996, 11/12, 34.

⁴ T. Lehtsaar. Hingepilk. Kriisiolukordade pastoraalsühholoogia. Tallinn: Logos, 1994, lk 18.

1. Klausli tekkelu ja tekkejärgne õiguslik olemus

Kes minevikku ei mäleta, elab tulevikuta – see Juhan Liivi sõnastatud tõde kehtib muuhulgas ka õigusruumis. Selleks, et anda hinnang olevale ja rajada teed tulevale, tuleb alati alustada olnust. Nõnda ka Martensi klausli tänase olemuse analüüsimisel.

1.1. Martensi klausli tekkelu

Martensi klausli kaugeteks ideelisteks eelkäijateks on peetud loomuõigust ja rüütlikombeid⁵, selle konkreetsem tekkelu saab aga alguse Brüsseli 1874. a konverentsist⁶. Konverentsile esitati muuhulgas maasõja õiguse ja tavade konventsiooni eelnõu, mille koostajaks oli tollal vähetuntud F. F. Martens⁷ (1845-1909), kes lähtus 1868. a Peterburi deklaratsiooni⁸ põhimõtetest ning paljudest üldtunnustatud rahvusvahelistest tavadest. Toonase konverentsi

⁵ Theodor Meron viitab 1643. a Šotimaa sõjatavadele, mis mainisid loomuõigust täiendava allikana, tugevdades seeläbi humaansuse põhimõtet. Vt Meron, T. The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience. – American Journal of International Law, 2000, Vol 94, Issue 1, p 79, fn 9. Edaspidi viidatud kui Meron.

⁶ Brüsseli konverents tuli kokku Vene keiser Aleksander II initsiatiivil, konverentsil kohtusid 15 Euroopa riigi delegaadid. Konverentsil arutati Vene valitsuse esitatud sõjaõiguse ja tavade rahvusvahelise lepingu eelnõu, mis küll võeti vastu, kuid jäi ratifitseerimata, sest osa valitsusi ei soovinud seda siduva lepinguna tunnustada. Sellest hoolimata on tegu olulise sammuga sõjaõiguse kodifitseerimisel, kuivõrd eelnõu on Haagi konventsioonide otseseks eelkäijaks. – Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874. Introduction. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/135> (11 December 2008).

⁷ F. F. Martens oli oma ajastu üks silmapaistvamaid rahvusvahelise õiguse teadlasi, arbiitriteid ning diplomaate. Tema ulatuslike teenete tõttu rahvusvahelises arbitraažis nimetati teda vahel "Ristirahva ülemkohtunikuks" (*Lord Chief Justice of Christendom* – vt nt Maxey, E. Development of International Law. – American Law Review, 1906, kd 40, nr 2, lk 194) ja "Euroopa lordkantsleriks" (*Lord Chancellor of Europe* – vt nt Holland, T. E. Frederic de Martens. – Journal of the Society of Comparative Legislation, 1909, kd 10, osa 1, lk 11). Aastatel 1901-1908 esitati Martens korduvalt Nobeli rahupreemia kandidaadiks. Vt Nobeli rahupreemia kandidaatide andmebaas 1901-1955. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://nobelprize.org/nomination/peace/nomination.php?string=Martens&action=simplesearch&submit.x=11&submit.y=5&submit=submit> (11.12.2008). Vt Martensi kohta täpsemalt: Пустогаров, В. В. "... С пальмовой ветвью мира": Ф. Ф. Мартенс – юрист, дипломат, публицист. Москва: Международные отношения, 1993. Tõlge inglise keelde: Pustogarov, V. *Our Martens: F. F. Martens. International Lawyer and Architect of Peace*. Edited and translated from the Russian, with an introduction by W. E. Butler. The Hague; Boston: Kluwer Law International; London: Simmonds & Hill Publishing, 2000. Edaspidi viidatud kui Pustogarov 2000. Eesti keeles: Kross, J. Veel üks tuntud ja tundmatu eestlane. – Vahelugemised IV. Tallinn, Eesti Raamat 1986, lk 127-130. Vt ka Kross, J. Professor Martensi ärasõit. Romaan. Tallinn: Eesti Keele Sihtasutus, 2002.

⁸ Peterburis rahvusvahelise sõjalise komisjoni poolt vastu võetud deklaratsioon, mis keelas sõjaajal alla 400 g lõhkevate kuulide kasutamise, oli esimene sellelaadne ametlik kokkulepe. Vajaduse selliseks kokkuleppeks tingis Vene sõjaväejuhtide 1863. aastal leitud ja 1867. aastal täiendatud kuul, mille suhtes leiti, et see on ebainimlik sõjapidamisvahend. Vene valitsus ei soovinud seda ise kasutada ja tahtis vältida ka võimalust, et mõni teine riik seda kasutama hakkab, mistõttu tehti ettepanek sellise kuuli keelamiseks rahvusvahelise kokkuleppega. 1868. a vastu võetud õiguslikult siduva deklaratsiooniga kinnitati tavaõiguse normi, mille kohaselt on keelatud kasutada relvi, kuule ja aineid, mis põhjustavad põhjendamatuid kannatusi. – Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868. Introduction. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/130> (11 December 2008). Edaspidi viidatud kui Peterburi deklaratsioon.

osapooled ei olnud aga veel valmis leppima sõja piiramise ideedega ja keeldusid konventsioonile alla kirjutamast ning see võeti vastu deklaratsiooni vormis.⁹

Kakskümmend viis aastat hiljem kogunes Venemaa initsiatiivil Haagis esimene rahukonverents. Konverentsil osalesid 27 riigi esindajad (12 Euroopa riiki, USA, Mehhiko, Hiina, Jaapan, Pärsia, Siiam).¹⁰ Konverentsi programmi koostajaks oli jällegi F. F. Martens, kes muuhulgas tegi ettepaneku maasõja õiguste ja tavade konventsiooni vastuvõtmiseks. Martens asus juhtima ka vastavat (II) töögruppi, mis võttis aluseks Brüsseli deklaratsiooni. Eelnõu artiklid, mida arutati ükshaaval, üldiselt vastuseisu esile ei kutsunud. Terve konventsiooni vastuvõtmise seisukohalt kriitiline olukord tekkis aga siis, kui väikeriigid eesotsas Belgiaga vaidlesid vastu okupatsioonijõudude õigusi ja kohustusi käsitlevatele sätetele, väites, et see annab eeliseid suurjõududele, kahjustades väikeriike.¹¹ Suurbritannia toetas osasid Belgia tehtud ettepanekuid, tugev vastuseis tekkis aga Venemaa ja Saksamaa poolt.¹² Väikeriigid seisis vastu ka okupatsioonivastase võitluse igasugusele piiramisele, leides, et see on vaenlase poolt vallutatud maa kõigi elanike põhiõigus¹³ ning et neid tuleks kohelda võitlejatena. Suurriigid aga leidsid, et neid tuleks vaadelda hoopis partisanidena (*francs-tireurs*) ning hukata.¹⁴ Martens tajus, et tegemist oli kriitilise olukorraga ja et üheks võimalikuks tagajärjeks võis olla 1874. a Brüsselis toimunu kordumine.¹⁵ Püüdes säilitada eelnevalt saavutatud kokkulepet sõjaliste vajaduste ja võitlejate ning tsiviilelanike kaitse osas, leidis ta väljapääsutee. Üritades omavahel lepitada elanikkonna õigust ennast kaitsta ja valitsuste kohustust sõjakoledusi leevendada, esitas ta töögrupile 20. juunil 1899 deklaratsiooni, millega tegi ettepaneku lisada konventsiooni preambulisse sätte, mida tänapäeval tuntakse Martensi klausli nime all:¹⁶

"Kuni sõjaõiguse terviklikuma kodifikatsiooni väljaandmiseni peavad Kõrged Lepinguosalised õigeaks deklareerida, et nende poolt vastu võetud regulatsioonis mittesisalduvate juhtumite korral jäävad nii elanikkond kui võitlejad

⁹ Pustogarov, V. Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) – a humanist of modern times. – *International Review of the Red Cross*, 1996, No 312, p 307. Edaspidi viidatud kui Pustogarov 1996.

¹⁰ Pustogarov 1996, lk 310.

¹¹ Pustogarov, V. The Martens Clause in International Law – *Journal of the History of International Law*, 1999, Vol 1, Issue 2, pp 125, 126. Edaspidi viidatud kui Pustogarov 1999.

¹² Cassese, A. The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? – *European Journal of International Law*, 2000, Vol 11, No 1, p 194. Edaspidi viidatud kui Cassese.

¹³ Cassese, lk 194.

¹⁴ Ticehurst, R. The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict. – *International Review of the Red Cross*, 1997, No 317, p 125. Edaspidi viidatud kui Ticehurst.

¹⁵ Cassese, lk 196.

¹⁶ Miyazaki, S. The Martens Clause and international humanitarian law. – Swinarski, C. (ed). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Martinus Nijhoff Publishers 1984, p 434. Edaspidi viidatud kui Miyazaki; Schirks, R. Die Martens'sche Klausel. Rezeption und Rechtsqualität. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002, s 20. Edaspidi viidatud kui Schirks.

rahvusvahelise õiguse põhimõtete kaitse ja valitsemise alla, nii nagu need tulenevad tsiviliseeritud rahvaste vahel juurdunud tavadest, humaansusseadustest ja avaliku südametunnistuse nõudmistest."¹⁷

Delegaadid tervitasid ettepanekut aplausiga ning hiljutine ummikseis oli ületatud. Terve konventsioon võeti vastu ühehäälselt algseid artikleid muutmata.¹⁸

1.2. Klausli tekkejärgne õiguslik olemus

Klausli algsest kontekstist tulenevat tähendust aitab avada Haagi konventsiooni preambul, milles sedastatakse: "Praegu ei ole siiski olnud võimalik kooskõlastada sätteid, mis kataks kõiki praktikas tekkivaid olukordi" ja mis toob esile, et juhtumid, mida konventsiooni sätted ei puuduta, ei tohi jääda sõjaväeliste ülemate suvaotsusteks. Ka konverentsil tekkinud vastasseis mängib olulist rolli klausli algse tähenduse kindlaksmääramisel. Martens kujundas klausli selleks, et saavutada väikeriikide nõusolek konventsiooni vastuvõtmiseks, mistõttu oli klausel algsest mõeldud täiendava kaitsena okupeeritud territooriumide elanikele, eriti relvastatud vastupanuliikumiste liikmetele.¹⁹

Tähelepanuväärne on see, et ei Martens ise ega ka tema kaasaegsed ei pidanud klauslit kuigivõrd märkimisväärseks. Martens on 1899. a Haagi konverentsile pühendanud kaks kirjatükki, kuid kummaski neist ei maini ta oma ettepanekut klausli osas. 1899. a artiklis nimetab ta lakooniliselt, et "teine komisjon täitis oma ülesande täielikult"²⁰, 1901. a raamatus sõja ja rahu kohta räägib ta küll Belgia vastuseisust mõnedele Brüsseli deklaratsiooni sätetele, kuid läheb samuti mööda faktist, et tema enda ettepanek lahendas vastasseisu.²¹ Nii sellest tõigast kui konverentsil toimunud lähtudes on näiteks Cassese leidnud, et pigem saab klauslist rääkida kui osavast diplomaatilisest nükkest²², mis tegelikult toonast õiguslikku maastikku ei muutnud. Osav sõnastus aga jättis mõlemale eriarvamusel olnud poolele

¹⁷ Haagi maasõja õiguse ja tavade (II) konventsioon. Autori tõlge. A. Piip on "*public conscience*" tõlkinud avalikuks õiglustundeks, A. Alas inimlikuks vastutustundeks. Vt Piip, A. Rahvusvahelise õiguse süsteem. Tartu: Loodus, 1927, lk 264 ja Alas, A. Professor Martens ja rahvusvahelise õiguse areng. – Looming, 2000, nr 2, lk 302. Konventsiooni terviktekst: Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/150> (11 December 2008). Edaspidi vastavalt viidatud kui Haagi II konventsioon ja Haagi eeskirjad.

¹⁸ Pustogarov 1999, lk 127; Fleck, D. Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu. *Baltic Defence Review* 2003, Vol 10, No 2, p 22. Edaspidi viidatud kui Fleck.

¹⁹ Meron, lk 79, Cassese lk 197.

²⁰ Martens, F. *International Arbitration and the Peace Conference at the Hague*. – *The North American review*, 1899, Vol 169, Issue 516, p 606.

²¹ Cassese, lk 199.

²² Cassese, lk 216.

võimaluse sinna oma seisukoht "sisse lugeda" ning seetõttu sai ka konventsiooni vastuvõtmisega jätkata.

Klausli toonast rolli on nähtud asjaolus, et Martens sidus väga oskuslikult ühte sättesse moraalse sisu ja juriidilise vormi. Õiguskirjanduses on leitud, et klausel sätestas esmakordselt, et eksisteerivad humanitaarseid kaalutlusi väljendavad õiguslikud normid ja need on samavõrd siduvad kui sõjalistest või poliitilistest vajadustest lähtuvad reeglid. Klausli peamiseks teeneks oli seega esmakordne lähenemine humaansusseadustele mitte moraalsest, vaid positivistlikust vaatenurgast.²³ Selline kombinatsioon aitas konverentsi osapooled patiseisust välja.

Sellega võiks käesolev analüüs ka piirduda, kuid et klauslit on rahvusvahelisel tasandil korduvalt ka edaspidi kasutatud, järgneb loogiliselt küsimus – kas klauslil on ka täna kanda mingi õiguslik roll või tulebki tema peamiseks (või ainsaks?) teeneks lugeda diplomaatiliste vastuolude ületamist? Milline võiks olla tema roll 21. sajandi maailmas? Selleks, et paremini mõista klausli võimalikku iseloomu rahvusvahelises õiguses, uurin järgnevalt tema erinevaid avaldumisi pärast esmakordset mainimist.

1.3. Klausel järgnevates rahvusvahelistes lepingutes

Pärast Haagi konventsiooni on klausel esinenud mitmetes järgnevates sõjaõigust puudutavates rahvusvahelistes lepingutes. Esmalt kohtume klausliga taas 1907. a Haagi (IV) konventsioonis maasõja õiguse ja tavade kohta, seejärel leiame klausli pisut muudetud sõnastuse 1949. a Genfi konventsioonide denonsseerimissätetes (ühine artikkel 63/62/142/158). Klausli üldine lõppeesmärk on mõlemal korral sama – ümbritseda konkreetsele lepingule eelnenud õigus laialdase tunnustuse ja tagatistega.²⁴ Siiski on klauslil Genfi konventsioonides pisut erinev rõhuasetus. Kui eelnevalt oli klausli põhirõhuks olnud need tavaõiguse normid, mis erimeelsuste tõttu lepingusse kodifitseerimata jäid, siis 1949. aasta konventsioonides on klausli eesmärgiks garanteerida, et osalisriigid jäävad klauslis nimetatud põhimõtetega seotuks ka juhul, kui nad konventsiooni(d) denonsseerivad.²⁵ Seega on siin klausli ulatus

²³ Cassese, lk 188.

²⁴ Abi-Saab, G. *The Specificities of Humanitarian Law*. – Swinarski, C. (ed). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Martinus Nijhoff Publishers 1984, p 275. Edaspidi viidatud kui Abi-Saab.

²⁵ Vt 12. augusti 1949 Genfi (I) konventsioon haavatud ja haigete sõjaväelaste olukorra parandamise kohta maismaal, art 63, RTII 1999, 17, 107; 12. augusti 1949 Genfi (II) konventsioon haavatud, haigete ja merehädas sõjaväelaste olukorra parandamise kohta merel, art 62, RTII 1999, 18, 116; Sõjavangide kohtlemise 12. augusti

suurem, hõlmates kogu mittelepingulist normide kogu.²⁶ Aga samas on siin tegu vaid "täiendava meeldetuletusega", sest üldiste tavaõiguslike normidega on riigid seotud ka ilma sellekohaste viideteta rahvusvahelistes lepingutes.²⁷ Samuti, kuivõrd ÜRO rahvusvaheline kohus on kinnitanud Genfi konventsioonide olulisemate põhimõtete tavaõiguslikku staatust²⁸, tekitavad nimetatud denonsseerimissätted omamoodi nõiarangi – formaalselt väljuks riik küll konventsioonis nimetatud kohustusist, kuid materiaalselt jääks nendega tavaõiguse kaudu ometi seotuks. Sarnast seost tavaõiguse ja kodifitseeritud normide vahel on käsitletud ka ÜRO rahvusvaheline kohus Nicaragua-USA kohtuasjas.

Genfi konventsioonide lisaprotokollide vastuvõtmisest alates on kasutusel olnud klausli "moderniseeritud" variant. Lisaks sellele paigutati klausel, mis seni oli paiknenud preambulis, I protokollis põhiteksti, kus artikkel 1(2) on sõnastatud järgmiselt:

"Juhtudel, mida ei reguleerita selle protokollis või muude rahvusvaheliste kokkulepetega, kaitstakse tsiviiliseid ja võitlejaid kehtival tavadel, humaansuse põhimõtete ja avaliku südametunnistuse käskudel põhinevate rahvusvahelise õiguse printsiipide kohaselt."²⁹

Võrreldes algse sõnastusega on klausel teinud läbi mõningaid muudatusi. Erinevalt 1899. aasta versioonist räägitakse Genfi 1949. a konventsioonide I lisaprotokollis vastavate põhimõtete kohaldumisest mitte üksnes ettenägematute juhtumite osas vaid ka "juhtudel, mida ei reguleerita teiste rahvusvaheliste kokkulepetega". Esitatud formulatsioon võimaldab klausli laiemat tõlgendamist. Teise erisusena on klauslist välja jäetud viide tsiviliseeritud rahvastele. See on põhjendatav asjaoluga, et erinevalt klausli tekkeajast, mil riikide jaotamine tsiviliseerituteks ja mittetsiviliseerituteks oli küllalt levinud, 20. sajandi keskel sellist vahetegu enam ei tehtud. ÜRO põhikirja tõi selgelt esile kõigi riikide täieliku võrdsuse põhimõtte ning selleks ajaks oli lõppenud ka dekoloniseerimisprotsess.³⁰

1949 Genfi (III) konventsioon, art 142, RTII 1999, 19, 117; Tsiivilisikute sõjasegse kaitse 12. augusti 1949 Genfi (IV) konventsioon, art 158, RTII 1999, 20, 120.

²⁶ *Abi-Saab*, lk 275.

²⁷ Asjaolule, et klausli selline kasutamine denonsseerimissätetes ei ole vajalik, sest rõhutab juba niigi ilmset, viidati juba 1949. aasta diskussioonides. Vt *Schirks*, lk 25.

²⁸ Vt nt *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, para 79. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (11 December 2008). Edaspidi viidatud kui PA tuumarelvade arvamus.

²⁹ 12. augusti 1949 Genfi konventsioonide 8. juuni 1977 (I) lisaprotokoll rahvusvaheliste relvakonfliktide ohvrite kaitse kohta, mitteametlik tõlge, art 1 (2), RTII 1999, 21, 121.

³⁰ *Pustogarov* 1999, lk 127-128. Vt "tsivilisatsiooni" argumentide kasutamise kohta varasemas rahvusvahelises õiguses: *Koskenniemi, M. The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, Cambridge University Press, 2005, pp 70-88, 132-136. Edaspidi viidatud kui *Koskenniemi*.

Theodor Meron on viidanud nüansimuutusele I lisaprotokollis rahvusvahelise õiguse printsiipide lähtekohtade suhtes – kui 1899. a Haagi (II) konventsiooni preambulis nimetas "juurdunud käitumisviise" (*established usages*), siis lisaprotokollis mainitakse juba "kehtivaid tavasid" (*established custom*). Meron on leidnud, et sellise sõnastusega "ühendab protokoll väljakujuneva tulemuse (rahvusvahelise õiguse printsiibid) ühe selle komponendiga (kehtivad tavad), tõstatades küsimuse kodifitseerimata inimsuse põhimõtete ja avaliku südametunnistuse käskude funktsiooni, rolli ja vajalikkuse kohta. On võimalik, et sel viisil on klausel kaotanud oma algse sidususe ja õigusliku loogika."³¹ Vastusena sellele märkusele väidab Dieter Fleck, kes osales delegaadina 1973. aasta Teherani konverentsil ja tegi ettepaneku lisada Martensi klausel lisaprotokollide teksti, et "klausli piiramine ei olnud läbirääkimiste eesmärgiks ja kitsas lingvistiline lähenemine ei tohiks hägustada diplomaatilisel konverentsil taotletud ja viimaks saavutatud tulemust".³² Samuti on oluline, et sellisest võimalikust nüansimuutusest saab rääkida vaid ingliskeelses tekstis, prantsuskeelsetes variantides kasutatud sama sõnastust – *usages établis*. Seejuures on 1899. aasta konventsiooni ametlik tekst prantsuskeelne, 1977. aasta puhul aga omavad võrdset kaalu nii inglise- kui prantsuskeelne tekst. Seega on ametlikeks mõisteteks *usages établis* ja *established custom*, mis mõlemad viitavad õiguslikku tähendust omavatele tavadele.

Muus osas olid I protokollis muutused kosmeetilised, näiteks asendati ebatäpne ja kohati vananenud keelekasutus aja jooksul täpsustunud õigusterminitega – "elanikkonna" asemel "tsiviilisikud", "sõdijate" asemel "võitlejad", "humaansusseaduste" asemel "humaansuse põhimõtted".

1977. a II protokollis sisaldub klausel pisut kärbitud variandis taas preambulis, jättes mainimata viited tavaõigusele ning rahvusvahelisele õigusele. See sätestab: "juhtudel, mida kehtiv õigus ei reguleeri, kaitsevad inimest humaansuse põhimõtted ja avalik südametunnistus"³³. Protokollis preambulist saab järeldada, et "humaansuse põhimõtete" all peetakse siin silmas eelkõige Genfi konventsioonide ühist artiklit kolm.³⁴

³¹ Meron, lk 81.

³² Fleck, lk 24.

³³ 12. augusti 1949 Genfi konventsioonide 8. juuni 1977 (II) lisaprotokoll siseriiklike relvakonfliktide ohvrite kaitse kohta, mitteametlik tõlge, RTII 1999, 21, 122.

³⁴ Pustogarov 1999, lk 128.

1980. aasta teatud tavarelvastuse piiramise lepingu preambulis esineb klausel samas sõnastuses kui 1977. a I protokollis, lisatud on vaid, et nimetatud printsiipide poolt pakutav kaitse kestab "alati" (*à tout moment; at all times*).³⁵

Klauslist inspireeritud sõnastust võib kohata mitmetes rahvusvahelistes lepingutes. Näiteks 1972. aasta bakterioloogiliste (bioloogiliste) ja toksinrelvade täiustamist, tootmist ja varumist keelustava ning nende hävitamist nõudva konventsiooni preambulis, mille kohaselt on "bioloogiliste relvade kasutamine inimkonna teadvusele (*conscience of mankind*) vastuvõetamatu"³⁶ või 1997. a jalaväemiinide kasutamist, varumist, tootmist ja üleandmist keelustav ja nende hävitamist nõudva konventsiooni preambulis, mis rõhutab "avaliku teadvuse rolli inimsuse põhimõtete edendamisel, mida tõendab jalaväemiinide täieliku keelustamise nõue".³⁷ Rahvusvahelise kriminaalkohtu Rooma statuudi preambul viitab jõhkrustele, mis on šokeerinud inimkonda (*the conscience of humanity*).³⁸

Kui võtta kokku ligi 100 aasta jooksul toimunud muutused, siis ei ole ei klausli sisu ega selle struktuur oluliselt muutunud. Peamised muutused on olnud vajalikud klausli kooskõlastamiseks edasi arenenud juriidilise keelega ja iganenud või sobimatute mõistete eemaldamiseks klausli tekstist.

1.4. Martensi klausli sisuline ulatus

Kuivõrd Martensi klausli näol on tegemist blanketse sõnastusega reeglina, siis on kõige otstarbekam käsitleda tema sisulist ulatust elementide kaupa. Elementide sisustamise muudab aga keeruliseks asjaolu, et ühtpidi pärineb algne sõnastus tänaseks juba üle sajandi vanusest kontekstist ning teisalt on tegemist küllalt üldiste ning suuresti määratlemata õigusmõistetega. Dieter Fleck nendib mõtlemapanevalt, et klausli sisu ei tohiks üle-tõlgendada.³⁹

Esimeseks klausli elemendiks on "tsiviliseeritud rahvaste tavad". See Martensi klausli osis on kõige vähem tekitanud diskussioone, seda eelkõige seetõttu, et rahvusvaheline tavaõigus on

³⁵ Ülemäärase kahjustava või purustava toimega tavarelvade kasutamise keelustamise ja piiramise konventsioon, mitteametlik tõlge, RTII 2000, 8, 44.

³⁶ Bakterioloogiliste (bioloogiliste) ja toksinrelvade täiustamist, tootmist ja varumist keelustav ning nende hävitamist nõudev konventsioon, mitteametlik tõlge, RTII 1993, 15, 19.

³⁷ Jalaväemiinide kasutamist, varumist, tootmist ja üleandmist keelustav ja nende hävitamist nõudev konventsioon, mitteametlik tõlge, RTII 2004, 9, 32.

³⁸ 17. juuli 1998 Rahvusvahelise kriminaalkohtu Rooma statuut, mitteametlik tõlge, RTII 2002, 2, 5.

³⁹ Fleck, lk 24.

rahvusvahelise õiguse tunnustatud allikas, mistõttu sobitub see viide võrreldes teiste Martensi klausli koostisosadega kõige paremini olemasolevasse rahvusvahelise õiguse süsteemi. Enamik autoreid liigub sellest klausli elemendist kiirelt mööda, kuivõrd see pigem tõdeb seda, mis niigi ilmne. Kui aga seda osist puudutatakse, siis jäetakse käsitlesest mõistagi välja viide "tsiviliseeritud rahvastele" kui aegunud ja sobimatule eristusele. Samas ei saa täiesti kindlalt väita, et selline eristus lõplikult aegunud on, kuivõrd ikka ja jälle räägitakse tsiviliseerituse mõistest, liberaalsetest riikidest, paariariikidest, kolmandast maailmast ja suuremal või vähemal määral kannavad need kõik sarnast ideed.

Klausli teise elemendi, humaansuse põhimõtete puhul on rõhutatud, et tegemist on ajas muutuvate mõistetega. Käitumine, mis võis rahvusvahelise üldsuse silmis olla aktsepteeritav ühel ajahetkel, võib hilisemalt muutuda keelatuks oma ebainimlikkuse tõttu.⁴⁰ Humaansuse põhimõtete sisu kindlaksmääramisel teeb olukorra keeruliseks kasutusel olevate lähedaste mõistete paljusus. Erinevates tekstides on kas läbivalt või paralleelselt kasutusel nii "humaansusseadused" (*laws of humanity*), "humaansuspõhimõtted" (*principles of humanity*) kui "üldised humaansuse kaalutlused" (*elementary considerations of humanity*). Seejuures pärinevad esimesed kaks Martensi klausli erinevatest "versioonidest", viimane on aga eelkõige ÜRO rahvusvahelise kohtu praktikas välja kujunenud mõiste. Kirjanduses puudub ühtne seisukoht, kas nimetatud mõisted on sünonüümsed või mitte. On ka leitud, et kuivõrd see mõiste esineb nii mitmetes erinevates vormides, siis ei ole see õigusnormiks sobilik.⁴¹ Samuti on selgusetu, mis on "humaansuse kaalutluste" sisu: kuidas määrata kindlaks nende ulatust ja mille järgi hinnata, kas neist tulenevad mingid kindlad kohustused, samuti, kes oleks pädev sellist hinnangut andma, kas üksnes kohtud või ka riigid või muud rahvusvahelised subjektid.⁴²

Ticehurst on leidnud, et viide humaansuse põhimõttele ei täienda olemasolevat sõjaõigust kuigi olulisel määral, kuivõrd on justkui peegelpildiks sellele kaitsele, mida pakub sõjalise vajaduse doktriin, mille kohaselt on lubatav vaid legitiimsete sõjaliste eesmärkide saavutamiseks vähim vajalik jõud. Nimetatud doktriini peetakse tavaõiguse peegelduseks.⁴³

⁴⁰ Verbatim Record No CR 95/22 of public sitting held on Monday 30 October 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), p 39. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/5950.pdf> (12 December 2008). Edaspidi viidatud kui istungi protokoll nr CR 95/22.

⁴¹ Pustogarov 1999, lk 133.

⁴² Cassese, lk 213.

⁴³ Ticehurst, lk 129.

Meron on väitnud, et humaansuskaalutlused peegeldavad põhilisi kogukondlikke väärtusi, mis võivad, kuid ei pruugi olla kristalliseerunud tavaõiguse normideks.⁴⁴

Veel üheks võimaluseks, kuidas sisustada humaansuse põhimõtteid, on siduda need inimõigustega. Näiteks Cassese on *K. W.* kohtuasja⁴⁵ järelalusena leidnud, et humanitaarõiguse põhiprintsiipide tõlgendamisel tuleks klausli tõttu lähtuda mitte ebamäärastest humaansuse põhimõtetest, vaid pigem neist inimõigusstandarditest, mis on sätestatud rahvusvahelistes instrumentides, näiteks inimõiguste deklaratsioonis.⁴⁶ Sarnast seisukohta esindab ka Austraalia oma suulistes seisukohades ÜRO rahvusvahelise kohtu ees, kus leitakse, et "rahvusvahelised inimõiguste standardid kujundavad humaansuse kontseptsioone"⁴⁷. Humaansuse seost inimõigustega on näinud ka Dupuis jt, viidates ühtlasi asjaolule, et 19. sajandil ja 20. sajandi esimesel poolel ei olnud loomuõigus moes ning see asendati humaansuse kontseptsiooniga.⁴⁸

Kindlasti on humaansuse põhimõtted humanitaarõiguse arengumootoriks ning selle printsiipide ideeliseks allikaks ning seeläbi juba sisalduvad rahvusvahelise humanitaarõiguse alusnormides.

Avaliku südametunnistuse nõudmised on vast kõige enam diskussioone tekitanud klausli osis. Seda, et tegemist on mitmetimõistetava kontseptsiooniga, näitab ka erinevate eestikeelsete tõlgete rohkus – seda on nimetatud avalikuks südametunnistuseks, avalikuks teadvuseks, ühiskonna moraalnormiks jne.

Meroni käsitluse kohaselt saab avaliku südametunnistuse nõudmisi vaadelda vähemalt kahest perspektiivist – esmalt avaliku arvamusest, mis mõjutab humanitaarõiguse arengut, teisalt valitsuse seisukohtadena – *opinio iurise* peegeldusena.⁴⁹ Kindlasti teeb avaliku südametunnistuse mõiste määratlemise keerukamaks ka ajaline distants klausli loomise ja tänaste arusaamade vahel rahvusvahelise õiguse kohta. Näiteks 17. sajandi II poolel kirjutab Rolin-Jaequemyns, et rahvusvahelise õiguse siduv jõud lähtub avalikust arvamusest ja et

⁴⁴ Meron, T. The Geneva Conventions as Customary International Law. – American Journal of International Law, 1987, Vol 81, p 357.

⁴⁵ Vt täpsemalt töö p 2.1.1.1.d).

⁴⁶ Cassese, lk 207.

⁴⁷ Istungiprotokoll nr CR 95/22, lk 39.

⁴⁸ Dupuis, M. D., Heywood, J. Q., Sarko, M. Y. F. The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions – American University Journal of International Law and Policy, 1987, Vol 2, Issue 2, p 500.

⁴⁹ Meron, lk 83.

avalik arvamus – tõsine, rahulik, universaalse õigluse põhimõtete rakendamisele tuginev – on maailma "kuninganna ja seadusandja".⁵⁰ Avaliku südametunnistuse mõiste on selgelt "oma ajastu laps" – muuhulgas leiti, et see väljendub "valgustatud inimeste kollektiivses arvamuses".⁵¹ Õigusteadlastest sai inimkonna südametunnistuse esindusorgan.⁵² Seda väljendab ka 1873. aastal loodud *Institut de droit international*'i põhikirja artikkel 1, mis sätestas instituudi eesmärgi: "Toetada rahvusvahelise õiguse arengut ja saada tsiviliseeritud maailma õiguslikuks südametunnistuseks".⁵³ Siin saab esile tuua ka prantsuse keelest tuleneva mitmetimõistetavuse: *la conscience juridique* saab tõlkida nii südametunnistuseks kui teadvuseks.⁵⁴ Inglise keeles kasutati enamasti südametunnistuse mõistet, kuid hilisemates dokumentides, kus see mõiste esineb, on seda tõlgitud kui inimkonna või avalikku teadvust.⁵⁵

Selle klausli osisega seonduvat mitmetimõistetavust väljendavad hästi ka klausli erinevate versioonide tõlked eesti keelde. 1899/1907. aasta sõnastust on tõlgitud "avalikuks õiglustundeks" (Piip), "inimlikuks vastutustundeks" (Alas), mina olen eelistanud "avalikku südametunnistust". 1949. aasta Genfi konventsioonide denonsseerimissätted nimetavad "ühiskondlikku südametunnistust", 1977. aasta I lisaprotokoll "avalikku südametunnistust". 1972. aasta bakterioloogiliste relvade lepingus kasutatakse mõistet "inimkonna teadvus", 1980. aasta teatud tavarelvastuse piiramise lepingus aga "ühiskonna moraalnorm", 1997. aasta jalaväemiinide leping räägib "avalikust teadvusest" ja 1998. aasta Rooma statuudis on räägitud lihtsalt "inimkonnast". Kasutatud mõistete paljusus ja erinevad rõhuasetused väljendavad hästi tõlkijate/teadlaste kimbatust selle sõnapaari täpse sisu ja mõtte mõistmisel.

Nauru riik on väljendanud seisukohta, mille järgi tuleks avaliku südametunnistuse nõudmisi kindlaks määrata nii otseselt avalikust arvamusest kui valitsuste seisukohtadest sõltumatult.⁵⁶ Nauru seisukohtade järgi tuleks antud mõiste sisustamisel lähtuda hulgast eelnõudest, deklaratsioonidest, resolutsioonidest ja teistest sõjaõiguse hindamiseks kõrgelt kvalifitseeritud, kuid valitsussidemeid mitteomavate isikute ja institutsioonide seisukohtadest.

⁵⁰ Rolin-Jaequemys, "De l'étude de la législation comparée et de droit international", p 225-226 (viidatud: Koskenniemi, lk 15). Edaspidi viidatud kui Rolin-Jaequemys.

⁵¹ Rolin-Jaequemys, lk 228.

⁵² Koskenniemi, lk 16.

⁵³ Institut de droit international põhikiri art 1. (viidatud: Koskenniemi, lk 41).

⁵⁴ Koskenniemi, lk 41.

⁵⁵ Vt terminite *conscience* ja *consciousness* arengute kohta täpsemalt Koskenniemi, lk 47-51.

⁵⁶ Written Statement of the Government of Nauru. Memorial in support of the Application by the World Health Organisation for an Advisory Opinion by the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons Under International Law, including the W.H.O. Constitution, p 68. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8792.pdf> (12 December 2008). Edaspidi viidatud kui Nauru kirjalikud seisukohad WHO-tuumarelvade asjas.

Näidetena tuuakse oma kirjalikes seisukohtades muuhulgas välja Rahvusvahelise Punase Risti Komitee resolutsioonid ning Tuumarelvade vastaste juristide rahvusvahelise assotsiatsiooni 1989. a tuumarelvade õigusvastasuse deklaratsioon, samuti näiteks Vatikani 1966. a pastoraalne konstitutsioon, tuues nõnda esile kodanikuühiskonna kõige olulisemate rakkude seisukohad.⁵⁷ Selge on aga see, et mingi seisukoha avaliku südametunnistuse nõudmiseks nimetamine eeldab oluliselt laiemat ühiskondlikku kõlapinda kui mõne valitsusvälise organisatsiooni vmt arusaamad. Piiri tõmbamisest lihtsam on aga hinnata seda, mis ei ole avaliku südametunnistuse väljendus. Positiivne määratlemine on juba oluliselt keerulisem.

Pustogarovi järgi on avaliku südametunnistuse defineerimisel liialt domineerima jäänud juristide ja õiguslike organisatsioonide (*juridical organizations*) arvamused, mis viib liialt ühekülgsesse hinnanguni. Avalikku südametunnistust vormivad mitmed faktorid ning juristid, vastavad organisatsioonid ning juriidiline kirjandus ei mängi seejuures otsustavat rolli.⁵⁸ Pustogarovi seisukohaga võib ju nõustuda, kuid oma analüüsis ei anna ta vastust küsimusele, kuidas avalikku südametunnistust siis määratleda tuleks. Mis oleks need komponendid, mida see määratlus lisaks peaks hõlmama ja kes siis on (üksikuna või kogumis) sobiv seda määratlust andma?

Minu hinnangul on "avalik" kindlasti laiem mõiste, kui mingi konkreetne ühiskond. Kui üritada seda mõistet seostada praeguse rahvusvahelise õiguse keelega, siis võiks ehk väita, et see on sünonüümne mõistega "rahvusvaheline üldsus". Ka avalik südametunnistus on ajas muutuv suurus. Näiteks mingil ajahetkel võidakse näha ühe relvatüübi tekitatavaid vigastusi kui "vajalikke", samas kui tehnoloogia areng või sõjapidamisviiside muudatused võivad pakkuda ka teisi alternatiive. Samuti võib muutuda ka kannatuste hulk, mida rahvusvaheline üldsus on valmis lubatavaks pidama, nagu on oma seisukohtades viidanud Austraalia.⁵⁹ Avaliku südametunnistuse nõudmiste sisu määratlemisel on nähtud olulisi seoseid ka inimõigustega.⁶⁰

Avaliku südametunnistuse nõudmiste määratlemine on, nagu juba öeldud, keerukas. Kui humaansuse põhimõtete puhul on võimalik lähtuda kohtupraktikast ning rahvusvahelise humanitaarõiguse doktriinist, siis avaliku südametunnistuse käsud/nõudmised on palju

⁵⁷ Nauru kirjalikud seisukohad WHO-tuumarelvade asjas, lk 68.

⁵⁸ Pustogarov 1999, lk 132.

⁵⁹ Istungi protokoll nr CR 95/22, lk 39.

⁶⁰ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p 490-491. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf> (15 December 2008). Edaspidi viidatud kui kohtunik Weeramantry eriarvamus.

ebamäärasem suurus, ning seetõttu on minu hinnangul siiski tegemist teatud mõttes "pehme" regulatsiooniga⁶¹. Samas on rahvusvahelisel areenil õigus ja poliitika lahutamatu seotud, nii et teinekord on raske hinnata, kus lõpeb poliitika ja kus algab õigus ning vastupidi. Avaliku südametunnistuse kontseptsioon sisaldab mitmeid probleemküsimusi, näiteks mõjutatavuse oht, erinevate arvamuste "kaalukuse" hindamise küsimus jne. Sellest hoolimata on selge, et avaliku südametunnistuse nõudmistel on oma kindel koht rahvusvahelise õiguse inspireerijana, samuti poliitiliste ja õiguslike protsesside mõjutajana. Tihti juhtub aga sedagi, et õigusest jääb üks sammuke puudu. Näiteks võib ju väita, et tuumarelvade keelustamine vastab tänastele avaliku südametunnistuse nõudmistele (vt näiteks vastavasisulised ÜRO peaassamblee resolutsioonid, mis on vastu võetud suure hääleteenamusega), ometi ei saa veenvalt väita, nagu oleks selle näol tegu riikidele kohustusliku tuumarelvade kasutamise keeluga. Seda teed ei olnud valmis minema ka ÜRO rahvusvaheline kohus juba nimetatud tuumarelvade otsuses, sest otsus, mida ei oleks kindlasti hakatud täitma ega tagama, oleks õõnestanud kohtu autoriteeti ja seeläbi ka rahvusvahelist õiguskorda tervikuna.

Eelnevalt on põgusalt puudutatud klausli osiste erinevaid tõlgendusviise ning välja toodud võimalusi nende sisustamiseks. Kuivõrd klausli tähendusulatuse määratlemine ei ole käesoleva töö põhieesmärk, siis on seda tehtud üsna põgusalt. Loomulikult, kui leida, et klauslil on ka tänapäeva rahvusvahelises (humanitaar)õiguses mängida oma roll, tuleks klausli erinevate elementide tähendust ning ulatust põhjalikumalt uurida.

Eelneva pinnalt on mõistetav ka see, miks on klauslit nimetatud üheks kõige mõistatuslikumaks ja tabamatumaks rahvusvahelise humanitaarõiguse sätteks.⁶²

Tõele klausli sisu ja olemuse kohta viivad lähemale küsimused sellest, milline on olnud (ja on) klausli roll praktikas ning millisena on õigusteadlased näinud klausli funktsioone: kas tegemist on ideelise juhtmõttega, õigusliku üldpõhimõttega, millega muud normid kooskõlas peaksid olema, tõlgenduspõhimõtte või normiga, mis ongi otse kohaldatav juhtumitele, mil olemasolev õigus vastust ei anna?

⁶¹ Seda kinnitab ka näiteks Ühendkuningriigi 1958. a sõjaväe käsiraamatus toodud väide: "Ükski riik ei saa endale lubada täielikku hoolimatust avaliku ja maailma arvamuse suhtes." Toodud sõnastus on piisavalt üldine ja ebakonkreetne, et väljendab siiski pigem moraalset kui õiguslikku kohustust. Vt United Kingdom War Office, *The Law of War on Land* (1958), para 619 (viidatud Meron, lk 85).

⁶² Chetail, V. *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law.* – *International Review of the Red Cross*, 2003, Vol 85, No 850, p 257.

Järgnevalt toon välja ja analüüsin klausli seniseid "väljundeid" praktikas – erinevates kohtuasjades, riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide praktikas. Selle kaudu saab anda hinnangu klausli tegelikule "kaalukusele" kohtutes ning uurida, kas rahvusvahelise õiguse põhiliste subjektide – riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide – klausli osas väljendatud seisukohti saab kuidagi üldistada. Nimetatud küsimustega tegeleb töö teine peatükk. Kolmandas peatükis toon välja ja süstematiseerin õiguskirjanduses esitatud seisukohad klausli kohta, et luua alus viimase peatüki käsitlusele.

2. Martensi klausel praktikas

Martensi klauslit on rahvusvahelises praktikas kasutatud nii kohtuotsustes kui ka riikide seisukohtades. Järgnevalt on välja toodud klausli roll neis ning seda analüüsitud. Sisuliste alajaotuste lõpus olen esile toodut üldistanud ning esitanud mõned selgemini eristatavad rollid, mida klausel täitnud on.

2.1. Martensi klausel kohtupraktikas

Kuigi vahetult pärast klausli teket ei pööratud sellele doktriinis suurt tähelepanu, on klauslit kasutatud ja sellele viidatud mitmetes kohtuasjades, seda nii siseriiklikul kui rahvusvahelisel tasandil. Selleks, et jõuda lähemale klausli võimalikule õiguslikule rollile, uurin järgnevalt, kuidas on klauslit neis otsustes kasutatud ja mis funktsioone ta on kandnud.

Uuritavad otsused on jaotatud kahte ossa – esmalt need, mis on tehtud tegude osas, mille puhul ei kehtinud veel Genfi 1949. aasta konventsioonid ja/või 1977. aasta lisaprotokollid ning teiseks hilisemad. Selline jaotus on põhjendatud eelkõige seetõttu, et on väidetud, nagu oleks 1949/1977. aastate konventsioonide näol tegemist klauslis nimetatud "terviklikuma sõjaõiguse kodifikatsiooniga", mistõttu "astuvad" need lepingud klausli asemele ning klausli roll on sellega täidetud⁶³. Selleks, et mõista, kas sellele väitele saab leida mingit toetust kohtupraktikast, ongi kohtuotsused ajaliselt sel viisil periodiseeritud.

2.1.1. Klausel kohtuotsustes 1946-1950

Esimeseks perioodiks on aastad 1946-1950. Kõik nimetatud ajavahemikku langevad kohtuotsused, milles klauslit on kasutatud, puudutavad pärast II maailmasõda peetud kohtuprotsesse sõjakurjategijate üle. Kohtuotsused on jaotatud kahte rühma:

- need, kus klauslil on täita iseseisev õiguslik roll;
- need, kus klausel iseseisvat õiguslikku tähendust ei kannaks;

Kategooriate eristuskriteeriumiks on valitud küsimus, kas klausli kasutamine mõjutas kuidagi kohtu teed järeldusteni (nii palju, kui seda otsuse tekstist on võimalik aru saada). Seega püüan

⁶³ Vt töös p 3.1.3.

siin eristada otsuseid, milles klauslile on lihtsalt viidatud, otsustest, milles klauslil on sisulises arutluskäigus oma koht ja ülesanne.

2.1.1.1. Otsused, milles klausel kannab õiguslikku tähendust

a) Klinge (1946) – ka tsiviilisikute piinamine on keelatud

Klinge asjas⁶⁴ tuli klausel kõne alla sõjaõiguse ja -tavade tõlgendamise kontekstis. Nimelt karistati Klinget 1944. aastal toime pandud tegude⁶⁵ eest surmanuhtlusega, 1902. aasta kriminaalkoodeksi järgi aga oli raskeimaks võimalikuks karistuseks vangistus. Surmanuhtluse võimaluse kehtestas hilisem, 1945. aastal vastu võetud kuninglik dekreet. Siseriikliku õiguse pinnalt oleks selgelt olnud tegemist toonase Norra põhiseaduse artiklis 97 sätestatud seaduse tagasiulatuva jõu keelu rikkumisega.

Seega oli selles otsuse osas keskseks küsimuseks, kas ja mis tingimustel võib kohtualusele mõistetud karistus väljuda teo toimepanemise ajal kriminaalkoodeksis sõnaselgelt sätestatud karistusraamist. Kohus vastas nimetatud küsimustele jaatavalt ning põhjendas oma otsust sellega, et piinamisaktide näol oli tegemist mitte üksnes Norra seaduste rikkumisega, vaid ka sõjaõiguse ja tavade rikkumisega, kuritegudega "humaansusseaduste" ja "avaliku südametunnistuse nõudmiste" vastu, mida sai rahvusvahelise õiguse kohaselt karistada kõige karmimate karistuste, sealhulgas surmanuhtlusega. Määruse näol oli seetõttu tegemist vaid rahvusvahelise õiguse sätete inkorporeerimisega Norra õigusesse.⁶⁶

Loomulikult tuleb nõustuda, et toimepandud teod rikkusid sõjaõigust ja -tavasid ning ka viide klauslile on siin igati asjakohane, kuivõrd piinamise sõjakuriteoks liigitamine oli toona vaieldav. Kohus viitas oma arutluskäigus Genfi 1929. a sõjavangide konventsiooni artiklile 46, mille kohaselt ei tohtinud sõjavange allutada muudele karistustele kui need, mis kehtisid sarnaste tegude puhul riigi relvajõudude liikmetele.⁶⁷ See säte kehtis aga vaid sõjavangidele. Samuti viitas kohus Haagi 1907. a eeskirjade artiklile 46, mille kohaselt tuli

⁶⁴ Public Prosecutor vs Klinge. – Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, Vol III, London, HMSO, 1948, p 1. Available: <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/klinge.htm> (16 December 2008). Edaspidi viidatud kui Klinge kohtuasi.

⁶⁵ Klinge oli Gestapo liige ja teenis Oslos 1944. aasta novembrist. Teda süüdistati Norra patriootide väärkohtlemises ja piinamises, mille tagajärjel neist üks ka suri.

⁶⁶ Klinge kohtuasi, lk 3, 6, 10-12;

⁶⁷ Convention relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 27 July 1929. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/305> (16 December 2008). Edaspidi viidatud kui 1929. a sõjavangide konventsioon.

muuhulgas austada pereelu, isikute elusid ja vara. Piinamise keeldu sellest otsesõnu järeldada ei saa. Siin toetas klausel artikli 46 ja vastava tavaõiguse normi laiendavat tõlgendamist, mis hõlmaks endas ka piinamise keeldu. Klausli selline kasutamine on minu hinnangul õigustatud. On küll kaheldav, kas saab väita, nagu eksisteerinuks toona karistusmäärad sõjatavade rikkumise eest rahvusvahelisel tasandil. Kohus viitas küll liitlaste deklaratsioonidele⁶⁸, kuid nende osas ei saa rääkida universaalsest rahvusvahelisest õigusest, kuivõrd pigem on tegemist riikide poliitilist tahet väljendavate dokumentidega. Seejuures, konkreetseid karistusmäärasid ei sisaldanud rahvusvaheline õigus veel Jugoslaavia ja Rwanda tribunalide loomise ajal, vaid nende statuutides on viide, et vangistustähtjad tuleb tuletada kohalikest praktikast.⁶⁹ Kuigi otsuse see osa, mis puudutab karmima karistuse kohaldamist, on probleemne, võib siin ometi näha olukorda, milles klauslit on edukalt kasutatud tõlgendamisel abistavas rollis, et pakkuda tsiviilisikutele täiendavat kaitset.

b) Alstötter (1947) – tsiviilisikute deporteerimine on klauslist tulenevalt keelatud

Järgmiseks kohtuasjaks, milles kasutati klauslit, oli Alstötteri kaesus (tuntud ka kui "*Justice case*")⁷⁰. Selles asjas oli muuhulgas küsimuse all okupeeritud territooriumide elanike vastu toime pandud sõjakuriteod ja inimsusevastased kuriteod. Aastal 1941 välja antud NN määruse (*Nacht und Nebel Erlass*) alusel peeti Saksamaal salajasi kohtuprotsesse okupatsioonijõududele vastuhakus süüdistatavate tsiviilisikute üle. Protsesside tulemuseks oli tuhandete piinamine, väärkohtlemine ja mõrvamine, mis oli süüdistuse järgi vastuolus "teatud rahvusvaheliste sõjapidamise reeglite ja tavadega".⁷¹

Klauslit puudutati otsuse osas, milles käsitleti tsiviilelanikkonna deporteerimist. Otsuses viidati erinevatele poliitilistele dokumentidele, kuid olemasolevad rahvusvahelised lepingud sellist keeldu otseselt ei sisaldanud ning otsuses leiti, et deporteerimise keeldu allikaks on

⁶⁸ Vt Klinge kohtuasi, lk 3-4.

⁶⁹ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, art 24 para 1. Available: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf (16 December 2008); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), art 23, para 1. Available: <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf> (16 December 2008).

⁷⁰ Nürnbergi III sõjatribunali otsus asjas United States of America vs Josef Altstoetter, et al. 3.-4. detsembrist 1947. Kohtu alla oli antud kuusteist Kolmanda *Reichi* õigussüsteemis töötanud isikut, kellele esitati süüdistused sõja- ja inimsusevastaste kuritegude toimepanemise vandenõu koostamisel osalemises, sõjakuritegude toimepanemises okupeeritud territooriumide tsiviilelanike ja Saksamaa vastu sõdivate riikide sõdurite suhtes, inimsusevastaste kuritegude toimepanemises ning kriminaalseks kuulutatud organisatsioonidesse (SS, SD, natsipartei juhtkond) kuulumise eest: United States of America vs Josef Altstoetter. – Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under Control Council Law no. 10: Nuernberg, October 1946 - April 1949, kd III, lk 3. Available: <http://www.mazal.org/archive/nmt/03/NMT03-C001.htm> (16 December 2008). Edaspidi viidatud kui Alstötteri kohtuasi.

⁷¹ Alstötteri kohtuasi, lk 1057.

"kirja panemata rahvusvaheline õigus, mille on rajanud tsiviliseeritud rahvaste tavad ja käitumised" (*the customs and usages of civilized nations of the world*). Klauslile toetudes leiti, et sõjatavasid kodifitseerivad Haagi konventsioonid asetasiid okupeeritud riikide elanikud tavadest, humaansusseadustest ning avaliku südametunnistuse nõudmistest tulenevate rahvusvahelise õiguse põhimõtete alla ning sellest tulenevalt on olemas ka deporteerimise keeld.⁷² Küsimus, kas deporteerimise keelu näol oli tol hetkel tegemist üldise rahvusvahelise õiguse tavanormiga või kristalliseerus see alles II maailmasõja järel, on keerukas. Ainus viide deporteerimise keelule enne 1949. a Genfi konventsioone sisaldub ühes esimeses sõjatavasid kodifitseerivas dokumendis: 1863. aastast pärinevas Lieberi koodeksis. Selle näol oli tegemist president Lincolni poolt välja kuulutatud juhustega riigi relvajõududele.⁷³ Nimetatud koodeksi artikli 23 kohaselt "ei hukata, orjastata ega viida tsiviilisikuid kaugetesse paikadesse".⁷⁴ Sellest lähtudes võib väita, et enne Teist maailmasõda, mil küüditamised saavutasid seninägematu ulatuse, ei olnud see küsimus ka rahvusvahelises õiguses päevakorda tõusnud. Seega tekibki siin olukord, kus õiguses justkui esineb lünk ja otsus tuleks langetada üldisemate põhimõtete (sh nt klausli) pinnalt. Eelnevale lisab tuge asjaolu, et klausel võetigi rahukonverentsil vastu selleks, et pakkuda täiendavat kindlustunnet okupeeritud riikide elanikele. Seega olukorras, kus esimesed märgid deporteerimiskeelust olid rahvusvahelisel tasandil juba olemas (Lieberi koodeks) ja kus seda toetasid ka toonased humanitaarõiguse põhimõtted (nt sõjapidamise vahendite ja meetodite piiratus, vaenlase relvajõudude nõrgestamine kui ainus legitiimne eesmärk, humaansuse põhimõte), mis esinesid mitmetes rahvusvahelistes deklaratsioonides ja konventsioonides⁷⁵, võib järeldada, et klauslit kasutati siin õigesti tsiviilisikutele täiendava kaitse andmiseks – klauslis nimetatud põhimõtete pinnalt täideti õiguses esinev lünk.

⁷² Alstötteri kohtuasi, lk 1057-1059, 1062;

⁷³ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). Introduction. 24 April 1863. Available: <http://icrc.org/ihl.nsf/INTRO/110> (16 December 2008).

⁷⁴ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), art 23. 24 April 1863. Available: <http://icrc.org/ihl.nsf/FULL/110> (16 December 2008).

⁷⁵ Vt näiteks Peterburi deklaratsioon; 1880. a Oxfordi käsiraamatu art 4, 7, 63 – The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140> (16 December 2008); Haagi II konventsiooni preambul; Haagi eeskirjade art 22, 58.

c) Rauter (1949) – kollektiivsete karistuste keeld kehtib ka väiksemate inimgruppide puhul; inimsusevastaste kuritegude mõiste tuleneb klauslist

1949. a tegi Hollandi kassatsioonikohus otsuse Rauteri⁷⁶ asjas. Esmalt kasutas kohus klauslit, analüüsides okupatsioonijõudude õigust panna toime repressaale⁷⁷ tsiviilelanikkonna vastu. Kohus leidis seejuures, et sellised karistuslikud meetmed on kaetud 1907. a Haagi eeskirjade artikliga 50, mis keelab kollektiivsed karistused. Kohtu hinnangul oli selline käitumine "vastuolus iga õigluspriinsibiiga" ning sobimatu rahvusvahelise leppega, mille preambuli kohaselt "jäävad elanikud rahvusvahelise õiguse printsiipide kaitse ja valitsemise alla [...]" (järgneb klausli sõnastus tervikuna). Siingi on klauslit nimetatud rohkem muuhulgas, kuivõrd konkreetse aluse õigusliku hinnangu andmiseks annavad Haagi eeskirjad.

Lisaks sellele kasutatakse klauslit siin tõlgendusabina. Haagi 1907. aasta eeskirjade artikli 50 kohaselt ei tohi elanikkonnale kohaldada kollektiivseid karistusi. Apellant väitis seejuures, et artikkel 50 kohaldub vaid juhtudel, mil küsimuse all on massiaktsioonid. Kohus jõudis aga klausli ja artikli 50 prantsuskeelset teksti võrreldes järeldusele, et see hõlmab lisaks massiaktsioonidele ka juhtumeid, mil rünnatakse väiksemaid isikute grupe.⁷⁸ Sellega laiendas kohus klausli abil artikli 50 mõjuala.

Samuti kasutas kohus Martensi klauslit vastusena kaitse viitele *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*⁷⁹ põhimõttele. Kohus leidis, et mis puudutab toimepandud tegude kriminaliseeritust, siis on kaitse vastupidine väide alusetu, kuivõrd 1907. a Haagi konventsioon keelas konkreetsed teod ning lisaks sellele oli olemas klausel. Kohus leidis, et nende rahvusvaheliste normide mistahes teadlik rikkumine on sõjakuritegu. Karistuse küsimuses leidis kohus, et karistusnormi olemasolu nõudev põhimõte ei ole absoluutne ning et kaaluda tuleb ka õigluse põhimõtet, millest tulenevalt ei saa rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtete ränk rikkumine jääda karistuseta vaid seetõttu, et puudus eelnev

⁷⁶ SS ohvitseri Rauterit, kes vastutas okupeeritud Hollandi julgeoleku ja avaliku korra küsimuste eest, süüdistati kuritegudes, mis hõlmasid tsiviilelanike deporteerimisi, röövimisi, vangistamisi ja mõrvasid, vara rüüstamisi ja konfiskeerimisi ning kollektiivseid trahve. Vt *In re Rauter – Hersch Lauterpacht* (toim). Annual Digest and Reports of Public International Law Cases. Being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals and Military Courts given during the year 1949. London: Butterworth ja Co, 1955, lk 526-548. Edaspidi viidatud kui Rauteri kohtuasi.

⁷⁷ Kohus eristas siin n-õ tõelisi repressaale, mille korral riik oma organite kaudu paneb toime rahvusvahelise õiguse vastaseid tegusid vastusena oma oponendi (antud juhul relvakonflikti teise osapoole) toime pandud rikkumistele. Sellest eristas kohus n-õ repressaalid, mis on tegelikkuses karistuslikud meetmed ja toime pandud mitte riigi vaid selle elanikkonna suhtes. Vt Rauteri kohtuasi, lk 538.

⁷⁸ Rauteri kohtuasi, lk 541.

⁷⁹ Tõlkes: "Ei ole süütegu ega karistus ilma eelneva karistusseaduseta." Vt põhjalikumalt J. Sootak. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura, 2003, lk 43-52.

karistusähvardus. Samuti leidis kohus, et alama astme kohus ei olnud toonud sisse uut mõistet "inimsusevastased kuriteod", kuivõrd nimetatud preambul kirjutab ette allumise "humaansusseadustele".⁸⁰ See otsus seob inimsusevastaste kuritegude kontseptsiooni klausliga ja toetub ühtlasi Haagi regulatsioonile ning seeläbi lahendatakse eelneva õigusakti nõue. Küsimus eelneva karistusähvarduse olemasolust on probleemsem ning antud juhul taandub see rahvusvahelise kriminaalõiguse sünnivalude küsimustesse – nii mõnelgi korral tehti neis kohtuprotsessides kompromisse seaduslikkuse nõudega, et sõjatavade rikkujad karistusega ei jääks. Selge on aga, et tänases rahvusvahelises õiguses oleks sarnases olukorras väga keeruline samamoodi argumenteerida, kuivõrd tagasiulatuva jõu keelu põhimõte on sügavalt juurdunud ning hõlmab selgelt ka karistusse puutuvaid küsimusi. Küll aga on, nagu juba korduvalt tõdetud, klausel toeks ja abiks tõlgendamisküsimuste lahendamisel.

d) K. W. (1950) – tsiviilisikute väärkohtlemine on klauslist tulenevalt keelatud

Klauslit kasutati ka K. W. kohtuasjas, milles tegi otsuse Brüsseli sõjanõukogu 1950. aastal. Selles süüdistati üht politseiõhvitseri Saksa okupatsiooni vastase võitluse käigus kinni peetud tsiviilisikutele tõsiste vigastuste tekitamises. Kohus leidis, et erinevalt kohustusest austada isikute elusid, ei keelanud 1907. a Haagi (IV) konventsiooni sätted otseselt väärkohtlemist ega vägivallategusid okupeeritud territooriumide elanike suhtes. Seepeale pöördus kohus Martensi klausli poole ja leidis, et humaansuspõhimõtetest ja avaliku südametunnistuse nõudmistest tulenevate rahvusvahelise õiguse põhimõtete leidmisel saab lähtuda inimõiguste ülddeklaratsiooni artiklist 5⁸¹ ning et toimepandud teod on käsitletavad piinamise ja julma kohtlemisena, mistõttu on tegemist sõjatavade rikkumisega.⁸²

Selles otsuses on klauslit kasutatud sarnaselt Alstötteri kaasusele. Kohtualuse toime pandud teod olid selgelt taunitavad, kuid konkreetset keeldu selliste tegude toimepanemiseks toonane kodifitseeritud õigus ei sisaldanud. Haagi 1907. a konventsioon rääkis küll sõjavangide humaansest kohtlemisest (art 4) ning kollektiivsete karistuste keelust (art 50), kuid kinni peetud tsiviilisikute julm kohtlemine jäi nimetatud sätete mõjualast siiski välja. Sellises olukorras tõi kohus klausli abil sõjatavadesse sisse inimõigustest tulenevad nõuded. Selline

⁸⁰ Rauteri kohtuasi, lk 542-543.

⁸¹ ÜRO peassamblee poolt 1948. a vastu võetud inimõiguste ülddeklaratsiooni art 5 sätestab: "Kellegi suhtes ei tohi rakendada piinamisi või julma, ebainimlikku, tema väärikust alandavat kohtlemist või karistust." – The Universal Declaration of Human Rights. Adopted and Proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948. Available: <http://www.un.org/Overview/rights.html> (17 December 2008).

⁸² Otsuse tekst on kättesaadav: 30 Revue de droit penal et de criminology (1949-1950), lk 562-568 (viidatud: Cassese, lk 207). Edaspidi viidatud kui K. W. kohtuasi.

lahenduskäik on ka täiesti aktsepteeritav, kuivõrd seda toetavad konventsiooni üldised eesmärgid (humaansuse edendamine) ning ka süstemaatiline lähenemine (konventsiooni artiklid 4, 46 ja 50). Seega taas – olukorras, kus mingit konkreetset käitumisviisi veel rahvusvahelistes lepingutes ei sisaldunud, sai klausli abil sisse tuua tsiviilisikutele täiendavat kaitset andvaid põhimõtteid.

2.1.1.2. Otsused, milles klausel ei mängi iseseisvat õiguslikku rolli

Selles jaotises saab esile tuua kaks kohtuasja, milles on klauslile küll viidatud, kuid seda on tehtud n-ö muuseas või juba olemasolevate järelduste täiendavaks kinnitamiseks. Paradoksaalne on see, et just Kruppi otsusele viidatakse erialakirjanduses sageli kui olulisele tõendile selle kohta, et klausel on enam kui printsiip – konkreetset õiguslikku standardit kehtestav norm.

a) Becker (1947)

Gustav Beckeri jt kohtuasjas⁸³ anti kohtu alla kaksikümmend Saksa Anemasse tollikomissariaadi töötajat. Neid süüdistati süütute prantsuse elanike arreteerimistes, nende peksmises ja muus väärkohtlemises. Arreteerimiste tulemusena deporteeriti ohvrid Saksamaale kontsentratsioonilaagritesse.⁸⁴

Prantsuse õiguse kohaselt olid eraldi karistatavad ebaseaduslikud arreteerimised ja väärkohtlemine. Ebaseaduslike arreteerimiste osas mõisteti kohtualused süüdi Prantsuse kriminaalkoodeksi artikli 341 alusel. Puudutades selliste tegude staatust rahvusvahelise õiguse kohaselt, nimetab kohus, et 1919. aastal koostatud sõjakuritegude nimekiri ei sisalda ebaseaduslikku vahistamist või kinnipidamist, samuti ei maini selliseid tegusid Haagi 1907. aasta eeskirjad. Samas viitab kohus asjaolule, et ÜRO sõjakuritegude komisjon otsustas 1919. aastal lisada massilised arreteerimised sõjakuritegude nimekirjale, tuginedes otseselt Haagi IV konventsiooni preambulis sisalduvale klauslile. Kohus leidis, et kahtlematult on valimatud massilised arreteerimised nimetatud põhimõtete, tavade ja seaduste rikkumised,

⁸³ Trial of Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 Others. Permanent Military Tribunal at Lyon (Concluded 17th July 1947) – Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol VII, London, 1948, p 67ff. Available: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-7.pdf (13 April 2009). Edaspidi viidatud kui Beckeri kohtuasi.

⁸⁴ Beckeri kohtuasi, lk 67.

mida näitlikustab ka tsiviliseeritud rahvaste karistusõigus.⁸⁵ Samuti nimetab kohus klausli rolli seoses füüsilise väärkohtlemisega, leides, et Haagi eeskirjade artiklite 43 ja 46 koosmõjus klausliga on see sõjaõiguse rikkumine ning sellest lähtudes tunnustati seda Nürnbergi harta artiklis 6 ka sõjakuriteona.⁸⁶

Kohtu otsus tehti siin aga ikkagi siseriiklikule õigusele tuginevalt, mistõttu klausel ei mängi siin kesket rolli. Pigem ilmestab siin esile toodu klausli rolli sõjakuritegude kontseptsiooni arengus.

b) Krupp (1948)

Kruppi asjas⁸⁷ võib seoseid klausliga näha vähemalt kahes kohas – esmalt mainib süüdistus orjapidamise kontekstis, et "sõjavange võib pidada orjatöölisteks juhul, kui neid sunnitakse tööle tingimustes, mida keelab kirjapandud õigus või *humaansusseadused*"⁸⁸. Viide humaansusseadustele on siin toodud lisaviitena, mis toetab Genfi 1929. aasta konventsiooni⁸⁹ artiklit 32, mis sõnaselgelt keelab sõjavangide kasutamise ebatervislikes või ohtlikes tingimustes.

Klauslil on oma koht ka tribunali otsuses ning seal antud hinnangut on sageli tsiteeritud viitamaks klausli olulisusele ning tõestamaks, et tegemist on iseseisva õigusnormiga. Klausel tuuakse sisse otsuse osas, mis puudutab süüdistuse teist punkti – okupeeritud territooriumide halastamatut rüüstamist, mis ületas armee vajadusi ega arvestanud kohaliku majanduse vajadustega. Tribunal leidis Haagi konventsioonile tuginevalt, et tegemist oli sõjatavade rikkumisega ja et Haagi sõjalise okupatsiooni regulatsioon oli Saksamaale siduv mitte üksnes lepinguna, vaid ka tavaõigusena. Otsuse kohaselt viitab Belgia delegaadi Mertensi (*sic!*) klausel spetsiifiliselt sõjaliselt okupeeritud riigile ning "on midagi palju enam kui "vaga deklaratsioon" – see on üldine klausel, mis teeb tsiviliseeritud rahvaste vahel juurdunud tavad, humaansusseadused ja avaliku südametunnistuse nõudmised õiguslikuks mõõdupuuks, mida

⁸⁵ Beckeri kohtuasi, lk 67-68.

⁸⁶ Beckeri kohtuasi, lk 70.

⁸⁷ Nürnbergi IIIA sõjatribunali otsus asjas *United States of America vs Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach, et al* (Case 10) 31. juulist 1948. Kohtu alla oli antud Alfred Kruppi kontserni 12 juhtivat ametnikku. Kohtualuseid süüdistati Saksa relvajõudude okupeeritud territooriumide rüüstamises, sõjakuritegudes ning inimsusevastastes kuritegudes seoses kolmanda riigi orjatööprogrammiga. – *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law No 10. Kd IX, lk 1. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.mazal.org/archive/nmt/09/NMT09-C001.htm> (17. detsember 2008). Edaspidi viidatud kui Kruppi kohtuasi.*

⁸⁸ Minu rõhutus. Kruppi kohtuasi, lk 113.

⁸⁹ 1929. a sõjavangide konventsioon.

rakendada olukorras, kus konventsiooni ja sellele lisatud eeskirjade sätted ei kata sõjategevuses tekkinud või sellega kaasnenud erijuhtumeid." Samas tõdeb tribunal, et antud juhul puudub vajadus viidata neile üldisematele reeglitele, kuivõrd Haagi eeskirjade viidatud artiklid on selged ja ühemõttelised.⁹⁰

Viide klauslile on siin *obiter dictum*i näol, kuivõrd kohtualustele süüks pandavad teod olid sõnaselgelt keelatud Haagi 1907. a IV konventsiooniga, millega oli ühinenud ka Saksamaa⁹¹, ning samuti võib väita, et II maailmasõja ajaks olid konventsiooni nõuded saanud ka tavaõiguse normideks. Klauslile viidatakse otsuses üksnes muuhulgas ning see ei kannu mingit olulist rolli, kui siis ehk tugevdab konventsioonist tulenevaid järeldusi. Seega on tribunal mõneti ise toiminud oma sõnade vastaselt ning lisanud otsusesse klausli kui vaga deklaratsiooni.

2.1.2. Klausel kohtuotsustes 1986-tänapäev

Huvitavamaks muutub jaotus kohtuotsustes, mis on tehtud alates 1980ndate aastate teisest poolest. Huvitaval kombel ei ole vahepealses perioodis tehtud otsuseid, mis klauslit nimetaks, vähemasti ei ole mul oma uurimistöökäigus õnnestunud sellisteni jõuda. Ka ükski klauslit uurinud õigusteadlane sellistele ei viita.

Peamiselt kuuluvad klauslit kasutanud otsused rahvusvahelise kriminaalõiguse valdkonda (Jugoslaavia ja Rwanda tribunalide otsused), on ka üks ÜRO rahvusvahelise kohtu ja kaks konstitutsioonikohtute otsust. Värskemaid kohtuotsuseid uurides selgub, et kui varasemalt oli klauslil enamikus otsustes täita konkreetne roll, siis hilisemas praktikas jäävad sellised lahendid selgesse vähemusse ning suuremas osas otsustest viidatakse klauslile lihtsalt muuhulgas, nimetatakse ta ära, kuid selget rolli tal argumentatsioonis kanda ei ole. Seega võib öelda, et klausli praktiline tähtsus on aja jooksul vähenenud. Selline järeldus ei ole aga imeks pandav, kuivõrd loodud on üha enam rahvusvahelisi humanitaarõiguse alaseid lepinguid, mis enamasti annavad piisava aluse otsustamiseks, tehes klauslile viitamise tarbetuks.

⁹⁰ Kruppi kohtuasi, lk 1338-1341.

⁹¹ State parties to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=195&ps=P> (17 December 2008).

Sellest jaotisest on välja jäetud otsused, milles on esitatud tsitaat mõnest varasema perioodi otsusest nõnda, et kohus seda kuidagi ei kommenteeri ega tõlgenda, kuivõrd selliste otsuste tutvustamine ei annaks käesolevale tööle märkimisväärset lisaväärtust.

2.1.2.1. Otsused, milles klausel kannab õiguslikku tähendust

a) Furundžija (1998) – klausel on üheks tõendiks, et piinamiskeeld ja seksuaalsete rünnete keeld on osa tavaõigusest

Furundžija asja 1998. a kohtuotsuses mõisteti kohtualune süüdi selles, et ta võimaldas ülekuulataivate piinamist ja kuritegusid inimväärkuse vastu (sh vägistamine), rikkudes sellega sõjaõigust ja tavasid.⁹²

Esmalt pöördus tribunal klausli poole, arutades küsimust, kas üldise piinamiskeelu näol on tegemist osaga rahvusvahelisest tavaõigusest. Tribunal leidis, et keeld on järk-järgult kristalliseerunud ning nimetas arenguetappidena erinevaid rahvusvahelisi dokumente alates Lieberi koodeksist ja lõpetades Genfi konventsioonide lisaprotokollidega. Klauslile viitas kohus seoses 1907. a Haagi eeskirjade artiklitega 4 ja 46, mida tuleb lugeda "koos klausliga".⁹³ See mõttekäik sarnaneb juba eelpool käsitletud K. W. kohtuasjale – klauslit kasutatakse Haagi eeskirjade laiendavaks tõlgendamiseks. Sellega avaldub selgesti ka klausli nn inspireeriv roll – ta on olnud oluliseks suunanäitajaks tänasele rahvusvahelisele humanitaarõigusele.

Teisel korral tõi kohus klausli sisse vägistamise ning seksuaalsete rünnete keelu analüüsimisel, leides et sellest keelust on samuti saanud rahvusvahelise tavaõiguse osa. Arengutee alguspunktina nimetab tribunal Lieberi koodeksi artiklit 44 ning jõuab Haagi eeskirjade (art 46 loetuna koos klausliga) ja sõjajärgse praktika kaudu Genfi konventsioonide ühise artiklini kolm. Eelnevast järeldab kohus, et selle kõige pinnalt on välja kujunenud vägistamist ja tõsiseid seksuaalseid ründeid keelav üldtunnustatud norm, mis on kohalduv kõigis relvakonfliktides.⁹⁴ Siin on taas näha klausli funktsioon tõlgendusabina ning ka humanitaarõiguse kujunemisloo mõjutajana. Klauslit on siin koos teiste rahvusvaheliste

⁹² Case information sheet, "Lašva Valley" (IT-95-17/1), Anto Furundžija, p 1. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/furundzija/cis-furundzija.pdf> (17 December 2008).

⁹³ Prosecutor vs Anto Furundžija. ICTY judgement, 10 December 1998, Case No IT-95-17/1-T, para 137. Available: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf> (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Furundžija kohtuasi.

⁹⁴ Furundžija kohtuasi, lõik 168;

dokumentidega kasutatud tõendamaks rahvusvahelise tavaõiguse normi olemasolu. See otsus näitab, et klauslil on jätkuvalt oluline osa õiguse tõlgendamise ja tõendamise juures.

b) Čelebići (2001) – klausel on üheks tõendiks, et Genfi konventsioonide ühine artikkel 3 on osa tavaõigusest

Čelebići kohtuasjas süüdistati kohtualuseid ebainimlike tingimuste ja terroriõhustiku säilitamises Čelebići vangilaagris ning kinnipeetute näljutamises, peksmises, vägistamises ja muul moel ebainimlikus kohtlemises või selle võimaldamises.⁹⁵

2001. a otsuses⁹⁶ puudutati klauslit möödaminnes seoses Genfi konventsioonide ühise artikli 3 tõlgendamisega. Kohus leidis, et artikkel kolm peegeldab fundamentaalseid põhimõtteid, mis olid juba Genfi konventsioonide vastu võtmise ajaks saanud tavaõiguseks. Tribunal leidis, et need põhimõtted on sedavõrd fundamentaalsed, et need katavad nii siseriiklikke kui rahvusvahelisi konflikte. Viimase tõlgenduse toetamiseks viitas kohus Genfi konventsioonide II lisaprotokollis sisalduvale klauslile.⁹⁷ Siin võib taas täheldada klausli toetavat ja tõlgendamisel abistavat funktsiooni kohtu järelduste suhtes, olles üheks tõendiks selle kohta, et vastavad põhimõtted kuuluvad tavaõigusesse.

2.1.2.2. Otsused, milles klausel ei mängi õiguslikku rolli

a) Nicaragua-USA (1986)

Nicaragua-USA kohtuasjas tuli klausel käsitlusele seoses Genfi konventsioonide kohaldatavuse küsimusega (USA reservatsioon välistas üldjuhul mitmepoolsete lepingute kohaldamise).

Kohus leidis, et selles küsimuses ei ole vaja seisukohta võtta, kuivõrd USA käitumist saab hinnaga ka humanitaarõiguse üldpõhimõtete alusel, mis moodustavad osa Genfi konventsioonidest. Seejuures tsiteeris kohus konventsioonide denonsseerimissätetes paiknevat

⁹⁵ Case information sheet, “Čelebići Camp” (IT-96-21), Mucić et al., pp 1-2. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/mucic/cis-mucical.pdf> (17 December 2008).

⁹⁶ Prosecutor vs Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “Pavo”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “Zenga”) (“Čelebići Case”). Judgment of the ICTY Appeals Chamber, 20 February 2001, Case No IT-96-21-A. Available: <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/cel-aj010220.pdf> (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Čelebići kohtuasi.

⁹⁷ Čelebići kohtuasi, lõik 143.

klauslit ning leidis, et konventsioonide ühine artikkel kolm piiritleb mitterahvusvahelistes konfliktides kohalduvad reeglid, mis on kahtlusteta miinimumnõueteks ka rahvusvahelise iseloomuga konfliktide korral.⁹⁸

Sisuliselt järeldeb kohus, et USA käitumist saab hinnata ka rahvusvahelise tavaõiguse alusel. Nagu juba eelnevalt viidatud, on tavaõiguse lepingutest sõltumatu eksisteerimine ja siduvus laialdaselt tunnustatud ning klausel üksnes kinnitab seda seisukohta. Klauslil ei ole siin seega täita muud rolli kui olla üheks lisaviiteks, mis kinnitab USA seotust rahvusvahelise tavaõigusega.

b) Colombia konstitutsioonikohtu otsus (1995)

Värskematest otsustest võiks mainida 1995. a Colombia konstitutsioonikohtu otsust, milles käsitleti 1977. a II lisaprotokollit rakendamiseks vastu võetud Colombia seaduse põhiseaduslikkust.⁹⁹

Kohus leidis muuhulgas, et humanitaarõiguse põhimõtete näol on tegemist *ius cogens* põhimõtetega ning ei saa olla mingit õigustust avalikku südametunnistust (vrd klausel) rikkuvatele tegudele nagu juhuslikud tapmised, piinamised, väärkohtlemised, pantvangi võtmine, sunnitud kadumised, ilma õiguslike garantiideta kohtupidamine ning *ex post facto* karistuste rakendamine.¹⁰⁰ Kohus viitas muuhulgas lisaprotokollit preambulile ja selles sisalduvale klauslile ja leidis, et klausli ülesandeks on välistada võimalus, nagu oleks lubatud mistahes protokolliga keelustamata käitumine.¹⁰¹ See järeldus tõdeb aga ilmset – nimelt tavaõiguse sõltumatut kehtivust, millele viitab sama otsuse varasem osa (lõik 7) ning mis on üldlevinud seisukoht nii rahvusvahelises kohtupraktikas kui doktriinis.

⁹⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America. Merits. Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, pp 113-114, para 218. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Nicaragua kohtuasi.

⁹⁹ 81. Case No C-225/95, Republic of Colombia, Constitutional Court, Constitutional Conformity of Protocol II – Sassóli, M., Bouvier, A. A. (eds). How Does Law Protect in War?, 2nd ed, ICRC 2006, Vol II, pp 2266-2279. Edaspidi viidatud kui Colombia konstitutsioonikohtu otsus.

¹⁰⁰ Colombia konstitutsioonikohtu otsus, lõigud 7 ja 10.

¹⁰¹ Colombia konstitutsioonikohtu otsus, lõik 22.

c) Martić (1996)

Jugoslaavia tribunal viitas klauslile Martići kohtuasjas 8. märtsi 1996 istungil tehtud otsuses. Rahvusvahelise arreteerimiskäsu väljastamiseks uuris tribunal menetluse ja tõendite eeskirja 61. reegli alusel esitatud süüdistust ning tõendeid. Menetluse eesmärgiks oli välja selgitada, kas on piisavalt alust uskuda, et süüdistatav on toime pannud ühe või kõik süüdistuses nimetatud teod, misjärel sai väljastada rahvusvahelise arreteerimiskäsu.¹⁰² Muuhulgas analüüsiti menetluse käigus tsiviilelanikkonna ründamise keeldu. Tribunal leidis, et selline keeld tuleb Genfi konventsioonide mõlemast lisaprotokollist (vastavalt art 51 ja art 13), mis on saavutanud tavaõiguse staatuse. Kohus märkis, et lisaks sellele tuleneb tsiviilelanikkonna, sh üksikute tsiviiliskute ründamise keeld ning üldine sõjapidamise viiside ja vahendite piiramise põhimõte Martensi klauslist. Lisaks viitas tribunal Genfi konventsioonide ühisele artiklile kolm.¹⁰³ Siingi oli klausel vaid lisakinnituseks, üheks sambaks paljude seas, mis toetas kohtu väidet, et tsiviilelanikkonna ründamine on keelatud kõigis relvakonfliktides. Seega oli siin pigem tegemist klausli äramärgimisega, kauni "kirsiga", millega "kooki" kaunistada.

d) Tadić (1997)

Tadić anti kohtu alla süüdistatuna mitmetes inimsusevastastes ja sõjakuritegudes. 7. mai 1997. a kohtuotsuses viidati klauslile otsuse osas, milles käsitleti inimsusevastaste kuritegude tavaõiguslikku staatust. Inimsusevastaste kuritegude kujunemislooga seoses märkis tribunal, et individuaalse kriminaalvastutuse nende toimepanemise eest kehtestas Nürnbergi tribunal statuudi art 6(c). Tribunal leidis, et kuigi seda ei olnud varasemalt kodifitseeritud, oli selline mõiste tuntud juba varasemas rahvusvahelises õiguses ning sellele vihjas ka klausel. Sellest järeldas tribunal, et kuigi Nürnbergi põhikiri kasutas mõistet esmakordselt n-ö tehnilises mõttes, ei olnud tegemist uudse kontseptsiooniga.¹⁰⁴ Selline viide näitab eelkõige klausli inspireerivat rolli rahvusvahelise humanitaarõiguse arengus.

¹⁰² Case information sheet, "RSK" (IT-95-11), Milan Martić, p 4. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/martic/cis-martic.pdf> (17 December 2008).

¹⁰³ Prosecutor vs Martić. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, No IT-95-11-R61, pp 134-136. Available: <http://www.un.org/icty/transe11/R61/960308IT.htm> (15 April 2009).

¹⁰⁴ Prosecutor vs Dusko Tadić a/k/a/ "Dule", ICTY judgement, 7 May 1997, Case No IT-94-1-T, pp 221-222. Available: <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf> (17 December 2008).

e) Akayesu (1998)

Rwanda tribunali Akayesu asja 1998. a kohtuotsuses leiab klausli osas peaaegu üks-üheselt Tadići kohtuasjaga kattuva lähenemise. Tribunal käsitles inimsusevastaste kuritegude ajaloolist arengut ja leidis, et inimsusevastased kuriteod on keelatud sõltumata konfliktitüübist, mille käigus nad toime pannakse. Kontseptsiooni tekke osas viidatakse 1915. a Prantsusmaa, Suurbritannia ja Venemaa deklaratsioonile vastusena Türgis toimunud armeenlaste massimõrvale ja 1919. a sõja põhjustajate vastutuse ja karistuste täideviimise töögrupi raportile. Tribunal leidis, et need I maailmasõja mõisted pärinesid osaliselt klauslist.¹⁰⁵

f) Kupreškić et al (2000)

Kupreškići asja 2000. aasta kohtuotsus¹⁰⁶ puudutab sündmusi, mis toimusid 1993. aasta alguses relvakonfliktis Horvaatia Herceg-Bosna kommuuni, Horvaatia Kaitsenõukogu (HVO) ning Bosnia ja Hertsegoviina valitsusvägede vahel. HVO ründas süstemaatiliselt Bosnia ja Hertsegoviina keskosa külasid, tappis tsiviilelanikke ning hävitas nende kodusid ja vara. Kohtualustele, kes olid HVO sõdurid, esitati süüdistus inimsusevastastes kuritegudes ning sõjaõiguse ja -tavade rikkumises.¹⁰⁷

Tribunal kasutas Martensi klauslit osas, milles käsitles tsiviilisikute ründamise keeldu. Esmalt viitas tribunal ÜRO rahvusvahelise kohtu nõuandvale arvamusele PA-tuumarelvade kohtuasjas, mille järgi on klausel tavaõiguse norm, rõhutades, et sellest ei saa siiski järeldada, nagu oleks "humaansusseadused" või "avaliku südametunnistuse nõudmised" muutunud iseseisvateks rahvusvahelise õiguse allikateks, kuivõrd sellist järeldust ei toeta rahvusvaheline praktika. Küll aga leidis tribunal, et klauslist on abi konkreetsete normide tõlgendamise juures, kui reegel ei ole piisavalt täpne. Näiteks tõi tribunal olukorra, kus toimuvad sõjaliste objektide kumulatiivsed rünnakud, millega kaasneb kahju tsiviilisikutele. Üksikud rünnakud ei pruugi esmapilgul rikkuda 1977. a I lisaprotokollis art 57 ja 58 nõudeid, kuid korduvate

¹⁰⁵ Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu. ICTR judgment, 2 September 1998, Case No ICTR-96-4-T, para 565-566. Available: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm> (17 December 2008).

¹⁰⁶ Prosecutor vs Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Jrago Josipovic, Dragan Pasic, Vladir Santic, also known as "Vlado". ICTY judgment, 14 January 2000, Case No IT-95-16-T. Available: <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf> (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Kupreškići kohtuasi.

¹⁰⁷ Case Information Sheet. Kupreškić et al. (IT-95-16). Available: <http://www.un.org/icty/glance/kupreskic.htm> (17 December 2008).

rünnakute puhul võib osutada vajalikuks järeldada, et nende tegude kumulatiivse mõju tõttu ei ole need kooskõlas rahvusvahelise õigusega.

Edasi puudutas kohus tavaõiguse kujunemise teemat ja leidis, et senise praktika pinnalt saab järeldada, et rahvusvahelise humanitaarõiguse põhimõtted võivad tavaõiguse protsessis kujuneda humaansusnõuete ja avaliku südametunnistuse nõudmiste surve all isegi olukorras, kus riikide praktika on vähene või ebajärjekindel. Sellises olukorras võib õigusveene muutuda humanitaarõiguse üldise normi või põhimõtte kujunemise otsustavaks elemendiks.¹⁰⁸

Kohtu arutluskäigud on põnevad, kuid konkreetse asja suhtes ei ole neist märkimisväärset kasu, kuivõrd lõppjäreldusena leidis tribunal, et "käesoleva asja suhtes tuleb märkida, et mis ka ei oleks repressaale puudutavate tavaõiguse normide sisu, olid neid keelavad lepingunormid igal juhul käesolevale juhtumile kohaldatavad. Nii Horvaatia kui Bosnia ja Hertsegoviina ratifitseerisid 1993. aastal 1977. a I ja II lisaprotokolle."¹⁰⁹ Seega jäävad klauslile antud hinnangud selles asjas pigem teooria tasandile, omamata tähtsust selle kohtuasja lahendamiseks. Küll aga tugevdavad need seisukohad juba varasemas praktikas juurdunud arusaama sellest, kuidas saab klauslit kasutada humanitaarõiguse normide tõlgendamisel.

g) Hadžihasanović et Kubura (2002)

Hadžihasanović'i kohtuasjas süüdistati kohtualuseid, Bosnia ja Hertsegoviina armee ohvitsere, selles, et rünnakutes HVO vastu ei hoidnud nad ära sõjatavade rikkumisi (tsiviilisikute mõrvad, julm kohtlemine, alusetu kinnipidamine, vara rüüstamine jms) ega karistanud rikkujaid.¹¹⁰

Tribunal viitas klauslile oma 12. novembri 2002. aasta otsuses jurisdiktsiooni kohta.¹¹¹ Jurisdiktsiooni vaidlustati muuhulgas väitega, et rahvusvaheline õigus ei kehtestanud kriminaalvastutust sõjaväeliste ülemate tegevusetuse eest siseriiklikes konfliktides tribunali statuudi art 7(3) mõttes. Tribunal analüüsis põhjalikult asjassepuutuvaid rahvusvahelisi

¹⁰⁸ Kupreškić'i kohtuasi, lõigud 525-527.

¹⁰⁹ Kupreškić'i kohtuasi, lõik 536.

¹¹⁰ Case information Sheet, Hadžihasanović & Kubura (IT-01-47), pp lk 1-2, 4. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/hadzihasanovic/cis-hadzihasanovickubura.pdf> (17 December 2008).

¹¹¹ Prosecutor vs Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura. ICTY decision on joint challenge to jurisdiction, 12 November 2002, Case No IT-01-47-PT. Available: <http://www.un.org/icty/hadzihas/trialc/decision-e/021112.pdf> (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Hadžihasanović'i kohtuasi.

lepinguid ja dokumente ning kohtupraktikat, viidates muuhulgas ka klauslile. Kohus leidis: "Kuigi rahvusvaheline humanitaarõigus tuleneb suures osas lepingutest, koosneb see ka mitmetest põhimõtetest, mida instrumendid sõnaselgelt ei nimeta, kuid mis on siiski selle õigusharu jaoks fundamentaalsed. Seejuures on fundamentaalse tähendusega nn Martensi klausel[.]"¹¹² Järgnevalt leidis tribunal, et kriminaalvastutuse põhimõtte humanitaarõiguse rikkumiste korral on üks sellistest (klauslis nimetatud) põhimõtetest ning jätkas teiste üldpõhimõtete ning asjassepuutuvate rahvusvaheliste lepingute ja kohtupraktika esitamise, analüüsimaks ülema vastutuse doktriini kujunemist ja olemust. 1977. a II lisaprotokoll ja ülema vastutuse doktriini analüüsid viitab kohus klauslile ja osutab lepingu kommentaarile, mille kohaselt välistab klausel *a contrario* argumendi ning rõhutab, et ei saa eitada tavaõiguse normide olemasolu ka siseriiklike konfliktide puhul.¹¹³

Tribunal järeldas, et hiljemalt aastaks 1991 oli ülema vastutuse põhimõtte osa rahvusvahelisest tavaõigusest. Tribunal leidis ka, et statuut ei kitsenda jurisdiktsiooni mingile kindlale konfliktitüübile¹¹⁴, mistõttu on tribunali jurisdiktsioon esitatud süüdistuste arutamiseks¹¹⁵.

Viited klauslile on selles otsuses pigem "äramärkimise korras", kuivõrd 1990. aastateks sai juba selgelt rääkida ülema vastutust puudutavast tavaõigusest ning konkreetset järeldused ja põhjendused tulenesid teistest normidest ja klausliga seoses sedastatakse juba niigi ilmselt. Seega väljendub siin klausli oluline roll humanitaarõiguse kujunemisel, samas ei ole klauslil ühelgi otsuses nimetatud juhul tribunali põhjendustes määravat kohta.

Kohtunik Hunt toob oma eriarvamuses klausli sisse teoreetilist laadi diskussiooni ning leiab, et kui mingi humanitaarõiguse põhimõtte ulatus või eesmärk ei ole piisavalt täpne, võib seda täpsustada viitega "humaansuspõhimõtetele" ja "avaliku südametunnistuse nõudmistele".¹¹⁶ Ka siin ei viidata klauslile mingi konkreetse olukorra lahendamise seoses, vaid antakse üldine seletus, mis võib küll asjakohane olla, kuid mille näol ei saa rääkida kohtupraktikast selle tegelikus tähenduses.

¹¹² Hadžihasanović'i kohtuasi, lõik 64.

¹¹³ Hadžihasanović'i kohtuasi, lõik 160; klauslit mainitakse ka lõigus 164.

¹¹⁴ Hadžihasanović'i kohtuasi, lõik 167-172.

¹¹⁵ Hadžihasanović'i kohtuasi, lõik 178.

¹¹⁶ Prosecutor vs Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura. Appeals Chamber. Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility. Separate and partially dissenting opinion of Judge David Hunt, para 40. Available: <http://www.un.org/icty/hadzih/apeal/decision-e/030716so.htm> (17 December 2008).

h) Saksa konstitutsioonikohus (2004)¹¹⁷

Saksa konstitutsioonikohus arutas kaebusi, mis puudutasid 1945.-1949. endises nõukogude okupatsioonitsoonis toimunud sundvõõrandamiste vastavust rahvusvahelisele õigusele ning rahvusvahelise õiguse ning Saksamaa konstitutsiooniliste kohustuste võimaliku vastuolu tagajärgi. Kaebajad pöördusid ülemkohtusse, leides, et maareformiga kaasnenud sundvõõrandamised ei tühistanud omandit, mistõttu olid need 1990. aastal tagasi pööratavad. Omandiküsimustega tegelenud ühinemisleping ning vastav seadus rikkusid aga üldise rahvusvahelise õiguse kohustuslikke norme, mis keelasid okupeerival jõul vara sundvõõrandamise ning omakorda kohustasid Saksamaa Föderaalset Vabariiki rahvusvahelist õigust rikkunud sundvõõrandamised tagasi pöörama.¹¹⁸

Kohus leidis, et ei saa tuvastada konstitutsioonis sätestatud rahvusvahelise õiguse austamise kohustuse rikkumist, sest see ei tekita kohustust tagastada riigi vastutusalast väljaspool 1945-1949 ilma kompensatsioonita ära võetud vara.¹¹⁹ Okupatsiooni suhtes leidis kohus, et okupatsioonirežiimi kujundamise kompetents on piiratud humaansuse miinimumnõuetega, mis on kehtestatud Haagi eeskirjades. Selle tuumaks on humaansuspõhimõtted klausli tähenduses, mis olid siduvad ka okupatsiooni ajal. Järgneb klausli tsitaat 1977. a I lisaprotokollis sõnastuses. Kohus nimetab muuhulgas, et ei saa välistada, et Nõukogude okupatsioonijõudude teod olid kokkusobimatud põhiliste õigusprintsipiidega, kuid sellele järgneb tõdemus, et puudub vajadus otsustada okupatsioonirežiimi kujundamise täpsete piiride üle.¹²⁰

Seega kuulub klausel ses asjas vaid äramärkimisele, kuivõrd sisuline lahendus leitakse hoopis teist teed pidi.

¹¹⁷ East German expropriation case, BVerfG, 2 BvR 955/00 of 10/26/2004. Available: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041026_2bvr095500en.html (17 December 2008). Edaspidi viidatud kui Saksa konstitutsioonikohtu otsus.

¹¹⁸ Saksa konstitutsioonikohtu otsus, lõigud 53-55.

¹¹⁹ Saksa konstitutsioonikohtu otsus, lõik 89.

¹²⁰ Saksa konstitutsioonikohtu otsus, lõigud 102-106.

2.1.3. Kokkuvõte

	Klausel kannab otsuses iseseisvat õiguslikku tähendust	Klausel ei mängi iseseisvat õiguslikku rolli
1946-1950	4 (Klinge, Alstötter, Rauter, K. W.)	2 (Krupp, Becker)
1986-tänapäev	2 (Furundžija, Čelebići)	8 (Nicaragua-USA, Colombia konst.k., Martić, Tadić, Akayesu, Kupreškić, Hadžihasanović, Saksa konst.k.)

Kohtupraktikas võib märgata tendentsi, mille järgi on klausli roll olnud suurem varasema perioodi kohtuotsustes, kus seda on mitmel korral kasutatud humanitaarõiguse olemasolevate normide tõlgendamiseks ja nende mõjuala laiendamiseks. Siiski ei ole ühtegi otsust langetatud üksnes klauslist lähtudes, vaid pigem on sel olnud tõlgendamisel abistav funktsioon.

Hilisema perioodi otsustes on klausli roll väiksem: I perioodiga sarnast funktsiooni on võimalik leida kahes kohtuotsuses, ülejäänutes on viide klauslile pigem deklaratiivne, olles üheks lisatoeks analüüsitava normi allikate hulgas. Samuti on mitmes otsuses klauslile viidatud seoses humanitaarõiguse kujunemislooga, mis kinnitab seda, et sel on olnud oluline inspireeriv roll.

Klausli roll oli varasemal perioodil oluline eelkõige seetõttu, et sõjapidamist puudutavaid lepingunorme oli vähe ja paljuski tuli toona toetuda kirja panemata sõjatavadele. Lepingud ei hõlmanud siis veel paljusid olukordi, mis relvakonfliktide käigus esile kerkisid, samuti ei rääkinud tolle aja rahvusvaheline õigus veel midagi individuaalsest kriminaalvastutusest. Klauslit kasutatigi peamiselt sõjatavade määratlemiseks ja täpsustamiseks.

Kui astuda tänapäeva, siis suur osa lünkadest ja vajakajäämistest, mis II maailmasõja käigus esile tulid, on lahendatud 1949. a Genfi konventsioonides ja nende 1977. a lisaprotokollides. Kuivõrd need on laialdaselt ratifitseeritud ja tunnustatud, siis leitakse üksmeelselt, et nende põhisätete näol on tegemist rahvusvahelise tavaõiguse kajastusega, mistõttu on need siduvad

ka neile riikidele, kes konventsioonide osapoolteks ei ole.¹²¹ Küllap on nende konventsioonide olemasolu põhjuseks, miks ei ole klausel hilisemates kohtuotsustes enam nõnda sageli iseseisvat õiguslikku rolli kandnud, vaid on olnud pigem lisaviiteks põhinormide kõrval.

Seega saab mõneti nõustuda seisukohaga, et klausel on (vähemalt osaliselt) lõppenud – tal ei ole enam nii olulist kohta kui II maailmasõja järel. Selline järeldus ei saa aga loomulikult olla absoluutne, sest elu võib alati tuua olukordi, milles olemasolev kirjapandud õigus selget lahendust ei anna.

Kohtupraktika juures on põnev, et otsused, milles klauslit sisuliselt kasutatakse, jagunevad selgelt kahte perioodi – II maailmasõja järgsed protsessid ja Jugoslaavia/Rwanda tribunalide otsused. Sellest tulenevalt võiks väita, et mõneti on klausli näol tegemist justkui kriisiklausliga – klauslit on kasutatud vastusena ränkadele sõjakuritegudele olukordades, kus toimunud sündmused on tugevalt riivanud avalikku südametunnistust.

2.2. Klausel ÜRO rahvusvahelise kohtu nõuandvas arvamuses

ÜRO rahvusvahelise kohtu nõuandvale arvamusele (ja selle eriarvamustele) olen pühendanud eraldi alapeatüki seetõttu, et tegemist ei ole klassikalise kohtuotsusega, mis loob õigusi ja kohustusi kindlatele pooltele, vaid on arvamus nõuandvas ajas. Tegemist on küll autoriteetse väljendusega rahvusvahelise õiguse kohta, kuid see ei ole rangelt võttes siduv.

ÜRO peassaamblee tõstas 15. detsembril 1994. aastal oma resolutsiooniga nr 49/75K küsimuse: "Kas tuumarelvadega ähvardamine või nende kasutamine on rahvusvahelise õiguse kohaselt mingil tingimusel lubatud?"¹²² ja ÜRO peasekretär esitas selle ÜRO rahvusvahelisele kohtule nõuandva arvamuse¹²³ saamiseks.

¹²¹ Vt nt Nicaragua kohtuasi, lõik 218, 220. Meron 1987; Cassese, A. The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law. – UCLA Pacific Basin Law Journal, 1984, Vol 3, pp 55-118.

¹²² Minu tõlge. Originaalis: "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?" – GA resolution No A/RES/49/75, 9 January 1995, p 16.

¹²³ Eesti keeles on mõiste "*advisory opinion*" tõlkena kasutusel mitu erinevat versiooni – "nõuandev arvamus" (Värk, R. Sissejuhatus rahvusvahelisse õigusesse. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2005, lk 139), "soovitusliku iseloomuga arvamus" (M. Kiviorg jt. Rahvusvaheline õigus. Tallinn, 2007, lk 160, edaspidi viidatud kui Kiviorg jt.) Vt ka ÜRO põhikiri 26. juunist 1945, art 65 lg 1, RTII 1996, 24/25, 95.) Käesolevas töös kasutan mõistet "nõuandev arvamus", sest see on minu hinnangul täpsem.

2.2.1. Klausel nõuandva arvamuse põhitekstis

Kohus mainis klauslit oma otsuses kolmel korral. Esmalt puudutas kohus humanitaarõiguse põhiprintsiipe ning lisas, et "nendega seoses viitab kohus ka Martensi klauslile, mis [...] on osutunud tõhusaks vahendiks, et reageerida sõjatehnoloogia kiirele arengule"¹²⁴, jättes siiski täpsustamata, mida ta selle tõdemusega konkreetselt silmas peab¹²⁵.

Järgnevalt puudutas kohus klauslit seoses 1977. a I lisaprotokolli kohaldatavusega, rõhutades, et see ei asendanud olemasolevaid üldisi tavaõiguse norme, mis on kohaldatavad ka tuumarelvadele. Kohus jätkas: "Kõik riigid on seotud nende I lisaprotokolli reeglitega, mis nende vastuvõtmise ajal olid eelneva tavaõiguse väljenduseks, nagu näiteks Martensi klausel."¹²⁶ Huvitav on see, et kohus ei esita mingit analüüsi sellekohase riikide praktika ja *opinio iurise* ning ka vaadeldava normi sisu ja ulatuse kohta ning teeb esmapilgul küll ehk loogilise, kuid lähemal uurimisel siiski motiveerimata järelduse, et Martensi klausel on tavaõiguse norm.

Viimaks lisab kohus tuumarelvadega seonduvate õiguslike põhimõtete analüüsi kokkuvõtteks, et "Martensi klausli jätkuv olemasolu ning kohaldatavus ei kuulu kahtluse alla ning see on kinnitus, et tuumarelvadele kohalduvad humanitaarõiguse põhimõtted ja reeglid."¹²⁷ Taas kord on kohtu järeldus väga üldsõnaline ning ei ava, mida peetakse silmas "kohaldatavuse" all. Eelnenust võib küll järeldada, et klausliga on seotud kõik rahvusvahelise üldsuse liikmed, kuid see, mida klausli olemasolu täpselt endaga kaasa toob, jääb selgusetuks. Kas klausel on vaid täiendav tugi selleks, et kohaldada olemasolevaid rahvusvahelise humanitaarõiguse põhimõtteid või on sel ka mingi iseseisev tähendus? Kui kohus räägib Martensi klausli "kohaldatavusest", siis millised on klausli kohaldamise eeldused ja tingimused?

Seega on arvamuses sisalduvad viited Martensi klauslile väga üldised ning ettevaatlikud, lahendamata tegelikku probleemi selle õige tõlgenduse ja ulatuse kohta. Cassese on selle kohta kasutanud hinnangut, et klauslit kasutati *ad abunantiam* – üksnes kindlate rahvusvaheliste reeglite ja põhimõtete pinnalt juba saavutatud järelduse tugevdamiseks.¹²⁸ Tõenäoliselt varjab selline üldine sõnastus ka kohtunikevahelisi erimeelsusi selles küsimuses,

¹²⁴ PA tuumarelvade aramus, lõik 78.

¹²⁵ Cassese näiteks nimetab seda viidet "kummaliseks" ning arvab, et tõenäoliselt pidas kohus silmas ideed, mille kohaselt on klausel olnud riikidele inspireerivaks allikaks sõja humaniseerimisel ja ülemäärasteid kannatusi põhjustavate relvade keelamisel. Vt Cassese, lk 206.

¹²⁶ PA tuumarelvade aramus, lõik 84.

¹²⁷ PA tuumarelvade aramus, lõik 87.

¹²⁸ Cassese, lk 205-206.

mida toetab ka arvamuse juurde lisatud eriarvamuste suur hulk. Nii mõneski neist puudutatakse põhjalikumalt just Martensi klausliga seonduvalt ning järgnevalt annangi sellekohase ülevaate.

2.2.2. Kohtunik Weeramantry eriarvamus – klausel välistab *a contrario* argumendi

Kohtunik Weeramantry leidis oma eriarvamusel, et humanitaarõiguse olulisemate põhimõtete ja tuumarelvade teadaolevate tagajärgede vastandamine viib pöördumatu järelduseni, et tuumarelvad on humanitaarõigusega kokkusobimatud. Sellise järelduseni jõudis ta, uurides ülemääraseid vigastusi tekitavate relvade keeldu, võitlejaid ja tsiviiliskuid mitte eristavate relvade keeldu ja neutraalsete riikide õigusi mitteamvestavate relvade keeldu.¹²⁹

Oma analüüsis puudutas kohtunik elementaarseid humaansuskaalutlusi (*elementary considerations of humanity*), mida ta nimetas humanitaarõiguse tuumikideeks. Weeramantry leidis, et üksnes selle fraasi ja tuumapommi teadaolevate tagajärgede kõrvutamise viib kahtlematu järelduseni nende kokkusobimatuse kohta.¹³⁰

Humanitaarõiguse arengut käsitledes viitas kohtunik ka klauslile, leides, et tänapäeval on see kohaldatav kogu humanitaarõigusele. Klausel viitab, et lisaks üksiknormidele on olemas ka üldpõhimõtete kogu, mis on küllaldased, et neid kohaldada olukordades, mida üksiknormid ei kata, seega ka tulevikus leiutatavatele relvadele.¹³¹ Weeramantry leiab, et tegemist on rahvusvahelise tavaõiguse kindla ja olulise osaga.¹³²

Samas näib, et klausli osas jääb ka kohtunik Weeramantry pigem *a contrario* lähenemise juurde, leides, et klauslist tulenevalt ulatub humanitaarõiguse põhimõtete mõjuipiirkond üle selgete keeldude ja sellest tuleneb, et kui mingi sõjaline tegu ei ole sõnaselgelt rahvusvaheliste lepingute või tavaõigusega keelatud, ei tähenda see, et see oleks tegelikult lubatav. Edasi leiab ta, et üldpõhimõtte kohaldamisel konkreetsele olukorrale tekib suurema täpsusastmega reegel.¹³³ Samas tugineb kohtunik Weeramantry oma tuumarelvade osas tehtava järelduse põhjustamisel konkreetsetele humanitaarõiguse normidele – mittevajalike kannatuste põhjustamise keelule, proportsionaalsuse põhimõttele, eristamisepõhimõttele,

¹²⁹ Edaspidi viidatud kui Weeramantry eriarvamus, lk 477.

¹³⁰ Weeramantry eriarvamus, lk 477.

¹³¹ Weeramantry eriarvamus, lk 483-484.

¹³² Weeramantry eriarvamus, lk 486.

¹³³ Weeramantry eriarvamus, lk 493.

konfliktis mitteosalevate riikide territoriaalse suveräänsuse austamise põhimõttele, genotsiidi ja inimsusevastaste kuritegude keelule, kestvate ja ränkade keskkonnakahjustuste tekitamise keelule, inimõigustele.¹³⁴ Nimetatud normid on kõik iseseisvalt tavaõiguslikud ega vaja kohaldamiseks klausli abi.

2.2.3. Kohtunik Shahabuddeeni eriarvamus – klausli koostisosadel on iseseisev normatiivne jõud

Kohtunik Shahabuddeen puudutas klauslit oma eriarvamuse kolmandas osas, milles ta käsitles küsimust, kas kohus saaks väita, et tuumarelvad on humanitaarõiguse alusel keelatud. Ta tugines seejuures sõjapidamise meetodite ja vahendite piiratuse põhimõttele, mittevajalike kannatuste keelu põhimõttele ning klauslile.¹³⁵

Esmalt leidis ta, et tuumarelvade tegelik kasutamine ei oleks rahvusvahelise üldsuse arvamuse kohaselt vastuvõetav ning seetõttu ei ole tegemist lubatava sõjapidamise vahendiga.¹³⁶ Siin on võimalik näha klausli mõjutusi, kuivõrd kriteeriumiks, mille alusel hinnata, kas tegemist on keelatud või lubatava sõjapidamise vahendiga, peab kohtunik just rahvusvahelise üldsuse arvamust (vrd avaliku südametunnistuse nõudmised klauslis). Samuti tõlgendab ta ülemääraste kannatuste põhjustamise keeldu avaliku südametunnistuse mõistet kasutades.¹³⁷

Kohtunik Shahabuddeen nimetab, et on raske aktsepteerida klauslit kui vaid tavaõiguse kehtivuse meenutajat ning ka väide, nagu annaks Martensi klausel standardi, mille kohaselt tõlgendada eraldiseisvaid rahvusvahelise tava- või lepinguõiguse norme, ei ole veenev. Humanitaarõiguse aluseks olev humaansuse põhimõte oleks seda eesmärki nagunii täitnud. Ta leiab, et klausel ja 1899. a konventsioonis sellele eelnevad preambuli read toetavad arusaama, mille kohaselt oli klausli eesmärgiks täita lepinguõiguse loomisega jäänud lüngad "väga praktilisel moel" ja et Martensi klausel annab piisava aluse eelduseks, et juba konventsiooni loomise ajal olid olemas rahvusvahelise õiguse põhimõtted, mille raames saavad "humaansuskaalutlused" sobiva lepingulise normi puudumisel ise rakendada õigusjõudu, et reguleerida sõjalist käitumist. Sellele järeldusele jõuab ta muuhulgas vaadeldes sündmusi Haagi 1899. a rahukonverentsil, kus Belgia delegaat, olles eelnevalt mõningate artiklite vastu,

¹³⁴ Weeramantry eriarvamus, lk 497jj.

¹³⁵ Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen. – ICJ Reports 1996, p 397. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7519.pdf> (18 December 2008). Edaspidi viidatud kui Shahabuddeeni eriarvamus.

¹³⁶ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 402.

¹³⁷ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 403.

nõustus nende poolt hääletama kohe pärast Martensi klausli lisamist. Ta nimetab, et see äkiline meelemuutus ei saanud sündida lihtsalt seetõttu, et oli olemas lisakaitset pakkuv rahvusvaheline tavaõigus, vaid seetõttu, et delegaat leidis (nagu ka teised konverentsil osalejad), et Martensi klauslis endas sisaldub normatiivne jõud pakkumaks soovitud lisakaitset.¹³⁸ Samas tuleb märkida, et mitte kõik delegaadid ei reageerinud samamoodi. Briti esindaja Ardagh tuli välja hoopis omapoolse lisanäitega, millele andis oma poolehoidu ka Šveitsi esindaja Künzli, kes leidis, et Martensi ettepanek ei anna elanikkonnale piisavaid tagatisi.¹³⁹ Shahabuddeen leiab, et klausli "kumulatiivne lugemine ei ole mõistlik" ja et humaansusseadused ja avaliku südametunnistuse nõudmised on saanud klausli kaudu rahvusvahelise õiguse põhimõteteks, mille täpne sisu tuleb kindlaks määrata kohtutel vastavalt muutuvatele olukordadele, arvestades muutusi sõjapidamise meetodites ning rahvusvahelise üldsuse arusaamu ning sallivuspiiri. Seega oleksid põhimõtted püsivad, kuid nende praktiline mõju muutuks sõltuvalt ajahetkest.¹⁴⁰ Seega on klausli rolliks täita lünki olukorras, mil rahvusvahelised lepingud ei paku asjakohast reeglit.¹⁴¹ Ta leiab, et avaliku südametunnistuse nõudmised ei saaks kujuneda normatiivseks keeluks, kui see ei oleks võimalik klausli kaudu, mainides samas, et see ei ole kohtu püüd muuta avalikku arvamust õiguseks, kuivõrd vajalik norm on klausli näol juba olemas. Seejuures määravad avaliku südametunnistuse hetkeseisu riikide arvamused.¹⁴² Lõppjärgeldusena leiab kohtunik, et avaliku südametunnistuse seisundist lähtudes saab otsustada, kas klausel keelab tuumarelvade kasutamise, leides, et olemasolevate materjalide pinnalt on selline järgeldus võimalik.¹⁴³

2.2.4. Kohtunik Ranjeva eriarvamus – klausel on jäänuk

Kohtunik Ranjeva nõustub oma eriarvamusel kohtuotsuse üldjärgeldusega, leides, et sellest tuleneb tuumarelvade ähvarduse ja kasutuse keeld. Klauslit puudutab ta oma eriarvamuse osas, milles ta käsitleb otsuse resolutiivosa paragrahv 2E teist lõiku. Ta nimetab, et relvakonfliktiõiguse puhul on kohaldatavaks õiguseks kirjutatud õigus, samal ajal kui nn Martensi põhimõte kujutab endast jäänukfunktsiooni.¹⁴⁴ Tema edasine analüüs keskendub asjakohaste relvakonfliktiõiguse normide tõlgendamisele ja klauslit ta põhjalikumalt ei

¹³⁸ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 405-409.

¹³⁹ Schirks, lk 21.

¹⁴⁰ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 406.

¹⁴¹ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 408.

¹⁴² Shahabuddeeni eriarvamus, lk 409.

¹⁴³ Shahabuddeeni eriarvamus, lk 411.

¹⁴⁴ Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Separate opinion of Judge Ranjeva. – ICJ Reports 1996, p 301. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7511.pdf> (18 December 2008).

käsitle. Sellest lähtudes võib järeldada, et kohtunik Ranjeva klauslile mingit olulist, iseseisvat, kirjutatud õigusest eristuvat rolli ei omista, kuivõrd tuumarelvade lubatavuse küsimus oluks selliste teooriate esitamiseks ideaalne.

2.2.5. Kohtunik Schwebeli eriarvamus – klausel kinnitab, et humanitaarõiguse põhimõtted on kohaldatavad ka tuumarelvadele

Kohtunik Schwebel näeb selle kohtuasja põhiraskust ülisuures pinges, mis valitseb riikide praktika ja õiguspõhimõtete vahel. Ta leiab, et väide, nagu ei kohalduks humanitaarõiguse põhimõtted relvastusele, mis on välja arenenud nende põhimõtete tekke järgselt, muudaks selle õigusharu sisuliselt tühiseks. Ka Martensi klausel viitab vastupidisele.¹⁴⁵ Sisuliselt on tegemist *a contrario* järeldusega. Sellisele üldisele tõdemusele järgneb konkreetsem analüüs, mis hõlmab riikide praktikat tuumarelvade vallas ning humanitaarõigusest tulenevaid kohustusi.

2.2.6. Järeldused

Tuumarelvade nõuandvat otsust võib nimetada üheks probleemseimaks otsuseks ÜRO rahvusvahelise kohtu ajaloos. Lisaks sellele, et tegemist on nõuandva asjaga, mis otsuse kaalu kergendab, jõudis kohus selles asjas ka *non liquet* otsuseni, seejuures kirjutasid eriarvamuse või deklaratsiooni kõik kohtunikud.¹⁴⁶ See väljendab selgelt, et klausli olemuse ja funktsiooni osas puudub valitsev seisukoht ning erinevad teooriad asetsevad üksteise suhtes pea võrdsetel positsioonidel. Sellest lähtuvalt leian, et selles otsuses öeldut ei saa käsitleda võrdväärse teiste kohtute-tribunalide otsustega – sel on igal juhul väiksem õiguslik kaal. Kui klauslil tõepoolest oleks selge ja kindel iseseisev õiguslik roll tänapäeva õigusmaastikul, siis oluks tuumarelvade asi ideaalne, et seda väljendada – klausel põhjalikumalt lahti kirjutada, seletada lahti selle erinevate osiste sisu ning rakendada klauslit nõnda, et see tõepoolest oleks kaasa toonud selge järelduse. Ometi jäi selline lahenduskäik olemata, mis tõendab ühtaegu nii kohtu kõikuvat jalgealust kui ka ebaselgust klausli rolli suhtes.

¹⁴⁵ Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Dissenting opinion of Vice-President Schwebel. – ICJ Reports 1996, p 311. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7515.pdf> (18 December 2008).

¹⁴⁶ *Non liquet* probleemistiku kohta rahvusvahelises õiguses vt Weil, P. "The Court Cannot Conclude Definitively ..." *Non Liquet Revisited*. Columbia Journal of Transnational Law, 1998, Vol 36, pp 109-119, aga ka Tammelo, I. Logical Aspects of the Non-Liquet Controversy in International Law. – *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 1974, Vol I, 5. Band, pp 1-10.

2.3. Martensi klausel riikide positsioonides

Kuivõrd rahvusvaheline õigus on sisuliselt riikide (ja muude rahvusvahelise õiguse subjektide) praktika, millele on omistatud õiguslik tähendus ja ilma praktikata toimivast rahvusvahelisest õigusest rääkida ei saa, on klauslile hinnangu andmisel oluline vaadata ka seda, millist tähendust on sellele omistatud riikide seisukohtades.

2.3.1. Klausel kui iseseisva õigusliku tähendusega norm

Seisukohad, mis klauslile õigusliku tähenduse omistavad, varieeruvad suuresti nii konkreetsuse astme kui "tugevuse" poolest. Selles alajaotuses ongi erinevad positsioonid esitatud pingereas n-ö nõrgemast tugevamani.

Peamiselt saab siin välja tuua erinevaid tõlgendamisprotsessi puudutavaid võimalusi – näiteks saab siin tuua olukorra, kus klausel võimaldab mõne normi paindlikumat tõlgendamist.

Saalomoni saared on viidanud, et määratlemaks, kas on või ei ole olemas tuumarelvade kasutamist keelav norm, tuleb küsida, kas nende kasutamine konkreetsel juhul on või ei ole kooskõlas "humanitaarõiguse ja avaliku südametunnistuse nõudmistega". Selline seisukoht näib osutavat klauslile kui tuumarelvade ebaseaduslikkuse alusele, kuid samas on eelnevale lisatud, et tuumarelvade kasutamist keelavad normid on olemas ning klausel on nende tõlgendamise ja kohaldamise standardiks.¹⁴⁷ Kuigi see näide on esitatud jätkuna mõttekäigule klausli kui lüngatäitja kohta, toetab see minu hinnangul pigem arusaama, mille kohaselt on klausli roll olla tõlgendust abistavaks/avardavaks vahendiks, kuivõrd tuumarelvade kontekstis on siin eeldatud eraldiseisva(te) keelava(te) normi(de) olemasolu. Lisaks sellele on Saalomoni saared leidnud, et rahvusvahelist humanitaarõigust ei tohiks tõlgendada kitsendavalt, vaid kahtluse korral tuleks anda eelistus ohvri kaitsele. Sellise põhimõtte allikaks tuuakse Martensi klausel.¹⁴⁸ Viimasest mõttekäigust tuleb välja, et juhul kui on kahtlus, kas tuumarelvad on keelatud või mitte, tuleb tuumarelvi näha lämmatavate gaaside ja keemiarelvade kasutamist

¹⁴⁷ Request by the World Health Organization for an Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons in View of Their Effects on Human Health and the Environment. Further Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice, p 61. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8808.pdf> (19 December 2008). Edaspidi viidatud kui Saalomoni saarte märkused WHO-tuumarelvade asjas.

¹⁴⁸ Request by the United Nations General Assembly for an Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice, p 61. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8714.pdf> (19 December 2008). Edaspidi viidatud kui Saalomoni saarte märkused PA-tuumarelvade asjas.

keelustavate lepingute mõjualas. Ka siin nähakse klauslit kui abilist lepingu ulatuse määramisel, seega tõlgendamisel.

Kõige läbivam joon riikide positsioonides on tõdemus, et klausel on täiendav põhimõte, mis peab relvajõudude otsuseid ja tegevust juhtima olukordades, mida ei kata konkreetsed tava- või lepinguõiguslikud normid. Näiteks on seda rõhutanud Holland¹⁴⁹ ning Prantsusmaa¹⁵⁰ ja Argentina¹⁵¹ nimetavad samuti klauslit kui lüngatäitjat. Ka Saalomoni saared on leidnud, et klausli ülesandeks on täita lüngad relvastatud jõu kasutamise õiguses.¹⁵² Samas jäävad sellised seisukohavõttud sageli paljasõnalisteks ning väidetest ei selgu, mida täpsemalt lünga täitmise all silmas peetakse või kuidas klausel neis olukordades toimima peaks. Seega jääb selgusetuks, kas on silmas peetud mõne humanitaarõiguse normi laiendavat tõlgendamist või peaks klausel ka eraldiseisvalt ja ilma teiste normide abita olukorra lahendama.

Edasi on välja toodud erinevad seisukohad, milles on klauslile omistatud veelgi otsustavam roll. Mehhiko argumentides esineb klausli osas mitmeid erinevaid seisukohti. Esmalt nähakse klauslit ühe alusena, millelt tuletatakse tuumarelvade ebaseaduslikkus. Mehhiko leiab: "[K]õik järgnevad [humanitaarõiguse] põhimõtted viivad järelduseni, et tuumarelvadega ähvardamine või nende kasutamine ei ole rahvusvahelise õiguse kohaselt ühelgi juhul lubatud [...]" Ühe sellise põhimõttena tuuakse välja klausel, mille puhul leitakse, et klausli tõttu on Genfi konventsioonid ja nende I lisaprotokoll kohaldatavad igale juhtumile sõltumata juhtumi ebasoodsast olemusest või konfliktipoolte seisukohtadest.¹⁵³ Leian, et selline järeldus on liigselt üldistatud – klausel võib küll nimetatud instrumente mõjutada, kuid ei saa neid absoluutselt üldkehtivateks muuta. Oma järeldustes leiab Mehhiko sisuliselt, et humaansuse

¹⁴⁹ Responses to Document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, entitled IHL and ERW, dated 8 March 2005. Response from The Netherlands. – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XII/WG.1/WP.4, 7 November 2005, p 4. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008). Edaspidi viidatud kui Hollandi vastus sõjajäänuste töögrupile.

¹⁵⁰ Explosive Remnants of War and International Humanitarian Law. Submitted by France. – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17, 11 August 2005, p 1. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008).

¹⁵¹ Replies to Document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, entitled "International Humanitarian Law and ERW", dated 8 March 2005. Reply from the Argentine Republic – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.10, 2 August 2005, p 2. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008).

¹⁵² Saalomoni saarte märkused WHO-tuumarelvade asjas, lk 61.

¹⁵³ Written Statement by the Government of Mexico on the Request for an Advisory Opinion Submitted to the International Court of Justice by the Forty-Ninth United Nations General Assembly (Resolution 49/75K) Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8694.pdf>, p 13 (10 March 2009). Edaspidi viidatud kui Mehhiko kirjalikud seisukohad tuumarelvade asjas.

põhimõtte näol on tegemist *ius cogens* normiga.¹⁵⁴ Veel teisegi viite Mehhiko seisukohtadele leiab Ameerika riikide inimõiguste kohtu (*Inter-American Court of Human Rights*) nõuandvas arvamuses Mehhiko küsimustele immigrantide õiguste kohta. Mehhiko seisukohtade kokkuvõtte järgi on kodaniku ja poliitiliste õiguste rahvusvahelises paktis sätestatud soodsaima normi ülimuslikkuse põhimõte justkui klausli paralleeliks rahvusvahelistes inimõigustes. Klausel aga kinnitab, et humanitaarõigus kohaldub kõigile juhtumitele ka olukorras, kus lepingud ei käsitle teatud situatsioone.¹⁵⁵ Selline teemaarendus on küsitav, kuivõrd seos viidatud printsiipide ja tuumarelvade keelu vahel on ähmane, samuti ei ole argumentides puudutatud levinud seisukohta, mille järgi analoogselt muude relvade keelustamisega vajavad ka tuumarelvad selleks omaette keelunormi. Ka viimati esitatud järeldus on üldsõnaline ja seetõttu on sellega lihtne nõustuda, kuid samas tuleb nimetada, et ka klauslita oleks see väide võrdselt tugev. Seega võiks Mehhiko puhul pigem asuda seisukohale, et tegemist on riigi poliitikat (ja mitte niivõrd õiguslikke positsioone) väljendava dokumendiga.

Malaisia tugines oma väidetes tuumarelvade ebaseaduslikkuse osas asjaolule, et need rikuvad absoluutset õigust elule ning on vastuolus rahvusvahelise üldsuse väljendatud õigusliku otsustusega (vrd avaliku südametunnistuse nõudmised klauslis) tuumarelvade küsimuses. Viimane väljendub ÜRO PA vastavasisulistest resolutsioonides, üldlevinud teaduslikes seisukohtades ning tsiviilühiskonna seisukohtades väljenduvates avaliku südametunnistuse nõudmistes. Sellest lähtuvalt leiab Malaisia, et on olemas tavaõiguse normid, mis keelavad iga relva või taktika, millel on tuumarelvade omadused.¹⁵⁶ Malaisia leidis, et juhul, kui relv on olemuslikult vastuolus Martensi klausliga ehk siis sobimatu humaansusseaduste ja avaliku südametunnistuse nõudmistega, ei saa selle kasutamist õigustada proportsionaalsuse, sõjalise vajaduse, enesekaitse, repressiooni, ähvarduse ega muu põhimõtte alusel.¹⁵⁷ See arutluskäik põhines muuhulgas väitel, mille kohaselt on mittevajalike kannatuste põhjustamine tuumarelva olemuslik tagajärg. Seega seondub konkreetne järeldus tuumarelvade ebaseaduslikkusest pigem konkreetsemate humanitaarõiguse põhimõtetega, samuti eelnenud argumentatsioonist tuleneva väitega, et see on vastuolus absoluutse õigusega elule. Klausel on

¹⁵⁴ Mehhiko kirjalikud seisukohad tuumarelvade asjas, lk 13.

¹⁵⁵ Advisory Opinion no OC-18/03, 17 September 2003, Inter-American Court of Human Rights, para 47. Available: http://www.cidh.org/migrantes/seriea_18_ing.doc (10 March 2009).

¹⁵⁶ Verbatim Record No CR 95/27 of the Public sitting held on Tuesday 7 November 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), p 55-57. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/5935.pdf> (10 March 2009). Edaspidi viidatud kui istungi protokoll CR 95/27.

¹⁵⁷ Istungi protokoll CR 95/27, lk 60.

sisse toodud selleks, et sõnastada üldisem standard mingi relva lubatavusele hinnangu andmiseks.

Nauru kirjalikes seisukohtades tuginetakse Martensi klauslile vastuargumendina väitele, mille kohaselt puudub rahvusvaheline leping, mis konkreetselt keelustaks tuumarelvad. Nauru väidab: "Tuumarelvade legaalsuse küsimusele ei saa anda lõplikku vastust üksnes lepinguõigust uurides, kuivõrd spetsiifiline lepinguõiguse norm ei ole nõutav. Kui relv või selle kasutamine on vastuolus avaliku südametunnistuse nõuete ja humaansusseadustega, on see *kindlasti* (minu rõhutus) vastuolus Haagi konventsiooniga."¹⁵⁸ Liikudes edasi rahvusvahelise õiguse allikate juurde, nii nagu need on loetletud ÜRO rahvusvahelise kohtu statuudi artiklis 38, järeltab Nauru, et Martensi klausel nõuab humaansuse ja avaliku südametunnistuse põhimõtteid sisaldavate õiguse üldpõhimõtete rakendamist. Seetõttu on ebainimlikud ja avalikku südametunnistust haavavad relvad keelatud.¹⁵⁹ Nauru leiab samuti, et sõjaõiguse määratlemisel võimaldab klausel kohtul vaadata kaugemale statuudi artiklist 38 – õiguslikke sõnumeid avaliku südametunnistuse poolt ja nimel.¹⁶⁰ Sisuliselt tõstavad Nauru seisukohad avaliku südametunnistuse õiguse allikaks, sellega kaasneb aga taas määratlemise küsimus. Mõneti on tegemist naasmisega loomuõigusliku traditsiooni rüppe, mille kohaselt õigus eksisteerib inimtahtest sõltumata ja see tuleb tuvastada, antud juhul siis südametunnistuse kaudu. Nõnda julge seisukohavõtt on ühtlasi seletatav sellega, et sageli saavad sellistest väikeriikidest mõne lääne valitsusvälise organisatsiooni hääletorud.

Iraak omistab klauslile samuti konkreetse õigusliku tähenduse, leides, et klausli tõttu on humanitaarõiguses õigusnormide puudumisel siduvad "avaliku südametunnistuse nõuded".¹⁶¹ Seoses Iraagi suhtes kehtestatud embargo ja jätkuva agressiooniga leidis Iraak, et jõulised avalikud protestid sanktsioonide vastu kujutavad endast avaliku südametunnistuse nõudeid ning muudavad sanktsioonid ebaseaduslikuks.¹⁶² See arutluskäik näitab, kuidas klauslit on võimalik kasutada oma poliitiliste eesmärkide edendamiseks. Alahindamata avalikke proteste, leian siiski, et sanktsioonide või muude meetmete hindamisel tuleb eelkõige arvesse võtta konkreetseid õiguslikke tingimusi, mille korral nende kohaldamine on või ei ole lubatud.

¹⁵⁸ Republic of Nauru Response to Submissions of Other States, p 7. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8794.pdf> (12 March 2009). Edaspidi viidatud kui Nauru vastused teiste riikide kirjalikele seisukohtadele.

¹⁵⁹ Nauru vastused teiste riikide kirjalikele seisukohtadele, lk 13.

¹⁶⁰ Nauru kirjalikud seisukohad WHO-tuumarelvade asjas, lk 68.

¹⁶¹ Letter dated 10 July 2001 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General. Document No S/2001/68 11 July 2001, p 11. Edaspidi viidatud kui Iraagi ÜRO ajutise asjuri kiri.

¹⁶² Iraagi ÜRO ajutise asjuri kiri, lk 11.

Näib, et antud juhul puudusid muud võimalused sanktsioonide õiguspärasuse vaidlustamiseks, mistõttu oli klauslis sisalduv viide avaliku südametunnistuse nõudmistele kui õlekõrs, millest haarata.

2.3.2. Klauslil puudub iseseisev õiguslik kvaliteet

Sellesse punkti on koondatud sellised praktikanäited, milles on klauslile viidatud, kuid see on olnud pigem toetavas, inspireerivas jmt iseseisvat õiguslikku tähendust mitteomavas rollis – olukorras, kus konkreetsete õiguslike järeldusteni ei jõutagi või nendeni jõutakse klausli abita.

Vast kõige üldisem tõdemus klausli kohta on see, et tal on olnud inspireeriv roll rahvusvahelise humanitaarõiguse arengus¹⁶³. Näiteks Holland on leidnud, et humaansusnõuet võib mõista alusmüürina, millele rajati rahvusvaheline humanitaarõigus.¹⁶⁴ Arvan, et sellisele väitele oleksid kõhklemata nõus alla kirjutama kõik rahvusvahelise üldsuse liikmed.

Samuti on üsna tüüpiline klausli (elementide) sõnastuse kasutamine humanitaarõiguse-alases diskussioonis. Näiteks võib sellist klausli kasutamist näha Jaapani esitatud kirjalikes seisukohtades, kus otsene viide klauslile puudub, küll aga leitakse, et tuumarelvade kasutamine on nende tohutu purustava, surmava ja haavava toime tõttu "selgelt vastuolus humaansuse vaimuga (*the spirit of humanity*), mis on rahvusvahelise õiguse filosoofiliseks aluspõhimõtteks".¹⁶⁵ See on üsna tüüpiline näide, kus klausli sõnastust kasutatakse viitamaks moraalselt õigetele järeldustele, õiguse soovitatavatele arengusuundadele jms, küll aga ei saa väita, nagu oleks selline järeldus õiguslikult siduv, kuivõrd tegemist on pigem eetilise kui juriidilise retoorikaga.

Saalomoni saared leidsid oma seisukohtades, et tuumarelvadega ähvardamist saab vaevalt lugeda ÜRO põhikirjast tulenevate kohustuste heauskseks täitmiseks, kusjuures selliste kohustuste näiteks toodi Martensi klauslis sätestatud humaansuse põhimõtted.¹⁶⁶ USA relvajõudude käsiraamatule viidates leiti, et humaansuspõhimõte on üks sõjaõiguse aluspõhimõtetest, mis piirab igal juhul võitlejate diskretsiooniõigust.¹⁶⁷ Esimese viite puhul

¹⁶³ General Assembly Official Records Document No A/54/PV.55, 54th Session: 55th Plenary Meeting, Wednesday, 17 November 1999, New York, statement of Mongolia, p 6.

¹⁶⁴ Hollandi vastus sõjajäänuste töögrupile, lk 4.

¹⁶⁵ Written Statement of the Government of Japan, p 1. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8670.pdf> (16 March 2009).

¹⁶⁶ Saalomoni saarte märkused PA-tuumarelvade asjas, lk 25.

¹⁶⁷ Saalomoni saarte märkused PA-tuumarelvade asjas, lk 29.

tuuakse klausel sisse põhikirja põhimõtete toetaja/illustreerijana ja teisel juhul võiks rääkida klausli inspireerivast rollist. Mõlemal juhul on klausli mõju küllalt ähmane, nii et iseseisvast õiguslikust tähendusest – õigusreeglit – siin kõnelda ei saa. Sarnase üldsõnalise järeldusega on oma seisukohtades välja tulnud Malaisia, nimetades, et eriti julmade relvade keelustamine on olnud üks humanitaarõiguse põhiteemasid ning sisaldub kahes põhimõttes: et sõjapidamise vahendite valik ei ole piiramatu ning et sõjapidamise reegleid reguleerivad "humaansusseadused" ja "avaliku südametunnistuse nõudmised".¹⁶⁸ Sama mõttekäik kordub sõna-sõnalt Nauru seisukohtades.¹⁶⁹

Uus-Meremaa¹⁷⁰ ja Samoa¹⁷¹ seisukohtades mainitakse klauslit toetamaks väidet, mille kohaselt laieneb rahvusvaheline humanitaarõigus ka tuumarelvade kasutamisele. Selline argument aga sedastab ilmset, mistõttu ei ole klauslil siin kuigi kaalukat rolli.

Horvaatia leidis muuhulgas, et klausel loob üldise kaitseraamistiku, aga minimaalsete humaansusstandardite arenguks on vaja luua kogum detailsemaid ja täpsemaid standardeid nende korrektseks rakendamiseks sõjatandril.¹⁷²

Ühendkuningriik kritiseeris oma tuumarelvade nõuandvas asjas esitatud seisukohtades peassamblee esitatud küsimust, rõhutades, et "on selge, et kohaldatava keelava reegli puudumisel peab küsimuse all olev käitumine olema lubatav"¹⁷³. Jõudes oma analüüsis klauslini, toetavad Ühendkuningriigi seisukohad aga pisut ka *a contrario* argumenti välistavat lähenemist, mille kohaselt "saab klauslist tuletada nii seda, et tuumarelvade kasutamist puudutava spetsiifilise lepingunormi puudumise tõttu ei saa järeldada, nagu võiks tuumarelvi õiguspäraselt kasutada, kui ka seda, et klausel iseenesest ei sätesta nende relvade õigusvastasust". Samuti tuli Ühendkuningriigi argumentatsioonist esile, et klausli tekstist tuleneb vajadus viidata tavaõiguse normile, mis muudaks tuumarelvade kasutamise õigusvastaseks ja kuivõrd sellise normi olemasolu on küsitav, ei ole viide klauslile kuigi

¹⁶⁸ Written Statement of the Government of Malaysia. A Submission to the International Court of Justice on the Legal Status of the Use of Nuclear Weapons, p 9. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8786.pdf> (16 March 2009).

¹⁶⁹ Vt Nauru kirjalikud seisukohad WHO-tuumarelvade asjas, lk 33.

¹⁷⁰ Statement by the Government of New-Zealand, p 15. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8710.pdf> (16 March 2009).

¹⁷¹ General Assembly Official Records, Document No A/C.1/51/PV.6, 51st Session: 1st Committee, 6th Meeting, Thursday, 17 October 1996, New York. Statement of Samoa, p 22.

¹⁷² Minimum Humanitarian Standards: Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21: Views and Information Received From States and United Nations Bodies, Document No E/CN.4/1998/87/Add.1, 12 January 1998. Statement of Croatia, p 12.

¹⁷³ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for an Advisory Opinion by the United Nations General Assembly). Statement of the Government of the United Kingdom, p 21. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8802.pdf> (17 March 2009). Edaspidi viidatud kui Ühendkuningriigi seisukohad.

tulus.¹⁷⁴ Seega leitakse siin, et klausli kohaldamiseks on vajalik iseseisev tavanorm ning et klauslil iseenesest (vähemalt tuumarelvade küsimuse suhtes) õiguslikult määravat tähendust ei ole. Samasuguse seisukoha esitas oma suulistes argumentides ka USA esindaja. Selle kohaselt ei saa üksnes lepingusätte puudumise tõttu teha järeldust mingi relva lubatuse või keelatuse suhtes. Samas aga ei sätesta klausel iseenesest tuumarelvade keeldu ega muuda avalikku arvamust tavaõiguse normideks. Pigem selgitab see rahvusvahelise õiguse olulist kaitsvat rolli ning selgitab, et lepingutes puudutamata juhtumeid võib iseseisvalt reguleerida rahvusvaheline tavaõigus.¹⁷⁵

ÜRO rahvusvahelisele kohtule seoses PA-tuumarelvade asjaga esitatud kirjalikest seisukohtadest leiame veel ühe lähenemise, nimelt et klausel on "lõppenud" – sel on küll olnud iseseisev õiguslik tähendus, aga tänaseks on säte selle minetanud. Venemaa leiab, et "püüded kohaldada 19. sajandi teises ja 20. sajandi esimeses pooles formuleeritud blanketseid norme uut tüüpi relvadele ei näi veenev. Tuumarelvade suhtes ei toimi 'Martensi klausel' üldse. Seal ajalise piiranguna välja toodud 'täielikum sõjaõiguse koodeks' 'anti välja' 1949.-1977. a Genfi konventsioonide ja selle lisaprotokollide kujul ja tänapäeval saab 'Martensi klauslit' lugeda formaalselt mittekohalduvaks."¹⁷⁶ Selline sõnastus tekitab loomulikult küsimusi, kuivõrd sellesse on justkui sisse kirjutatud küsimus materiaalse kohaldatavuse suhtes. Pelgalt formaalne lähenemine ei ole autori hinnangul piisav alus, mille pinnalt otsustada, kas norm on jätkuvalt kehtiv või mitte, eriti kui ei ole kaalutud tavanormi tekkimise võimalust.

¹⁷⁴ Ühendkuningriigi kirjalikud seisukohad, lk 48.

¹⁷⁵ Verbatim Record No CR 95/34 of the Public sitting held on Wednesday 15 November 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), p 78. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/5947.pdf> (17 March 2009).

¹⁷⁶ Written Statement and Comments of the Russian Federation on the Issue of the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, p 13. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8796.pdf> (17 March 2009).

2.3.3. Järeldused

Järgnevalt püüan liigitada eelkirjeldatud riikide seisukohad klausli väidetava funktsiooni järgi. Kuivõrd mõne riigi seisukohad on peegeldanud erinevaid hinnanguid, on mõni riik tabelis märgitud mitmel korral.

Klausli (väidetav) funktsioon	Riik
Klausel kui inspireerija, üldine põhimõte, moraalne argument jmt.	Holland, Jaapan, Saalomoni saared, Malaisia, Nauru, Uus-Meremaa, Samoa, Horvaatia, Ühendkuningriik, USA
Klausel on lõppenud	Venemaa
Klausel on tõlgenduspõhimõte	Saalomoni saared
Klausel on iseseisev õigusnorm (lüngatäitja vmt)	Holland, Prantsusmaa, Argentina, Saalomoni saared, Mehhiko, Nauru, Iraak, Malaisia

Peamiselt jagunevad riikide praktikas esinevad väited klausli kohta kahte – esmalt need, kus klausel on lihtsalt ära märgitud või sisse toodud humanitaarõiguse arengu inspiratsiooniallikana ja teiseks need, kus riigi väitel on klauslil täita kindel ülesanne kas üldiselt või mõnes konkreetses käsitletavas situatsioonis. Huvitav on asjaolu, et kui kohtupraktikas on klauslit enim kasutatud just tõlgenduspõhimõttena, siis riigid sellist rolli ei rõhuta. Suurem rõhk klausli eraldiseisval tähendusel on suure tõenäosusega tingitud asjaolust, et oma poliitiliste eesmärkide saavutamiseks püüavad riigid leida ka õiguslikku toetuspinda ning muude asjakohaste normide puudumisel pakub klausel selleks laialdasi võimalusi. Ometi ei saa sellele osale klauslit puudutavast praktikast anda võrdväärset kaalu kohtupraktikaga, kuivõrd seos riigi (päeva)poliitiliste eesmärkidega on oluliselt tugevam ning see võib nii mõnelgi korral üles kaaluda õiguslikud arusaamad.

2.4. Klausli kasutamine rahvusvahelistes dokumentides

2.4.1. Klausel kui iseseisva õigusliku tähendusega norm

Üldised viited klauslile kui õigusliku tähendusega normile on küllalt sagedased. Näiteks deklareeritakse, et tegemist on üldise rahvusvahelise õiguse normiga, mis pakub miinimumkaitset juhul, kui puuduvad erinormid.¹⁷⁷ Samuti viidatakse klausli tavaõiguslikule iseloomule, sellest taganemise keelule ning selle kohaldamisele võimalusele sõltumata sõjaseisukorra väljakuulutamisest.¹⁷⁸ Ometi jäävad sellised viited enamasti deklaratiivseks ning neis ei analüüsita, mil moel klausel õiguskaitset pakub. Näiteks on leitud, et klausli tõttu on rahvusvaheline tavaõigus kohaldatav ka siseriiklikes konfliktides. Selle täpsema sisu kohta on aga samas välja toodud hulk vastuseta küsimusi, näiteks kas klauslis nimetatud põhimõtete tõttu ei ole siseriiklikes konfliktides lubatud kasutada rahvusvahelistes konfliktides keelustatud relvi, kas omavolilise ümberasustamise (*arbitrary displacement*) ja näljutamise keeld laieneb kõigile juhtumitele, mitte ainult neile, mis vastavad II lisaprotokolli nõuetele ja kas see tähendab, et valimatud rünnakud (*indiscriminate attacks*) on ka siseriiklikes konfliktides keelatud.¹⁷⁹ Sarnaselt leiab Rahvusvahelise õiguse instituut (*Institut de Droit International*), et muuhulgas on rahvusvahelise õiguse printsiibid, "mis tulenevad väljakujunenud tavadest, humaansuspõhimõtetest ja avaliku südametunnistuse nõudmistest", kohaldatavad relvakonfliktidele, milles osalevad mitteriiklikud grupeeringud.¹⁸⁰

Valitsusväline organisatsioon *International Education Development, Inc* leiab oma raportis, et klausel kehtestab "analoogiareegli" (*rule of analogy*), mille kohaselt võib uut sõjapidamise vahendit või viisi pidada ebaseaduslikuks, kui see on sarnane sõnaselgelt või tavaõigusega keelatud sõjapidamise vahendi või viisiga. Klauslit saab selle seisukoha järgi kohaldada vaadeldes olemasolevaid relvastust piiravaid lepinguid ja küsides, mis põhjustel mingid relvad keelati. Kui uuel relval on sarnane toime, võib see olla piisavalt "analoogne", et samuti

¹⁷⁷ UN Document No A/61/10, 1 October 2006: Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), p 242.

¹⁷⁸ UN Document No E/CN.4/1992/26, 16 January 1992: Report of the Situation of Human Rights in Kuwait Under Iraqi Occupation, prepared by Walter Kalin, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in Accordance with Commission Resolution 1991/67, p 11.

¹⁷⁹ UN Document No E/CN.4/1998/87, 5 January 1998: Minimum Humanitarian Standards: Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21, p 23.

¹⁸⁰ The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights, in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties, p 3. Institut de Droit International, Session of Berlin, 1999. Available: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF (19 March 2009).

keelatud olla. Selle pinnalt järeldatakse, et näiteks relvad, mis sisaldavad lõhustunud uraani, on keelatud.¹⁸¹

Majandussanktsioonide ja inimõiguste omavahelise suhte uurimisel on ÜRO majandus- ja sotsiaalnõukogu inimõiguste komisjon välja toonud kuueküsimuselise testi, mille kaudu saab hinnata sanktsioonide õiguspärasust. Üheks punktiks on nn Martensi klausli test, mis on oluline mitte üksnes inimõiguste ja humanitaarõiguse vallas vaid ka põhikirjas nimetatud rahvusvahelise solidaarsuse ning tungivate humanitaarsete vajadustega tegelemise jaoks. Martensi klausli testi kohaselt peaks sanktsioonide puhul puuduma protestid, mis on tingitud humaansuspõhimõtte ja avaliku südametunnistuse nõudmiste rikkumistest. Juhul, kui sanktsioonide suhtes tekib avalik protest, muudab see sanktsioonid ebaseaduslikuks.¹⁸² Selline lähenemine ühtib Iraagi väljendatud seisukohtadega eelmises jaotises. Samas jätab see lähenemine siiski otsad lahti, sest vaevalt on võimalik leida olukorda, mil kasutusele võetud sanktsioonid ei tekita mitte mingit avalikku protesti ühe või teise ühiskonnagrupi poolt.

2.4.2. Klauslil puudub iseseisev õiguslik kvaliteet

Rahvusvahelistes dokumentides on küllalt sagedased klausli ümbersõnastused¹⁸³, pikemalt lahti seletamata väited, et klausel on jätkuvalt kehtiv¹⁸⁴ või et see on "potentsiaalselt suure praktilise ja institutsionaalse väärtusega" ning et see pöörab ümber rahvusvahelise õiguse

¹⁸¹ UN Document No E/CN.4/2004/NGO/176, 10 March 2004: Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in Any Part of the World: Written Statement, Submitted by International Education Development, Inc, p 2-3.

¹⁸² UN Document No E/CN.4/Sub.2/2000/33, 21 June 2000: The Adverse Consequences of Economic Sanctions on the Enjoyment of Human Rights: Working Paper, Prepared by Marc Bossuyt, p 12, 19.

¹⁸³ UN Document No E/CN.4/Sub.2/2002/38, 27 June 2002: Human Rights and Weapons of Mass Destruction, or with Indiscriminate Effect, or of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering: Working Paper, Submitted by Y. K. Y. Yeung Sik Yuen in Accordance with Sub-Commission Resolution 2001/36, p 11; UN Document No E/CN.4/Sub.2/2002/39, 30 May 2002: the Question of the Trade, Carrying and Use of Small Arms and Light Weapons in the Context of Human Rights and Humanitarian Norms: Working Paper, Submitted by Barbara Frey in Accordance with Sub-Commission Decision 2001/120, p 16; UN Document No E/CN.4/2000/94, 27 December 1999: Fundamental Standards of Humanity: Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission Resolution 1999/65, p 3; UN Document No E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict: Final Report, Submitted by Gay J. McDougall, Special Rapporteur, p 17; San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 12 June 1994, para 2. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/560> (19 March 2009); etc.

¹⁸⁴ UN Document No A/C.6/61/SR.8 15, 15 November 2006: Summary Record of the 8th Meeting: 6th Committee, Held at Headquarters, New York, on Wednesday, 18 October 2006, p 9; UN Document No A/CN.4/419, Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, p 82. Available: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_419.pdf (19 March 2009).

klassikalise eelduse, mille kohaselt on lubatud kõik, mis ei ole keelatud.¹⁸⁵ Lisaks viidatakse klauslile kui humanitaarõiguse üldpõhimõtete (sõjapidamise vahendite ja meetodite piiratuduse põhimõte, eristamis põhimõte, tsiviilelanikkonna ründamise keeld) allikale.¹⁸⁶ Samuti kohtab klauslit erinevates resolutsioonides. Näiteks ÜRO peassaamblee on tuumarelvade kasutamise hukka mõistnud, sest see on vastuolus inimõiguste ja südametunnistusega (*human conscience and reason*) ning humaansusseadustega.¹⁸⁷

ÜRO peassaamblee Jugoslaavia tribunali raportis nimetab peasekretär, et tribunal kutsuti ellu humaansusnõuete jõustamiseks. Klauslile viidatakse kui selliste humaansusnõuete esmakordsele kehastusele, mida rakendati Teise maailmasõja ajal ning mis väljendusid hilisemalt inimõiguste ülddeklaratsioonis ja genotsiidi konventsioonis. Tribunal on loodud selleks, et muuta need põhimõtted reaalsuseks.¹⁸⁸ Siingi väljendab klausel humanitaarõiguse arengut inspireerivat rolli.

Klausli sõnastusest on aga inspiratsiooni ammutatud mitte üksnes humanitaarõiguse vallas. Näiteks piiriüleste veesoonte õigust käsitlevat eelnõu kommenteerides järgneb rahvusvahelise õiguse komisjoni raportis klausli kirjeldusele viide, mille kohaselt tuleb piiriüleste veesoonte kasutamiseviiside korral erilist tähelepanu pöörata eluliste vajadustele (*vital human needs*).¹⁸⁹ Selles nõudes avaldub tugev seos klauslis sisalduva humaansusnõudega.

ÜRO peassaamblee täiendorganina töötav inimõiguste nõukogu (*human rights council*) viitas klauslile raportis, mis käsitles olukorda Liibanonis ja tõi järeldustes muuhulgas esile, et konflikti käigus puudus austus humaansuse põhimõtte ja humanitaarsete kaalutluste suhtes (Martensi klausel).¹⁹⁰ See järeldus moodustab justkui üldise "raami", mille sees analüüsitakse täpsemaid humanitaarõiguse, inimõiguste ja üldise rahvusvahelise õiguse rikkumisi, näiteks puudutatakse proportsionaalsuse ja sõjalise vajaduse ning eristamise põhimõtteid,

¹⁸⁵ UN Document No E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 June 2005: Working Paper on the Relationship Between Human Rights Law and International Humanitarian Law, by Françoise Hampson and Ibrahim Salama, p 6;

¹⁸⁶ UN Document No E/CN.4/1992/26, 16 January 1992: Report of the Situation of Human Rights in Kuwait Under Iraqi Occupation, prepared by Walter Kalin, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in Accordance with Commission Resolution 1991/67, p 11.

¹⁸⁷ GA Resolution 1653 (XVI), 24 November 1961; GA Resolution 38/75, 15 December 1983; UN Document No A/49/10(SUPP), 1 September 1994: Report of the International Law Commission on the Work of its 46th Session, 2 May-22 July 1994, p 317.

¹⁸⁸ UN Document No A/49/342, 29 August 1994: Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of The Former Yugoslavia Since 1991: Note, p 49.

¹⁸⁹ UN Document No A/61/10, 1 October 2006: Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), p 242.

¹⁹⁰ UN Document No A/HRC/3/2, 23 November 2006: Report of the Commission of Inquiry on Lebanon Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, p 71.

tsiviilobjektide ründamise keeldu jms. Seejuures on oluline, klausel mingit "lisaväärtust" ei too – rikkumised tuuakse ikkagi esile konkreetsete humanitaarõiguse normide pinnalt.

Sarnase lähenemise leiab ÜRO peasekretäri kommentaaris, milles ta käsitles inimõiguste olukorda Iraagis, märkides, et klausel sisaldab kolme tavaõiguslikku inimõiguste põhimõtet – sõjapidamise vahendite ja meetodite piiratuse põhimõtet, eristamis põhimõtet ja tsiviilelanike ründamise keeldu. Ta leidis, et klausel on tavaõiguslik ning kohaldub ka juhul, kui sõjaseisukorda ei ole välja kuulutatud, ning on vastuvaidlematu iseloomuga.¹⁹¹ Nimetatud põhimõtted on aga iseseisvad normid, sisaldudes Genfi konventsioonide ühises artiklis kolm ning on saanud ka osaks tavaõigusest, mistõttu – taas – viide klauslile midagi juurde ei anna.

2.4.3. Kokkuvõte

Rahvusvahelised organisatsioonid on oma hinnangutes tihti julged ja paindlikud, kuivõrd nende positsioon rahvusvahelisel areenil võimaldab neil välja tulla seisukohtadega, millel ei pruugi olla edulootust praktikas. Samuti, võrrelduna näiteks ÜRO rahvusvahelise kohtu mänguruumiga, ei ole nende puhul väljaütlemisi piiravaks asjaoluks väljaütlemiste mõju nende rahvusvahelisele autoriteedile. Näiteks võiks tuua analoogiareegli, mida on küll võimalik loogiliselt hästi põhjendada, kuid mille jõudmine praktikasse on rahvusvahelise õigusloome küsimuste taustal vägagi küsitav.

2.5. Järeldused

Rahvusvahelises humanitaarõiguse alases praktikas on viitamine Martensi klauslile vägagi levinud – näib, et see on selleteemaliste arvamusalalduste pea kohustuslik osa. Klausli üldise sõnastuse tõttu on teda kasutatud väga erinevate argumentide toetuseks ning väga erinevatele situatsioonidele hinnangu andmiseks. Siiski, lähemalt uurides tuleb tõdeda, et praktikast "kammida" lootuses tabada juhtumeid, mis näitaksid tema otsustavat rolli, tuleb enamasti leppida pettumusega – klausel on armastatud retooriline tööriist, ent sisulisi põhjendatud järeldusi konkreetsete olukordade suhtes vaid klauslit kasutades üldiselt tehtud ei ole.

¹⁹¹ UN Document No A/51/496, 15 October 1996: Situation of Human Rights in Iraq : Note by the Secretary-General, p 25.

Klauslit on praktikas kasutatud mitmeti. Kohtupraktikas on valdavad kaks suunda – juhtumid, mil klausli rolliks on olnud tõlgendusprotsessi osaks olemine ning juhtumid, mis kuuluvad kauniste deklaratsioonide või ajalooliste arengute kirjeldamise valda. Riikide praktikas esitatud seisukohad on väga mitmekesised. Suurem rõhk on seejuures deklaratiivsetel seisukohtadel ning neil, kus klausli abil on püütud saavutada mingit konkreetset õiguslikku tagajärge või kasutatud seda mingi järelduse põhjendusena. Samasugune jaotus tuleb esile rahvusvaheliste organisatsioonide praktika puhul.

Järgnevas peatükis on välja toodud ja süstematiseeritud erinevad hinnangud, mida klauslile on antud teoreetilises kirjanduses. See annab võimaluse sobitada omavahel klauslit puudutavat praktikat ja teooriat ning liikuda edasi klausli olemuse määratlemisel.

3. Martensi klausli positsioonid rahvusvahelises õiguses – teoreetilises kirjanduses antud hinnangud

Eelnevate peatükkide pinnalt on juba ilmekalt esile tulnud, et küsimusele, kas klauslil on normatiivne iseloom või väljendab see üksnes moraalset positsiooni, ei ole lihtne vastata. Erinevad tõlgendused küünevad normatiivsuse kindlast jaatamisest kuni täiesti eitavate seisukohtadeni. Eriti rikkalik palett avaldub just teoreetiliste seisukohtade valdkonnas – see on ka mõistetav, sest teadlased ei ole oma seisukohtade kujundamisel (reeglina) seotud maailmapoliitika ega konkreetse riigi seisukohtadega ning sageli võimaldab mõningane distants tegeliku elu reaalsusest avaramat mõttelendu.

Järgnevalt on kaardistatud klauslit puudutavas kirjanduses esile toodud seisukohad alates väitest, mille kohaselt klauslil ei ole ega ole ka kunagi olnud mingit õiguslikku rolli kuni positsioonini, mille järgi on klausel *ius cogens* ehk rahvusvahelises õiguses kõrgeimat õigusjõudu omav norm.

Selle peatüki lõpuosas kõrvutan ma eelmise peatüki järeldusi ning käesolevas esitatud võimalusi, leidmaks, milliseid teoreetilisi lähenemisi toetab olemasolev praktika ning kuidas see sobitub teadlaste pakutud võimalustega. See annab võimaluse teha esialgseid järeldusi klausli positsiooni kohta rahvusvahelises õiguses.

3.1. Martensi klauslil puudub õiguslik kvaliteet

3.1.1. Martensi klausel kui diplomaatiline trikk

Üheks võib-olla kõige provokatiivsemaks väiteks klausli kohta on Jugoslaavia rahvusvahelise sõjakuritegude tribunali esimese presidendi professor Antonio Cassese hinnang, mille kohaselt on klausel vaid diplomaatiline trikk. Analüüsides Martensi klausli tekkelugu, toob Cassese oma artikli järeldustes esile, et klausel ei tekkinud algselt humanitaarsetest motiividest kantuna. Pigem oli ta osa diplomaatilistest käikudest, et ületada rahvusvahelisel areenil üles kerkinud poliitilised takistused, tegelikku lahendust tülküsimustele klausliga aga ei saavutatud¹⁹².

¹⁹² Cassese, lk 216.

Cassese märgib, et klausel puudutas vaid üht Belgia poolt tõstatatud teemat ning ignoreeris täiesti teisi – näiteks okupeerivate riikide õigusi ja volitusi kohalike seaduste muutmiseks, maksude tõstmiseks jne; samuti ei maininud klausel Belgia ettepanekut teatud sätete kustutamiseks eelnõust ja uute sätete lisamiseks. Belgia nõudmistega arvestati vaid minimaalselt, kuid sellest hoolimata nõustus Belgia delegaat Martensi ettepanekuga. Ta leiab sellele tuginedes, et Martensi klausel jättis peamise tüliõuna – okupeeritud riigi relvajõududesse mitte kuuluvate isikute tunnustamise võitlejatena – rahvusvahelise tavaõiguse reguleerida. Klausel vastas suurriikide ootustele, sest võimaldas edasi minna üksikute sätetega täpsemalt tegelemata, aga ka väikeriikide ootustele, kuivõrd jättis neile võimaluse väita, et eksisteerivad rahvusvahelise õiguse printsiibid või tavanormid, mille kohaselt on võitleja staatus ka vastupanuliikumistes osalejail. Just seetõttu ei ole klausel midagi muud kui kaval diplomaatiline käik, et tekkinud ummikseisust edasi minna.¹⁹³

Kindlasti on Cassese siin tabanud rahvusvahelise õigusloome üht kitsaskohta, kus sageli püütakse teha õigusega poliitikat ja vastupidi. Siiski pean sellist lõppjärelust liig radikaalseks, sest see ei võta arvesse asjaolu, et klauslile on korduvalt tuginetud kohtuotsustes ja mitmetel kordadel on klauslil olnud oluline roll kohtu argumentatsiooniprotsessis.

Mõneti sarnasele järeldusele on jõudnud professor Kalshoven, kelle hinnangul vähendab tõsiasia, et klausel asetati algselt preambulisse ja mitte lepingu põhiteksti, klausli mõjujõudu pigem õhutuseks kui õiguslikuks ettekirjutuseks.¹⁹⁴

Klauslit puudutavad oma sõjaõiguse arenguid kriitiliselt käsitlevas artiklis ka Chris Jochnick ja Roger Normand. Nad väidavad, et kuivõrd I rahukonverentsil ei suudetud kehtestada konkreetseid piiranguid sõjapidamise olulistele vahenditele ja meetoditele, siis varjati see läbikukkumine häguste ja määratlematute põhimõtete taha, mis kõlasid humaanselt, kuid ei tekitanud osapooltele mingeid siduvaid kohustusi. Ühe sellise näitena toovad nad klausli, mille puhul võib tulutult otsida juhtumit, mil mõni tribunal, riigimees, võitleja või jurist oleks seda kasutanud "isikutele käegakatsutava kaitse pakkumiseks".¹⁹⁵

¹⁹³ Cassese, lk 197-198.

¹⁹⁴ Kalshoven, F. The Respective Roles of Custom and Principle in the International Law of Armed Conflict. – Acta Societatis Martensis, 2006, Vol 2, p 50.

¹⁹⁵ Jochnick, C., Normand, R. The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War. – Harvard International Law Journal, 1994, Vol 35, No 1, p 74.

3.1.2. Martensi klausel kui moraalne säte

Selle seisukoha esindajad leiavad, et rahvusvaheliste dokumentide preambulid vaid eelnevad õigusnormidele ega moodusta iseseisvaid õigusnorme. Näiteks on leitud, et Martensi klausel vaid meenutab meile, et rakendamisele kuulub ka tavaõigus, isegi kui tunnustatakse mõnd lepingunormi. Sellest lahus on klausli üksikud elemendid, näiteks "avaliku südametunnistuse käsud" liiga ebamäärased, et neid saaks kasutada kui iseseisvaid õigusnorme.¹⁹⁶

Sellist lähenemist toetab asjaolu, et klausel on sõnastatud küllalt idealistlikult. Sellest lähtuvalt saavad seda sõjaliselt nõrgemate riikide valitsused ja eriti valitsusvälised organisatsioonid kasutada tõhusa relvana, et avaldada survet, et õigus võiks üha enam kajastada inimõiguste kaalutlusi. Samuti on klauslil sellisena olemas selge roll õiguse edasise arengu inspiratsiooniallikana. Selle seisukoha pooldajad leiavad, et kus on olemas mõningane alus võtmaks humaansemat positsiooni, võimaldab Martensi klausel astuda täiendava sammu edasi. Samuti on klausel osutunud oluliseks rahvusvahelistel konverentsidel, tribunalides ning ÜRO raportööride ettekannetes.¹⁹⁷ Nõnda ei toimi klausel küll õigusliku regulatsioonivahendina, küll aga sõnastab moraalset tõekspidamisi ning on ikka ja jälle *lex ferenda* kehastuseks. Üheks näiteks, kuidas klausel on toiminud inspiratsiooniallikana, toob Rhea Schirks esile, et Genfi konventsioonide ühise artikli 3 otseseks algupäraks on Martensi klausel.¹⁹⁸

Selline lähenemine sarnaneb mõneti Cassese omaga, ent on kantud positiivsematest emotsioonidest ning näeb mitmeid seoseid õigusloome ja rahvusvaheliste suhete kujunemise ning klausli vahel. Siin esile toodu on kindlasti olnud ja on jätkuvalt klausli üheks oluliseks funktsiooniks rahvusvahelisel areenil. Klausli nn inspireerivat rolli rahvusvahelise humanitaarõiguse arengus kinnitavad ka eelmises peatükis välja toodud praktikanäited.

Rupert Ticehurst teeb aga sootuks huvitava käigu, ning leiab, et Martensi klausel toetaks justkui loomuõiguslikku lähenemist, osutades, et sõjaõigus ei sisalda mitte üksnes positiivset koodeksit, vaid ühtlasi ka moraalikoodeksit. Ning kui võrd õigusnormide teke toimub moraalnormidega võrreldes alati teatava ajalise nihkega, on oluline tunnustada moraalikoodeksit kui üht sõjaõiguse elementi lisaks positiivsele õigusele. Ta leiab, et

¹⁹⁶ Greenwood, C. Historical Development and Legal Basis. In Fleck, D. (ed). Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts. OUP, 1995, para 129. Edaspidi viidatud kui Greenwood.

¹⁹⁷ Meron, lk 88.

¹⁹⁸ Schirks, lk 24.

Martensi klausel loob silla sõjaõiguse objektiivsete normide ja loomuõiguse vahele. Klausel annab loomuõiguse kindlakstegemiseks objektiivse mõõdupuu – avaliku südametunnistuse kāsud. See rikastab sõjaõigust ning annab kõigile riikidele võimaluse selle kujunemisel kaasa rāākida.¹⁹⁹ Puhtpositivistlikust positsioonist vaadatuna ei sobi selline väide kokku tänase rahvusvahelise õigusega. Ometi ei saa väita (ega ole ka mõeldav), et õigus on või saab kunagi olema loomuõigusest täiesti prii. Selle mõttekäigu hindamine vajab aga pisut põhjalikumalt süüvimist õigusfilosoofia küsimustesse, mis tulevad põhjalikumalt vaatluse alla töö viimases peatükis.

3.1.3. Martensi klausel on "lõppenud"

See lähenemine väidab, et klauslil on küll õiguslik tähendus olnud, kuid täna sellest enam rāākida ei saa. Sellise seisukoha kasuks rāägib mõneti klausli enese sõnastus, mis ütleb "*kuni sõjaõiguse terviklikuma kodifikatsiooni tekkeni...*" (minu rõhutus) – see justkui piiraks klausli ajalist kehtivust. On leitud, et kuivõrd pärast klausli teket on loodud mitu olulist sõjaõiguse kodifikatsiooni – 1949. a Genfi konventsioonid ja nende 1977. a lisaprotokollid, siis nende näol ongi tegemist selle "terviklikuma kodifikatsiooniga" ning seega on klausel oma eesmärgi täitnud ja tema rolli on üle võtnud nimetatud rahvusvahelised lepingud.²⁰⁰

Vladimir Pustogarov leiab vastuseks sellele seisukohale, et 1949. aasta Genfi konventsioonid ja 1977. a lisaprotokollid ei iseseisvalt ega kogumis moodusta *tāielikku* koodeksit. Pärast nende vastuvõtmist ilmnescid nende kohaldamisel uued lahendamata probleemid, lüngad ja normid, mis olid lahus kiirelt muutuvatest konfliktidest.²⁰¹ Seetõttu ei saa ka rāākida Martensi klausli "ammendumisest". Seejuures tekib siin mõneti suletud ring – kuivõrd sõjatehnoloogia pidevalt areneb ja õiguslik regulatsioon sellele väiksema või suurema viitega järgneb, ei saa tegelikkuses kunagi tekkida olukorda, kus oleks olemas täiuslik koodeks. Pustogarovi seisukohale rāägib vastu ka asjaolu, et enne konventsiooni preambulisse sisse viimist muudeti klauslit järgmiselt: "täieliku sõjaõiguse kodifikatsiooni" (*un code tout-à-fait complet*) asemel jäi klausli sõnastusse "terviklikum sõjaõiguse kodifikatsioon" (*un code plus complet*) – seega kirjutati juba siis sättesse "sisse" asjaolu, et lõplik ja täiuslik kodifikatsioon on

¹⁹⁹ Ticehurst, lk 133.

²⁰⁰ Selle viitab näiteks Louis René Beres. Vt Beres, L. R. The Newly Expanded American Doctrine of Preemption: Can it Include Assassination? – 31 Denver Journal of International Law and Policy 2002-2003, lk 171-172.

²⁰¹ Pustogarov 1999, lk 131.

kättesaamatu.²⁰² Siin on huvitav tähele panna, et vene teadlane Pustogarov vaidleb siin agaralt vastu seisukohale, millele asus Vene valitsus ÜRO rahvusvahelise kohtu ees tuumarelvade asjas. Ühtpidi võiks see viidata õigusteaduse ja riigi poliitika lahutatusse, teisalt aga võimaldab samavõrd väita, et klauslit saab kasutada – ja ka kasutatakse – just nõnda, nagu parasjagu kasulik on. Kui riigi poliitika ei toeta tuumarelvade keelustamist, on abiks klausel, samas jälle saab klauslit esile tõsta kui suurepärasest näidet vene õigusteadlaste saavutustest.²⁰³ Kui aga vaadelda klausli lõppemise sisulist külge, siis saab loomulikult nõustuda väitega, et tänapäevane humanitaarõiguse alaste lepingute kogu on toonasest oluliselt terviklikum. Nendes piirides saab möönda ka klausli lõppemist – puudub vajadus pöörduda ebakonkreetsemale klausli poole, kui vaidlusalust küsimust reguleerib mõni selge ja konkreetne lepingusäte. Klausli täielik lõppemine on aga keerukam küsimus, millele tuleks vastust otsida pigem praktikast. Praktikast võib tõepoolest täheldada klausli olulisuse vähenemise tendentsi – sellele viidatakse vähem ja kui viidatakse, siis on see pigem "äramärkimise" korras. Teisalt kinnitab klausli jätkuvat olulisust selle lisamine mitmetesse hilisematesse rahvusvahelistesse lepetesse, kusjuures nende sisalduvate sätete kehtivus ei ole kuidagi seotud klausli algsete loojate tahtega. Seega ei julge ma siiski täies mahus alla kirjutada väitele, nagu ei oleks klauslil tänapäeval enam mingit rolli. Iseküsimus on see, milline see roll olla võiks või olema peaks.

3.2. Martensi klausel kui õigusliku tähendusega säte

Normatiivsust pooldava seisukoha järgi eksisteerib kehtivate humanitaarõiguse erinormide kõrval Martensi klausli näol õiguslik standard, õiguslikud põhimõtted, mis kuuluvad kohaldamisele juhul, kui sobivat normi ei leita või on tekkinud vajadus mõne normi avaramaks/teistsuguseks tõlgendamiseks kui seni. Seisukohta, et klauslil on siiski ka normatiivne väärtus, toetab asjaolu, et klausel sisaldub mitmete preambulite kõrval ka Genfi konventsioonide I protokollis põhitekstis ja et seda on kohaldatud mitmetes kohtuasjades.

Siin saab eristada kahte võimalust. Esimene neist näeb klausli rolli eelkõige olukordades, kus olemasolevate normide senine tõlgendusraam ei mahuta vaatluse all olevat olukorda. Sel juhul saab klausli ja lähima normi koos tõlgendamisel leida parima lahenduse. Teine lähenemine teeb sellest sammu edasi ning omistab klauslile iseseisva tähenduse, mille kohaselt saab (või tuleb) seda rakendada ka teistest normidest eraldiseisvana.

²⁰² Schirks, lk 22.

²⁰³ Selle kohta vt töö p 3.2.2., kus Pustogarov esitab klausli positsiooni kohta väga ambitsioonikaid väiteid.

3.2.1. Martensi klausel kui printsiip – abi teiste normide tõlgendamisel

Selle seisukoha kinnituseks on leitud, et lepingu preambul ei ole mitte üksnes lepingu füüsiline ja tekstiline osa, vaid omab ka õiguslikku tähendust ja rolli ning seda eelkõige tõlgenduslikust aspektist. Preambuli sellisele funktsioonile viitab ka rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsiooni art 31 lg 1, mille kohaselt tuleb lepinguid tõlgendada muuhulgas lähtuvalt kontekstist, seejuures hõlmab kontekst lg 2 kohaselt ka lepingu preambulit. ÜRO rahvusvaheline kohus on leidnud, et nimetatud artiklid peegeldavad rahvusvahelist tavaõigust.²⁰⁴ Preambul osutab "õiguslikule kliimale" millest lähtudes tuleb tõlgendada lepingu põhiteksti olulisi norme. Näiteks *Asylum* kaasuse lahendamisel kasutas kohus preambulit ulatuslikult.²⁰⁵

Preambulite rolli ei ole väga põhjalikult uuritud, mõningaid järeldusi on aga tehtud siseriikliku õiguse kontekstis, eriti just konstitutsiooniõiguse valdkonnas. Kent Roach järeldab oma uurimuse tulemusena, et sageli on preambulite eesmärgiks legitiimsuse loomine, luues seadusandluse päritolu ja põhjuste raamistiku. Samuti nimetab ta preambulite rolli tõlgendusprotsessis ning ka avalikkusega parema infovahetuse osas.²⁰⁶ Oma artiklis käsitleb ta ka preambulite poliitilist rolli, aga preambulite peamine funktsioon on akti eesmärgi esile toomine, mis on tähtis just õiguse eesmärgipärase tõlgendamise seisukohalt.²⁰⁷

Samas on välja toodud ka asjaolu, et kohtud on pigem olnud tõrksad preambulitele olulise kaalu andmisel, seda just sellest aspektist, et preambuli üldisele sõnastusele ei peaks andma suuremat kaalu kui asjakohastele spetsiifilistele sätetele.²⁰⁸

Näiteks on leitud, et "avaliku südametunnistuse nõuded" või "elementaarsed humaansuskaalutlused" ei ole niivõrd selged reeglid, vaid pigem tõlgendamise juhtnöörid.²⁰⁹ Vaadeldes klauslit õigusliku printsiibina, on leitud, et klauslit võib kasutada humanitaarõiguse

²⁰⁴ Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad). Judgment, ICJ Reports 1994, p 21, para 41. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf> (7 April 2009). Samuti ka Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia). Judgment, IJC Reports 1999, p 1059, para 18. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf> (8 April 2009).

²⁰⁵ Nt Singh, N., McWhinney, E. Nuclear weapons and contemporary international law. Nijhoff, 1989, p 47.

²⁰⁶ Roach, K. The Uses and Audiences of Preambles in Legislation. – McGill Law Journal, 2001, Vol 7, p 129.

²⁰⁷ Roach, lk 153.

²⁰⁸ Roach, lk 153.

²⁰⁹ McDonald, N., Sullivan, S. Rational Interpretation in Irrational Times: the Third Geneva Convention and the "War on Terror". – Harvard International Law Journal, 2003, Vol 44, p 304-305.

alaste lepingute tõlgendusstandardina²¹⁰ või üldise tõlgenduspõhimõttena rahvusvaheliste tava- ja lepinguõiguse normide tõlgendamisel. Klauslit saaks neis olukordades kasutada lähtekohana ning kahtluse korral tuleks rahvusvahelisi norme, eelkõige humanitaarõiguse norme, tõlgendada nii, et tõlgendused oleks kooskõlas üldiste humaansusstandardite ning avaliku südametunnistuse nõuetega.²¹¹ Miyazaki on teinud väikse edasiarenduse ning leidnud seejuures, et uute sõjapidamisviiside tekke puhul olukorras, kus neid viise ühegi konkreetse sättega ei reguleerita, pole klausli tõttu lubatud väide, nagu puuduks õigus.²¹²

Seda, et klauslit on võimalik näha kui üldist tõlgendamist hõlbustavat põhimõtet, kinnitab ka eelmises peatükis käsitletud kohtupraktika. Siiski oli klausli selline roll olulisem just enne 1949. a konventsioonide vastuvõtmist, kui otsustes tuli tugineda varasematele ja selles vallas alles teed rajavatele dokumentidele. Mida aeg edasi, seda täielikumaks on muutunud erinevate lepingute "palett" ja, nagu juba eelnevalt tõdetud, on sellega seoses vähenenud ka klausli kasutamine. Siiski nõustun pigem seisukohaga, mille järgi on klauslil tõlgendamist abistav roll just humanitaarõiguse valdkonnas. Selle laiendamine kogu rahvusvahelisele õigusele ei tundu loogiline, kuivõrd nii vastav konventsioon, selle preambul tervikuna kui ka klausli sõnastus eraldi võetuna on ju selgelt humanitaarõiguse valdkonda kuuluv. Samuti kuuluvad ka hilisemad lepingud, milles klauslit kasutatud on, humanitaarõiguse valdkonda.

3.2.2. Klausel kui tavaõiguse norm

Kõige selgemalt on klausli sellisele staatusele viidatud tuumarelvade nõuandvas arvamuses, kus kohus leidis: "kõik riigid on seotud nende I protokolliga reeglitega, mis nende vastuvõtmise ajal väljendasid üksnes eelnevalt kehtinud tavaõigust, nagu näiteks Martensi klausel" ja et klausel "on osutunud tõhusaks vahendiks vastamaks sõjatehnoloogia kiirele arengule."²¹³ Millised aga võiksid sel juhul olla klausli konkreetsemad rakendusvariandid, on vaieldav.

Cassese kohaselt on kõige levinum lähenemine, mille puhul leitakse, et klausel välistab *a contrario* argumenti.²¹⁴ Selle järgi on klausli ülesandeks välistada argument, nagu annaks fakt, et Haagi konventsioon mõningaid küsimusi ei reguleeri, võitlejatele vabaduse käituda

²¹⁰ Miyazaki, lk 436.

²¹¹ Cassese, lk 190, 212.

²¹² Miyazaki, lk 437.

²¹³ PA tuumarelvade aramus, para 78 ja 84.

²¹⁴ Cassese, lk 192.

mistahes piiranguid arvestamata.²¹⁵ Abi-Saab väidab, et 1899. a Haagi konventsiooni koostamisel tajuti teravalt ohtu, et kuivõrd kõigis küsimustes kokkulepet ei saavutatud, jätnuks see võimaluse seada kahtluse alla ka need tavaõiguse normid, mis kodifikatsioonist välja jäid. Sellise ohu välistamiseks kutsutigi tema hinnangul ellu Martensi klausel.²¹⁶ Klausli sellise tähenduse kasuks räägivad ka 1949. a Genfi konventsioonide denonsseerimissätted, mille kohaselt ei mõjuta konventsiooni denonsseerimine kohustusi, mis tulenevad "tsiviliseeritud rahvaste vahel juurdunud tavadest, humaansusseadustest ja avaliku südametunnistuse nõudmistest"²¹⁷.

Ometi on see lähenemine mõneti problemaatiline, sest on selge, et rahvusvahelise tavaõiguse normidega on riigid seotud ka siis, kui see ei ole mingis rahvusvahelises lepingus väljendatud. Samuti tuleb siin lähtuda sellest, et hilisem kodifikatsioon ei muuda kehtetuks sama valdkonna varasemaid tavaõiguslikke norme. Seda seisukohta on selgelt väljendanud ka ÜRO rahvusvaheline kohus oma 1986. a Nicaragua otsuses:

"Seega on selge, et rahvusvaheline tavaõigus eksisteerib ja kohaldub jätkuvalt, lahus rahvusvahelisest lepinguõigusest, isegi juhul, kui neil kahel kategoorial on identne sisu."²¹⁸

Sellest lähtuvalt väljendaks klausel justkui ilmset, midagi, mida nagunii kõik teavad. Samuti ei anna see lähenemine vastust küsimusele, miks nimetab klausel lisaks lepinguvälistele põhimõtetele ja reeglitele ka humaansusseadusi ning avaliku südametunnistuse nõudmisi.²¹⁹

Ometi on teinegi võimalus selle lähenemise tõlgendamiseks ning see on minu hinnangul olulisem. Nimelt kehtestab klausel üldise õigusliku eelduse "mis ei ole lubatud, on keelatud", pöörates sellega humanitaarõiguse valdkonnas ümber *S. S. Lotus*²²⁰ kohtuasjast tuleneva klassikalise vastupidise eelduse. Sellega muudab klausel humanitaarõiguse valdkonnas töendamiskoormist ja seab eelduseks positiivse printsiibi – kõik, mis ei ole lubatud, on keelatud.²²¹

²¹⁵ Cassese, lk 189.

²¹⁶ Abi-Saab, lk 274.

²¹⁷ 1949. a Genfi konventsioonide ühine artikkel 63/62/142/158.

²¹⁸ Nicaragua kohtuasi, lõik 179, autori tõlge.

²¹⁹ Cassese, lk 193.

²²⁰ *S. S. Lotus (France v Turkey)*, 1927 PCIJ, Ser A, No 10, p 18. Available: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (13 April 2009).

²²¹ Beckett, J. A. *Interim Legality: A Mistaken Assumption? – An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law.* – Chinese Journal of International Law, 2004, Vol 3, Issue 1, p 81. Edaspidi viidatud kui Beckett.

Genfi konventsioonide I lisaprotokollis kommentaarides on lisaks *a contrario* lähenemisele toodud välja ka teine põhjus, miks klausel konventsiooni sisse toodi. Nimelt tuleb klauslit näha dünaamilise faktorina, mis kuulutab nimetatud põhimõtete kohalduvust sõltumata tehnoloogia või olukordade edasistest arengutest.²²² Kommentaarides on lisatud, et klausel kohalduvatult teda sisalduvatest lepingutest.

Strebel leiab, et klausel kohalduvat tänapäeval kõigile sõjaõiguse valdkondadele, mitte üksnes maasõja õiguses, kaheldav on aga, kas selle tähendus ulatub sõjaõigusest kaugemale. Kuivõrd täielikku sõjaõiguse kodifikatsiooni saavutada ei ole võimalik, on klausel jätkuvalt oluline õiguses esinevate lünkade täitmiseks. Ta on aga leidnud, et vaid erijuhtudel võiks sel olla prioriteet muu kohaldamisele kuuluva õiguse ees (*derogatory force*) ja seda üksnes sõjategevuse täiendava piiramise suunas.²²³

Cassese on sellest järeldanud, et sellisel juhul peaksid kohtud määrama, milliseid standardeid peavad riigid antud ajahetkel humaansuse või avaliku südametunnistuse poolt kohustuslikeks.²²⁴ See annab klauslile hoopis uue mõõtme – paindlikkuse, mis ei ole ajas piiratud.

Pustogarov teeb siit veel ühe sammu edasi ja leiab, et klausli näol on tegemist rahvusvahelise humanitaarõiguse *ius cogens* normiga, mistõttu juhul, kui rahvusvahelises humanitaarõiguses puudub tekkinud olukorra lahendamiseks sobiv õigusnorm, tuleb tingimata pöörduda Martensi klausli poole ja seeläbi leida olukorrale sobiv lahendus.²²⁵ Selline lähenemine näib mulle liigidealistlik ja selle praktiline väärtus on kaheldav, kuivõrd *ius cogens* on juba selletagi üsna probleemne kontseptsioon, olgugi et senimaani on sinna kuuluvaks peetud mõningaid väga konkreetseid ja selgeid keelde (vastandatuna klausli üldisusele ja abstraktsusele).

Miyazaki näeb humaansusseadusi nii rahvusvahelise humanitaarõiguse kui rahvusvaheliste inimõiguste lähtekohana ja väidab samuti, et klausli näol on tegemist *ius cogens* normiga. Selle põhistamiseks nimetab ta esmalt sõjakuritegudena karistatavaid Genfi konventsioonide raskeid rikkumisi ning seejärel asjaolu, mille kohaselt on austus inimõiguste ja põhivabaduste

²²² Sandoz, Y. et al (eds). Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. International Committee of the Red Cross, Geneva: Nijhoff, 1987, p 38-39; Berhardt, R. Encyclopedia of public international law, 1997, vol 3, sv Martens' Clause. Edaspidi viidatud kui Strebel.

²²³ Strebel, lk 327; Meron, lk 88.

²²⁴ Cassese, lk 191-192.

²²⁵ Pustogarov 1999, lk 134.

vastu rahvusvahelise õiguse printsiip. Selle pinnalt ning rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioonile viidates leiab ta, et klausli näol on tegemist *ius cogens* normiga. Oma sellekohase analüüsi lõpetab ta tõdemusega, et humaansusseadused katavad kõikehõlmavalt kogu sõjaõigust ning selles esinevate puuduste korral täiendavad seda.²²⁶ Väide, nagu oleks klausli puhul tegemist *ius cogens* normiga, võimaldab Miyazakil teha ka järelduse, et klauslil on eriline roll just mitterahvusvahelistes konfliktides.

3.3. Klausel kui rahvusvahelise õiguse allikate süsteemi modifitseerija

Kirjanduses on leitud, et klausli ühe funktsioonina võib näha seda, et ta on jätnud oma jälje traditsioonilisse rahvusvahelise õiguse allikate süsteemi ning seda modifitseerinud. Eriti tehakse selliseid viiteid seoses tavaõiguse tekke protsessiga.

Cassese on viidanud, et klausel asetab samale tasandile "humaansusseadused", "avaliku südametunnistuse käsud" ning "riikide käitumisviisid" kui rahvusvahelise õiguse printsiipide ajaloolised allikad. Nende selline võrdsustamine näitab seda, et nad on kõik iseseisvad ning mingi printsiibi tuletamine ühest ei nõua teiste samaaegset esinemist. Seetõttu võib klauslist järeldada, et humaansusseadustel või avaliku südametunnistuse nõudmistel põhineva printsiibi tekkeks ei ole tingimata vaja täita riikide praktika nõuet või vähemasti ei ole nõutav praktika samas mahus kui muude põhimõtete puhul. Sellest tulenevalt on humaansusseadustest lähtuva printsiibi välja kujunemisel klausli tõttu *ususe* nõue vähem range kui majanduslikest, poliitilistest või sõjalistest vajadustest lähtuvate printsiipide puhul. See tähendab ühtlasi ka seda, et erilise tähtsuse omandab *opinio iuris*. Seega kui mitmed riigid ja muud rahvusvahelise õiguse subjektid on väljendanud oma õiguslikku seisukohta mingi põhimõtte või reegli siduvuse kohta, siis isegi juhul, kui neid seisukohti ei toeta laialdane ja järjekindel praktika või sellesisuline praktika puudub, võivad need seisukohad luua tingimused printsiibi või tavaõiguse normi tekkeks. Selle tulemusena toimib Martensi klausel küll olemasoleva allikate süsteemi raames, kuid tekitab humanitaarõiguse vallas justkui erinormi, mille tulemusena lõdveneb *ususe* nõue ning *opinio* nõue asetub tavalisest kõrgemale.²²⁷ Samas tuleb tõdeda, et vaidlused *ususe* ja *opinio* täpsest vahekorrast ning tavaõiguse täpsest tekkeprotsessist on rahvusvahelise õiguse doktriini lahutamatuks

²²⁶ Miyazaki, lk 437-439.

²²⁷ Cassese, lk 214.

kaaslaseks ka ilma klauslita. Klausel võib küll osutada kasulikuks sätteks ühe või teise seisukoha põhjendamisel, kuid ma ei annaks sellele sedavõrd suurt kaalu.

Eelneva kõrval on olemas veelgi julgem lähenemine, mille kohaselt nähakse klauslit uute õigusallikate rajajana. Selle kohaselt väidetakse, et klausel on tekitanud kaks uut õigusallikat (humaansusseadused ning avaliku südametunnistuse nõudmised).²²⁸ Samas näib, et tegemist on pigem ühe autori mõtteväljatuse kui tugeva konkurendiga ülejäänud teooriatele. Selleks, et jõuda järeldusele, nagu oleks Martensi klausel tekitanud uued iseseisvad õigusallikad – humaansusseadused ja avaliku südametunnistuse käsud, peaks kohtupraktika ja riikide käitumine seda järjepidevalt toetama.

3.4. Kokkuvõte

Välja toodud versioonidel on mõistagi oma tugevused ja nõrkused – diplomaatilise triki teooria on peibutav, kuid samas jääb küsimus, kas see siiski annab ammendava seletuse olukorras, kus klauslit on hilisemalt kasutatud nii rahvusvahelistes lepingutes kui kohtupraktikas. Isegi, kui klausel ei olnudki algselt midagi muud kui diplomaatiline trikk, tuleb praktikast lähtudes järeldada, et mingist hetkest alates hakkas see elama "oma", autori(te)st sõltumatut elu. Ka klausli lõppemise võimaluse puhul jõuan oma järeldustes ringiga tagasi klausli korduva kasutamiseni rahvusvahelistes lepingutes ning kohtupraktikas.

Kindlasti on klauslil oma koht humanitaarõiguse arengu inspireerijana, tõlgendusprintsipi ning *a contrario* argumendi välistajana. Samas on väga mitmed autorid leidnud, et klausli roll ulatub mainitust kaugemale. Kaardistatud seisukohad jätavad mulje, nagu oleks klausel justkui kameeleon – seda saab kasutada teada täpselt selles tähenduses, nagu konkreetsel hetkel vaja. Selles osas esile toodud võimaluste kaalumisel tuleb aga kindlasti silmas pidada ka teadlaste oluliselt suuremat mänguruumi rahvusvahelise praktikaga võrreldes. Erinevate seisukohtade paljususest tulenevalt on raske rääkida ka mingist ühesest kindlast õiguslikust rollist ja/või positsioonist, mis selgelt tuleneb ka klausli avarast sõnastusest. Rääkida neist erinevaist tõlgendusist üksteist täielikult välistavatena, ei oleks veenev. Pea kõik välja toodud aspektid (kui kõige äärmuslikumad väited kõrvale jätta) võivad sama hästi ka üksteist täiendada.

²²⁸ Cassese, lk 193.

Kui võrrelda klausli rolli praktikas ja klausli kohta teoorias, võib täheldada teatavat lõhet sellele antud teoreetiliste hinnangute ning tegeliku väljundi vahel. Rupert Ticehurst on erinevate võimaluste väljatoomise järel toonud esile, et riikide ja kohtunike eriarvamused peegeldavad jätkuvat lõhet loomuõiguse ja positivismi vahel rahvusvahelises õiguses.²²⁹ Selleks, et leida seletus olukorrale, kus klausli abil saab argumenteerida mistahes väiteid, mis väite esitajale südamelähedased on, on järgnevas peatükis fookusesse võetud klausli kujunemisaja õigusfilosoofiline taust ja õigusajalooline meetod.

Minu hüpoteesiks on väide, mille kohaselt klauslisse kui "positiveeritud loomuõigusesse" on sellised mitmetitõlgendatavad ja seinast seinna hinnangud suuresti sisse kirjutatud. Olles analüüsinud klausli kujunemisaja õigusfilosoofilist olukorda, püüan seejärel tõmmata paralleele tänapäeva rahvusvahelise õigusega ning küsida selle järele, kas ja mil viisil võiks klauslit kasutada nüüd ja tulevikus.

²²⁹ Ticehurst, lk 131.

4. Loomuõiguse ja positivismi vastasseis kui klauslit puudutava teooria ja praktika ebakõla seletus

Õigusfilosoofia perspektiivist vaadatuna jääb klausli teke huvitavasse ajajärku, mil rahvusvahelise õiguse teadus oli hakanud aduma nii puhtakujulise loomuõiguse kui ka positivismi piire ja puudujääke. Võib-olla just ajastust tingituna ning pidades silmas klausli sisu ja vormi võib seda nimetada positiivse ja loomuõiguse ühendajaks²³⁰, positiveeritud loomuõiguseks, loomuõiguslikuks aknaks jmt.

Kuigi positivism saavutas 19. sajandi teises pooles ja möödunud sajandi alguses valitseva positsiooni ning on seda tänaseni suuresti hoidnud, leitakse sellegipoolest, et kumbki lähenemine ei ole piisav, pakkumaks rahuldavat seletust õigusele kui sellisele.²³¹ Näiteks Rupert Ticehurst on leidnud, et riikide ja ÜRO rahvusvahelise kohtu kohtunike erinevad seisukohad tuumarelvade suhtes väljendavad rahvusvahelises õiguses esinevat jätkuvat veelahet positivismi ja loomuõiguse vahel, samas kui klausel tekitab silla humanitaarõiguse positiivsete ja loomuõiguslike normide vahele²³², ja Vladimir Pustogarov toob muuhulgas esile, et klausli edukas areng saja aasta vältel näitab, et väited, nagu oleks loomuõigus vaid üleminekuaste teel positivismi, on ennatlikud ja põhistamata²³³.

Viimase peatüki eesmärgiks on analüüsida eelnimetatud väiteid ning leida vastus eelmise peatüki lõpus esitatud hüpoteesile, mille kohaselt võiks just see õigusfilosoofia peavoolus toimunud muutus olla klauslit puudutavate teoreetiliste seisukohtade ja (kohtu)praktika ebakõla selgitajaks. Selleks on järgnevalt analüüsitud klausli tekkeaja õigusfilosoofilist olukorda ja loomuõiguse ning positivismi põhiväiteid, samuti Martensi kui klausli looja arusaamu õigusest. Eelneva valgel on võimalik anda hinnanguid klauslile ning sellega seotud teaduslikele seisukohtadele ning õiguslikule praktikale. Seejärel astume tänapäeva ning võrdleme Martensi-aegset ja tänast õigusfilosoofilist olustikku ning küsime klausli tänaste ja homsete kasutusvõimaluste kohta nii igapäevases õiguspraktikas kui ka võimalikes eriolukordades.

²³⁰ Pustogarov 1999, lk 132, 134.

²³¹ Bernhardt, R. (ed) Encyclopedia of public international law. Vol 3. Amsterdam: Elsevier, 1997, sv natural law.

²³² Ticehurst, lk 131, 133. Vt ka Pustogarov 1999, lk 132.

²³³ Pustogarov 1999, lk 135.

4.1. Klausel loomuõiguse ja positivismi ristteel

Õigusfilosoofia ajalugu on suuresti kahe suure "vaala" tõusude ja languste lugu. Ajalugu on näinud nii äärmuslikult loomuõiguslikke kui viimseni lihvitud positivistlikke arusaamu, püüdeid neid eraldada ja ühendada ning mitmeid katseid leida sootuks uus ja parem lähenemistee. Klausli tekkeage on põnev just seetõttu, et selleks perioodiks oli kunagi rahvusvahelises õiguses valitsenud loomuõiguslik doktriin asendunud positivismiga, samas tunnustatakse tolle perioodi positivistlikes kirjutistes loomuõiguslikke aspekte.²³⁴

4.1.1. Loomuõigus kui õigusfilosoofias kuni 19. sajandini valitsev koolkond

Õiguse üks lahutamatu kaaslast on pidev pinge selle vahel, mis on, ja selle vahel, mis peaks olema, ehk siis küsimus õiguse ja moraali omavahelistest suhetest. Sellega seondub teine keskne küsimus sellest, kas õiguse sisu on (vähemalt mingil määral) "ette antud" või on see täiesti inimeste kujundada, samuti küsimus sellest, kas õigus peaks olema õiglane. Rahvusvahelise õiguse valdkonnas lisandub veel üks lahendamist vajav "mõistatus" – kuidas on võimalik, et õigus eksisteerib suveräänide vahel kui suveräänsus *per definitionem* ei tunnusta ühtegi kõrgemat autoriteeti. Loomuõigus ja positivism on kaks õigusfilosoofia põhisuunda, mis lähenevad neile küsimustele ning jõuavad erinevate vastusteni.

Tänapäevase rahvusvahelise õiguse tekkeajal oli valdavaks loomuõiguslik lähenemine, mis on ühtlasi ajalooliselt vanim õigusfilosoofiline traditsioon. Seda on kirjeldatud kui õiguse ja moraali kokkupuutepunkti.²³⁵ Loomuõiguslike vaadete üheks allikaks on ajaloo jooksul olnud religioon, hilisemalt on selle kõrvale/asemele tekkinud teised filosoofilised lähtekohad. Loomuõiguse kohaselt tulenevad kogu õiguse üldpõhimõtted universaalsetest ja igavesti kehtivatest õiglusprintsipiidest. Loomuõiguslike teooriate läbivateks elementideks on 1) universaalsus ja muutumatus; 2) ülimuslik iseloom ja 3) mõistusega avastatavus.²³⁶ Õiguse allikana nähakse inimõistust, jumalikku tahet, "loomulikke" instinkte või ühiskondlikke tavasid – leitakse, et on olemas ratsionaalne kord ja universaalsed väärtused.²³⁷

²³⁴ Orakhelashvili, A. Natural Law and Justice, para 12. - Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Available: <http://www.mpepil.com> (10 September 2008). Edaspidi viidatud kui Orakhelashvili.

²³⁵ Wacks, R. Understanding jurisprudence. An Introduction to Legal Theory. OUP, 2005, p 15. Edaspidi viidatud kui Wacks.

²³⁶ Malanczuk, P. Akehurst's modern introduction to international law. London; New York: Routledge, 1997, p 14-16. Edaspidi viidatud kui Malanczuk.

²³⁷ Kennedy, D. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. – Nordic Journal of International Law, 1996, Vol 65, p 398. Vt ka Kiviorg jt, lk 43.

Loomuõigusemõtte viitab ühiskonna lootusrikkale usule muutuda paremaks²³⁸ – see on lahutamatult seotud küsimusega selle kohta, mis on "hea". Leitakse, et ebamõistliku või ebaõiglase positiivse õiguse puhul ei teki moraalset kohustust seda järgida.²³⁹ Üheks loomuõigusest lähtuva arutluskäigu võimalikuks resultaadiks on arusaam, mille kohaselt ei ole ebaõiglane reegel seadus ning kohtunik võib seda eirata.²⁴⁰ Seega on loomuõigusest tulenevad universaalsed printsiibid kriteeriumideks, mille alusel hinnata kehtivaid seadusi.²⁴¹

4.1.2. Klausli tekkeaja õigusfilosoofilised arusaamad

Valgustusaegne loomuõigusõpetus eemaldus senisest loomuõiguslikust traditsioonist ja oli väga ratsionalistlik. See arendas peensusteni välja süllogistlikud arutluskäigud, mille abil sai reguleerida kõiki õigusvaldkondi. Rahvusvahelise õiguse osas jõudis loomuõigus äärmuseni, mille kohaselt leiti, et positiivse õiguse olemasolu rahvusvaheliste suhete tasandil ei ole võimalik, kuivõrd kokkulepped positiivset õigust ei tekita, mistõttu rahvusvahelisi suhteid reguleerib vaid loomuõigus. Lisaks sellele toimus valgustusaegse loomuõiguse politiseerumine, mis diskrediteeris loomuõiguse ideed veelgi. Õigusteooria seisukohalt tähendas see periood allakäiku ning viis kokkuvõttes olukorrani, kus õigus ja tegelik elu jäid sageli teineteisest kaugeks. Kõige selle vastureaktsioonina kerkis 19. sajandil esile positivism.²⁴²

19. sajand oli loodusteaduste võidukäigu aeg. Au sisse tõusid loodusteaduslikud meetodid, mida püüti kasutada ka muudel elualadel. Neist meetoditest lähtuvalt püüti teadusvaldkondi piiritleda ning nende ulatusest jäeti välja kõik küsimused, mille lahendamiseks neid (või sarnaseid) meetodeid kasutada ei saanud.²⁴³ Positivistlik filosoofia kitsendas teadusliku uurimise objekti ainesele, mida saab kontrollida vaatluse teel.²⁴⁴ Seejuures tähendas see, et nende ulatusest arvati välja kõik eeldusliku (*a priori*) või hüpoteetilise iseloomuga küsimused – need, mis liigitusid peamiselt moraali, eetika ja metafüüsika valdkonda.²⁴⁵ Teadustegevuses

²³⁸ Luts, M. Sissejuhatus õigusfilosoofiasse, Tallinn: Juura, 1997, lk 37.

²³⁹ Hall, S. The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism. – European Journal of International Law, 2001, vol 12, No 2, p 272. Edaspidi viidatud kui Hall.

²⁴⁰ Malanczuk, lk 16.

²⁴¹ Jõgi, P. Õigus ja eetika: teooriad õigusest ja õiglusest 20. sajandi õigusfilosoofias. Tallinn: Juura, 1997, lk 46. Edaspidi viidatud kui Jõgi.

²⁴² Hall, lk 273-276.

²⁴³ Hall, lk 277.

²⁴⁴ Morgenthau, H. J. Positivism, Functionalism, and International Law. – American Journal of International Law, 1940, vol 34, issue 2, p 261. Edaspidi viidatud kui Morgenthau.

²⁴⁵ Hall, lk 277.

muutusid keskseks nn positiivsed meetodid – oletused tegid teed vaatlustele, hinnangute asemele tuli analüüs.²⁴⁶

Positivistlik koolkond õiguses tekkis ja arenes jõudsalt 18. ja 19. sajandil seoses kodifitseerimisega esmalt siseriiklikul ja seejärel ka rahvusvahelisel tasandil.²⁴⁷ Uurimisvaldkonna piiramise küsimus kandus ka õigussfääri²⁴⁸ ja kirjeldatud arengud avaldasid mõju ka rahvusvahelisele õigusele, kus uuritavaks ja analüüsitavaks objektiks peeti seadusandja tahet väljendavat akti.²⁴⁹ Leidub ka seisukohti, mille järgi oli 19. sajandi õiguskäsitlus juba sedavõrd positivistlik, et loomuõiguse jälgi võis leida vaid katoliku kiriku õpetuses.²⁵⁰

Positivistliku õiguskäsituse kohaselt nähti inimeste otsustusruumi õiguse kujundamisel ning leiti, et õigus ja õiglus/ eetika ei ole samased, vaid tuleb hoida teineteisest lahus.²⁵¹ Positivism keskendub kehtivale õigusele, mitte niivõrd ideaalile, küsimusele sellest, milline õigus peaks olema. Lisaks sellele eraldab positivism õigusest ka psühholoogia, poliitika ja majanduse valdkonda kuuluvad küsimused, mistõttu ta katkestab suhted, mis on õiguse ja normatiivse ning sotsiaalse valdkonna teiste harude vahel.²⁵² Õigusena nähakse inimeste poolt loodud ja kehtestatud seaduste kogumit²⁵³, mis moodustab suletud loogilise süsteemi. Õigete otsusteni jõutakse deduktsiooni kaudu.²⁵⁴

Kui õiguse kui sanktsiooniga tagatud suverääni käsu teooria sobitus kenasti siseriikliku õiguse hierarhilisuse ning konkreetse seadusandja ja täidesaatjaga, siis rahvusvahelise õiguse osas oli olukord märksa keerulisem. Positivismi ühe "isa" Austini käsitluse kohaselt oli rahvusvaheline õigus suverääni puudumise tõttu ebakorrektselt õiguseks nimetatud (*law improperly so called*), samas jätkasid riigid üldiselt rahvusvahelise õiguse reeglite järgimist, kasutasid diplomaatilises suhtluses õigusele tuginevaid nõudeid ja vastuväiteid ning kirjutasid alla lepingutele, mida pidasid nii endale kui teistele osapooltele õiguslikult siduvateks. Selline tegelikkuse ja positivistlike tõekspidamiste ebakõla kutsus esile varasemate teooriate ümbervaatumise ja kujunesid uued seletused, mille kohaselt tekib rahvusvaheline õigus

²⁴⁶ Morgenthau, lk 261.

²⁴⁷ Wacks, lk 43.

²⁴⁸ Morgenthau, lk 261.

²⁴⁹ Hall, lk 277.

²⁵⁰ Kelly, J. M. A Short History of Western Legal Theory. Clarendon Press – Oxford, 1999, p 333.

²⁵¹ Wacks, lk 43.

²⁵² Morgenthau, lk 267.

²⁵³ Jõgi, lk 8.

²⁵⁴ Wacks, lk 43.

suveräänide enesepiiramise kaudu (Jellinek) või riikide ühise tahte tulemusel (Triepel). Sellest lähtudes on rahvusvahelise õiguse allikateks rahvusvahelised lepingud (riigid loovad aktiivselt õigust) ja rahvusvaheline tavaõigus (riikide nõusolek on passiivne). Riikide ühisest tahtest kui rahvusvahelise õiguse tekke alusest lähtuvad suuresti ka tänapäeva positivismi peavoolu esindajad.²⁵⁵

Stephen Hall on leidnud, et 20. sajandi esimeseks kümnendiks oli enamikust rahvusvahelise õiguse juristidest saanud positivistid, kuigi nende kõrval eksisteeris ka mõjukas vähemus, kes tunnustas, et rahvusvaheline õigus koosnes nii positiivsetest kui loomuõiguslikest elementidest.²⁵⁶

4.1.3. Martensi nägemus rahvusvahelisest õigusest

Käesolevas jaotises esitan Martensi seisukohti rahvusvahelise õiguse ja selle olemuse suhtes. Esmalt on välja toodud mõnede rahvusvahelise õiguse teadlaste arvamused Martensi õiguskäsituse kohta ja pärast seda on sõna antud Martensile endale. Viimaks teen eelnevast kokkuvõtte ning annan hinnangu Martensi positsioonile nende kahe filosoofilise koolkonna suhtes.

Erinevate rahvusvahelise õiguse teadlaste hinnangud Martensi suhtes on küllalt mitmekesised. Henn-Jüri Uibopuu on Martensi rahvusvahelise õiguse käsituse kohta öelnud, et Martens kuulus oma aja tuntud juriidilisse koolkonda, *mitte veel positivistide hulka*.²⁵⁷ Vladimir Grabar määratleb Martensit kui *loomuõigusliku koolkonna oponenti*, viidates Martensi 1871. aastal esitatud seisukohale, mille kohaselt peaks rahvusvaheline õigus põhinema positiivse õiguse materjalidel ja mille järgi saab vaid ajalugu anda kindla aluse rahvusvahelistele õiguslikele struktuuridele. Samas viitab Grabar Martensi usule rahvusvahelisse õigusesse ning õigus- ja õiglustundesse²⁵⁸, mis viitab minu hinnangul siiski loomuõiguslikele sugemetele. Artur Taska, jällegi, on Martensit nimetanud *suureks positivistiks*, pidades eelkõige silmas tema rolli sõjaõiguse kodifitseerimisel.²⁵⁹ Seevastu

²⁵⁵ Hall, lk 270, 281-283.

²⁵⁶ Hall, lk 271.

²⁵⁷ Uibopuu, H.-J. Friedrich von Martens kui õigusteadlane, jurist, poliitik ja humanist: tema tähtsus tänapäeva rahvusvahelises õiguses ja rahvusvahelistes suhetes. – Acta Societatis Martensis, 2006, nr 2, lk 29. Minu rõhutis.

²⁵⁸ Grabar, V. The History of International Law in Russia, 1647-1917: a bio-bibliographical study. Oxford : Clarendon Press, 1990, p 385-387. Minu rõhutis.

²⁵⁹ Taska, A. Rahvusvaheline õigus, Lund, 1977, lk 43. Minu rõhutis. Edaspidi viidatud kui Taska.

Cassese on Martensi positivismi nimetanud "rabadaks".²⁶⁰ Pustogarov leiab, et Martens ise määratles end G. F. Martensi rajatud suuna – kõrgema taseme positivismi – järgijana. Martensi õiguskäsitusele hinnangut andes leiab ta, et kuivõrd tema seisukohtades esineb ka loomuõigusele viitavaid elemente, mis on kooskõlas tema püüdega loomuõiguslikku ja positivistlikku voolu sünteesida, võib teda *positivistide hulka* liigitada *tinglikult*. Ta ütleb: "Martensi doktriin on kohati nõnda keeruline ja mitmekülgne, et seda on raske mahutada isegi nõnda laia kontseptsiooni nagu positivismi raamidesse."²⁶¹

Eelnev näitab, et kuigi Martensit mäletatakse peamiselt seoses tema suure panusega sõjaõiguse kodifitseerimisel, mistõttu peetakse teda positivistliku koolkonna esindajaks, ei ole tema õigusfilosoofiline positsioon must-valge ja selle määratlemiseks on vajalik pisut põhjalikum tutvumine tema enda seisukohtadega. Parima ülevaate Martensi seisukohtadest annab tema rahvusvahelise õiguse õpik "Современное международное право цивилизованных народов". Käesolevas töös on kasutatud selle 1904. a väljaande kordustrükki.

Martens jagab rahvusvahelise õiguse ajalooliselt kolmeks ajastuks – loomuõiguslik, positivistlik ja viimaks tema enda kaasaeg, mida ta nägi kahe eelneva filosoofilise aluse sünteesi perioodina.

Filosoofilise (loomuõigusliku) ja positiivse õiguse algeid nägi Martens juba Grotiusse käsituses.²⁶² Ta leiab, et 18. sajandi alguses on loomuõiguslik käsitlus küll veel valitsev, kuid hakkab vähehaaval omaks võtma positiivse õiguse algeid.²⁶³ Martens on käsitlenud autorite suhtes kriitiline ja näiteks Vatteli puudujäägiks pidas ta kindlate põhimõtete puudumist ning vasturääkivusi²⁶⁴. Ta leidis, et loomuõigusfilosoofia äärmuslikud seisukohad kutsusid esile vastureaktsiooni rahvusvahelise õiguse juristidelt, kes pidasid rahvusvahelise õiguse ainsateks allikateks tavasid, lepinguid ja rahvusvaheliste suhete praktikat.²⁶⁵

Positivistliku koolkonna algusaegade kohta nendib Martens, et alget püüdu tõendada rahvusvahelise õiguse iseseisvust ning rajada see kindlatele positivistlikele eeldustele

²⁶⁰ Cassese, lk 198, 200.

²⁶¹ Pustogarov 2000, lk 89-91.

²⁶² Мартенс, Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов (по изданию 1904 г.), том I. Издательство "Юридический колледж МГУ", 1996, стр 126. Edaspidi viidatud kui Martens 1904.

²⁶³ Martens 1904, lk 127.

²⁶⁴ Martens 1904, lk 129.

²⁶⁵ Martens 1904, lk 130.

raskendasid selle allikateks olevate materjalide puudujäägid – rahvusvahelistel lepingutel ja diplomaatilistel läbirääkimistel ei olnud veel üldist ulatust.²⁶⁶ Allikate osas seis küll paranes, kuid Martens leiab, et nende läbitöötamisel kaldusid toonased teadlased ebateaduslikkusesse, kuivõrd kirjutised seisnesid faktide kogumises ja konstateerimises, kusjuures puudusid kriitilised hinnangud ja järeldused, mida saanuks nimetada rahvusvahelise õiguse printsiipideks. Puhtakujulise positivismi tüüpiliseks esindajaks pidas Martens Moserit, kelle puhul kritiseeris seda, et tema töödes puudusid igasugused seosed teoreetiliste kaalutlustega.²⁶⁷ Positivistide veaks oli see, et rahvusvahelise õiguse teadus astus praktika "teenistusse", kaitstes selles esinevaid puudujääke ja kuritarvitusi.²⁶⁸

Rahvusvahelise õiguse teaduse edasise arengu ülesandena nägi Martens positiivse ja filosoofilise suuna orgaanilist ühendamist. Sellise õiguskäsituse esiisaks peab Martens Bynkershoeki.²⁶⁹ Oma kaasaega näebki Martens rahvusvahelise õiguse filosoofiliste algete ja positiivsete elementide ühendamise perioodina.²⁷⁰ Ta leidis, et tuleb leida kogemuse ja filosoofilise vaatenurga õige suhe. Selle uue teadusliku meetodi rajajaks pidas ta Georg Friedrich von Martensit, kes pidas kasutuks abstraktseid mõtisklusi rahvusvahelise õiguse üle, kuid astus vastu ka rahvusvahelise elu faktide mehaanilise kogumisele ilma nende kahe suuna ühiste juhtaluste kohta järeldusi tegemata.²⁷¹

Martens on nii oma eelkäijate kui kaasaegsete suhtes väga kriitiline – keegi neist ei ole tema hinnangul osanud leida sobivat tasakaalu positivismi ja loomuõiguse vahel ega teinud piisavalt sügavaid järeldusi rahvusvahelise õiguse olemuse kohta.

Olles eelnevalt esitanud Martensi käsituse rahvusvahelise õiguse filosoofiliste aluste ajaloo osas, on järgnevalt välja toodud tema enda õigusteoreetilised seisukohad.

Rääkides rahvusvahelise õiguse alustest, kirjutab Martens nõnda: "Rahvusvahelises õiguses esinevad mitmed tavaõiguslikud alused ja reeglid, mis lähtuvad rahvaste tsiviliseeritud elukorraldusest, ja mida *austatakse ja rakendatakse* sõltumatult rahvusvahelistest lepingutest ja seadustest, *üksnes nende sisemise mõistlikkuse ja praktilise kasu tõttu*. [...] Neid õigustab üksnes *terve mõistus*, nende tegeliku kasu tunnistamine, *õiguse ja õigluse ideed*, mis

²⁶⁶ Martens 1904, lk 131

²⁶⁷ Martens 1904, lk 132.

²⁶⁸ Martens 1904, lk 134.

²⁶⁹ Martens 1904, lk 133.

²⁷⁰ Martens 1904, lk 133.

²⁷¹ Martens 1904, lk 134.

moodustavad *kõrgema kriteeriumi kogu õiguse hindamiseks*.²⁷² Vastukaaluks rahvusvahelise õiguse eitajate väitele, mille kohaselt puudub rahvusvahelises õiguses seadusandja, vastab Martens nõnda: "Õigesti mõistes seisneb *seadusandja ülesanne mitte õiguste välja mõtlemises*, vaid kogu õiguse aluseks olevate eluliste suhete ja inimeste vastastikuste huvide ausameelses uurimises ja formuleerimises. Need *õigused tulenevad inimloomusest* ja seda ümbritsevatest tingimustest ning seetõttu *ei saa neid luua seadusandlusega*. Nad on olemas *iseeneses*. [---] Igal inimesel on õigus oma isiksuse austamisele, pere ja vara puutumatusel ja seda sõltumata sellest, kas neid õigusi tunnustab seadus või mitte. Vastupidi, seadusel, mis eitaks isiku õigust elule, aule ja vabadusele, ei oleks õigust eksisteerida, see oleks *vastuolus terve mõistuse ja õiglusega*."²⁷³ Õiguse ja seadusandluse aluseks on üks ja sama allikas – *inimloomusele omased õiguse ja õigluse ideed*.²⁷⁴

Siis aga, avades lugejale rahvusvahelise õiguse teaduse ülesandeid ja eesmäärke, leiab Martens, et rahvusvahelise õiguse teaduse esemeks on *vaid positiivsed õigusnormid*, mis lähtuvad kaasaegsete haritud rahvaste õigusteadvusest ja väljenduvad rahvusvahelistes tavades, lepingutes ja riikide vastastikuste suhete praktikas ja et teadlaste isiklikke arvamusi ei tohi segi ajada kehtiva rahvusvahelise õigusega.²⁷⁵ Martens leiab, et haritud ja harimatute rahvaste vahelistes suhetes, kellest viimaseid ta rahvusvahelise õiguse subjektideks ei pea, kohalduvad inimõigusest ja kõlbelisest loomusest tulenevad allikad (st loomuõigus). Loomuõiguse nõuetena näeb ta antud sõna pidamise, teiste elu, au ja vara austamise nõuet ning et halvad instinktid loovutaksid koha üllastele impulssidele.²⁷⁶ Seejuures kritiseerib ta teadlasi, kes loevad Türgit ja mõnesid teisi Aasia riike rahvusvahelise kogukonna liikmeks, leides, et nad ei saa aru *kaasaegse rahvusvahelise korra positivistlikest alustest* ning ajavad loomuõiguse ja positiivse rahvusvahelise õiguse omavahel segamini.²⁷⁷ Samuti peab ta väga oluliseks rahvusvahelise õiguse kodifitseerimist, mille ülesandeks on selgitada, mis on positiivne õigus ning eristada see sellest, mis seaduse jõudu ei oma. Kodifitseerimine on kui koristustöö, mis vabastab kehtiva õiguse ebaselgustest, vasturääkivustest ning vananenud

²⁷² Martens 1904, lk 12-13. Siin ja edaspidi minu rõhutused.

²⁷³ Martens 1904, lk 17. Samuti ka Martens, F. F. Sõda ja õigus. – Acta Societatis Martensis, 2006, vol 2, lk 21. Edaspidi viidatud kui Martens 1921 (artikli näol on tegemist 1921. aastal välja antud eestikeelse tõlke toimetatud versiooniga).

²⁷⁴ Martens 1904, lk 20.

²⁷⁵ Martens 1904, lk 141.

²⁷⁶ Martens 1904, lk 143.

²⁷⁷ Martens 1904, lk 144. Nussbaum viitab, et selliste teooriatega püüab Martens taas elustada Venemaa väidetavast õigust kaitsta õigusklikke kristlasi võõrsil. Vt Nussbaum, A. Frederic de Martens. Representative Tsarist Writer on International Law. – Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1952, vol 22, p 52. Nussbaum ei puuduta põhjalikumalt Martensi õigusteoreetilisi seisukohti, on aga tema suhtes üldiselt väga kriitiline, leides et Martens ei ole objektiivne, väänab kohati fakte (lk 55), esitades teaduslike seisukohtadena õigustusi riigi hetkepoliitikale (lk 56) jmt.

normidest.²⁷⁸ Martens hindab kõrgelt Genfis 1873. asutatud rahvusvahelise õiguse instituuti, mille kohta ta väidab, et see võiks kindlasti olla tsiviliseeritud maailma "õigusliku südametunnistuse" väljendajaks.²⁷⁹

Lisaks eelnevale avaldub Martensi nägemus rahvusvahelisest õigusest tema teoses "Sõda ja rahu", millest eesti keeles on kättesaadav I peatükk. Seal võib taas näha Martensit kui idealisti. Ta kirjutab: "[Rahvusvahelise õiguse] teaduse paremad edutajad olid vandunud, et saabub aeg, millal *südametunnistuse hääl* ei ole lämmatatud piiritu vihkamisega, millal elajaliku metsikuse asemele astub inimese tunnustamine vaenlases, millal toore jõu piiramata valitsuse ja kuritööde üle võtab võimu *õigus ja õiglus*. Rahvusvaheline õigus – see on tuleviku ja ideaali teadus. Tema usub paremasse tulevikku."²⁸⁰

Eelneva pinnalt tuleb nentida, et Martensi nimetamine positivistiks on selgelt ennatlik. Pigem saab nõustuda Pustogaroviga, kes liigitab ta positivistiks vaid tinglikult. Pärast Martensi õigusteoreetiliste seisukohtadega tutvumist nimetaksin teda pigem positivistlike sugemetega loomuõiguslaseks kui vastupidi, kuivõrd, hoolimata sellest, et ta kritiseerib teadlasi, kes positiivse ja loomuõiguse omavahel segi ajavad, avalduvad tema käsitluses selgelt loomuõiguslikud ideed (õiguse lähtumine inimloomusest; seadusandja kui õiguse uurija ja formuleerija, mitte selle looja; õiguse ja õigluse ideed kui kõrgem kriteerium kogu õiguse hindamiseks).

4.1.4. Klausel kui loomuõiguse ja positivismi ühendaja

Teades nüüd Martensi õiguskäsituse põhijooni, muutuvad mõistetavaks ka need klausli osised, mis (positivistlikus) lugejas esmapilgul ebamugavust tekitavad. Humaansusseaduste ja avaliku südametunnistuse idee sobitub probleemideta eelpool esitatud pildile. Mis aga teeb klausli omamoodi ainulaadseks, on fakt, et nimetatud loomuõiguslikud ideed on valatud positivistlikku "vormi" – need sisalduvad rahvusvahelise lepingu sättes. Nõnda saabki öelda, et klausli näol on tegemist positiveeritud loomuõigusega. Selline tavatu kombinatsioon aga ongi peamiseks põhjuseks, mis on tinginud asjaolu, et klauslile on antud väga erinevaid teoreetilisi hinnanguid ja ka kohtupraktikas näeme mitmeid erinevaid lähenemisi, seejuures on keeruline, kui mitte võimatu määrata kindlaks, milline on klausli suhtes valitsev seisukoht.

²⁷⁸ Martens 1904, lk 152.

²⁷⁹ Martens 1904, lk 153.

²⁸⁰ Martens 1921, lk 14.

Tundub, et kõige korrektsem on hinnang, mille kohaselt valitsevat seisukohta ei eksisteeri. Sellist järeldust toetab ka asjaolu, et maailma autoriteetseimate rahvusvahelise õiguse väljendajate – ÜRO rahvusvahelise kohtu kohtunike sulest pärinevad tuumarelvade otsuse eriarvamustes sedavõrd lahknevad hinnangud.

Analüüsitud kohtupraktika, eriti vahetult II maailmasõjale järgnenud kohtuotsused, näitavad ilmekalt raskusi, mis olid tingitud loomuõiguse ja positivismi vastuoludest. Kohtunikud analüüsisid olemasolevaid kodifitseeritud õigusnorme ning püüdsid leida argumentatsioonivõimalusi, näitamaks ka kirja panemata (ent nende hinnangul ometi positiivsete) normide olemasolu. Seda tuli aga teha väga keerukates õiguslikes oludes, kus nii mõnegi olukorra lahendamiseks oli pea võimatu leida selgelt tunnustatud norme. Nii pidid kohtunikud leidma tasakaalu õigluse ja õiguse vahel. Õiglus nõudis üldsust šokeerinud tegude karistamist, õigus nõudis norme, millele tugineda. Leian, et kohtunikud tegid endast oleneva, et jääda positivismi kattevarju alla. Seda näitab ilmekalt see, kuidas on klauslit analüüsitud kohtuotsustes kasutatud. Klausli kasutusotstarve on olnud siiski küllalt konservatiivne. Olukord, kus seniste normide tõlgendus muutub või avardub, on positivistlikust positsioonist kindlasti aktsepteeritavam kui otsustamine ilma ühegi konkreetse ja üheselt mõistetava õigusliku ettekirjutuseta.

Mis puudutab käsitletud teoreetilisi hinnanguid klausli suhtes, siis on minu hüpoteesiks, et üldjuhul tingib klauslile antud hinnangu teadlase õigusfilosoofiline eelistus. Oletan, et positivistliku suuna esindajad näevad klausli rolli minimaalsena, samas kui loomuõiguslikke ideid pooldavate autorite hinnangutes on klauslil jätkuvalt täita oluline ülesanne. Sellesse muustrisse võib mitte sobitada Vladimir Pustogarov, kelle ülivõrdes hinnangud Martensile ja tema klauslile võivad suuresti olla tingitud rahvuslikest põhjustest. Siin esitatud hüpoteesi kinnitamine või kummutamine nõuab aga iseseisvat uurimust ning see väljub käesoleva töö raamidest.

4.2. Klausli funktsioonid täna ja homme

Selleks, et anda hinnanguid klausli võimalikele kasutusvõimalustele praegu ja edaspidi, uurin esmalt põgusalt loomuõiguse ja positivismi tänaseid positsioone ja põhiseisukohti, mille pinnalt saab anda hinnanguid sellele, kas ja mil määral sarnaneb tänane õigusfilosoofiline olukord klausli tekkeajale. Seejuures on hüpoteesiks, et kuigi nende kahe puhul peetakse positivismi valdavamaks, ei ole siiski võimalik loomuõiguslikke ideid täiesti kõrvale jätta.

Kui see osutub tõeks, siis võib sellest ühtlasi järeldada, et üldjuhul klauslil märkimisväärset rolli ei ole, küll aga võib vajadus klausli kasutamise järele kerkida oludes, kus rahvusvaheline kogukond on mõneti kriisis ja olemasolev positiivne õigus ei anna esitatud küsimustele häid vastuseid. Sellises olukorras nõuab õiglustunne siiski lahenduse leidmist ja saabunud on loomuõiguslike ideede tähetund. Siit ka hüpotees, mille kohaselt võiks klauslil olla oma roll n-ö kriisiklauslina.

4.2.1. Loomuõiguse "taassünd" ja moodne positivism

Usk positivismi saab tugeva löögi seoses I ja II maailmasõjaga. Totalitarismi vastukaaluks areneb peamiselt kaks õigusfilosoofilist suunda. Ühelt poolt toimub loomuõiguse taassünd, selle kõrval tekib Ameerika Ühendriikides ka õiguse kui protsessi koolkond.²⁸¹ Nende kõrval säilitab oma koha ka positivistlik õiguskäsitlus, milles toimuvad ajaloolisest kogemusest tulenevad vajalikud kohandused.

Kuigi tänapäeval on nii loomuõiguse kui positivistliku koolkonna raames mitmeid erinevaid teooriaid ja nende omavaheline võrdlemine ilma konkreetsete autorite käsitusi täpsemalt tutvustamata on küllaltki tänamatu ülesanne, on autor siiski võtnud ette üldistamise keerulise teekonna, püüdes alljärgnevalt koondada mõlema koolkonna põhilisi seisukohti tänapäeval.

Nagu juba nimetatud, hakkas loomuõiguslik õiguskäsitlus uuesti pead tõstma sajandi esimese poole sõjakoleeduste järel. Pärast II maailmasõda pöördus üldsuse tähelepanu uue maailmakorra loomisele, milles oli oma kindel koht ka inimõiguste ideel. Inimõiguste esiletõus oli aga konfliktis õiguse üldpõhimõttega, mis tagas kaitse seaduse tagasiulatuva jõu eest. Nende kahe põhimõtte näol toimus loomuõiguslike ja positivistlike ideede kokkupõrge.²⁸² Asjaolu, et puhtalt positivistlik käsitlus ei ole piisav, sai eriti selgeks II maailmasõja järgsetes kohtuprotsessides, mis seadusetähele tuginedes pidanuks tihtipeale konstateerima toimunud koleeduste seaduslikkust. Selline lahendus oli aga selgelt vastuolus kogu toonase (rahvusvahelise) üldsuse õiglustundega ning konflikt oli sedavõrd terav, et seda ei saanud ignoreerida. Nürnbergi protsessides tugines süüdistus edukalt loomuõiguslikele

²⁸¹ Citron, R. D. The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: the Decline of Legal Realism, the Revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory. – Michigan State Law Review, 2006, vol 2006, issue 2, p 387. Edaspidi viidatud kui Citron.

²⁸² Citron, lk 398-399.

põhimõtetele, et tagasiulatuvalt kriminaliseerida käitumist, mis ei olnud kehtinud (rahvusvahelise) õiguse kohaselt ebaseaduslik²⁸³.

Artur Taska kirjutab 20. sajandi I poole kohta: "Paljudele saab selgeks, et rahulikel aegadel saab positiivse õiguse abil kõiki õiguslikke küsimusi korraldada ning lahendada, kuid juhul, kui sotsiaalsed olukorrad kiirelt muutuvad, ei anna positiivne õigus kunagi kõigile küsimustele vastust. Positiivne õigus ei näe kunagi niisuguseid uusi olukordi ette, ning et tulla niisugustel juhtudel ühele mõistlikule ning kandvale lahendusele või otsusele, peab paratamatult positiivsest õigusest mööda minema."²⁸⁴ Brierly rõhutab loomuõigusesse puutuvalt, et meile võõraks jäänud terminoloogia varjus on loomuõiguse näol tegemist millegagi, mida ükski progressiivne õigussüsteem ei saa eales hüljata.²⁸⁵

Moodsale loomuõiguslikule käsitusele on iseloomulik teleoloogiline lähenemine, kusjuures lõplikuks eesmärgiks on õiglane ühiskond²⁸⁶, leitakse, et õigust ei saa ilma moraalseid väärtusi sisse toomata täielikult mõista²⁸⁷. Samas jälle jaatatakse suuresti ka positivismi seisukohti. Näiteks Finnis on leidnud, et traditsiooniline loomuõiguslik lähenemine oleks vägagi hästi võimeline tunnustama ja kinnitama enamikku õiguspositivismi tõekspidamistena nimetatud väiteid.²⁸⁸

Loomuõiguse taassünni kõrval oli jätkuvalt oluline positivistlik õiguskäsitlus, mille peavoolus toimunud muudatused võimaldasid säilitada selle lähenemise autoriteedi.

H. L. A. Harti käsitus tõi kaasa olulise nihke positivismi peavoolus. Nimelt ei käsitletud ta õigust kui ähvardustega tagatud reeglite kogumit, vaid pigem tegevuse põhjuse/põhjendusena (*reason for action*). Selle nihke tagajärjel ei ole sunnijõud enam õiguse olemuslik tunnus.²⁸⁹ Uue mõõtme omandab ka õiguse ja moraali vahekord, andes tulemuseks moraali vahetu normatiivse jõu ja ülimuslikkuse puhta legaalsuse üle.²⁹⁰ Hart ise on seejuures leidnud, et

²⁸³ Citron, lk 401.

²⁸⁴ Taska, lk 42.

²⁸⁵ Brierly, J. L. *The Law of Nations. An Introduction to The International Law of Peace*. 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, p 16.

²⁸⁶ Bix, B. H. *Natural Law Theory: the Modern Tradition*. – Coleman, J., Shapiro, S. (eds). *Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, OUP, 2002, p 76. Edaspidi viidatud kui Bix.

²⁸⁷ Bix, lk 84.

²⁸⁸ Bix, lk 95-96.

²⁸⁹ Orrego, C. *Natural Law under Other Names: De Nobinibus non est disputandum*. – *American Journal of Jurisprudence*, 2007, vol 52, p 78. Edaspidi viidatud kui Orrego.

²⁹⁰ Orrego, lk 80.

traditsioonilise loomuõiguse teooria puhul on vähe, kui üldse seda, millega õiguspositivist ei peaks nõustuma.²⁹¹

Moodsas positivismis (nt Raz) eristatakse kohtupidamise normatiivset teooriat ja kirjeldavat õigusteooriat. Seejuures nõustutakse, et kohtunikul ei ole õiguslikku kohustust igal juhul kehtivat õigust kohaldada ja ta peab silmas pidama eetikast tulenevaid kaalutlusi. Veel üks tänapäevane positivist, Kramer, on leidnud, et üksnes normide õiguslik staatus ei tekita moraalset legitiimsust. Seega tänaste tunnustatud positivistide seisukohtade järgi ei moodusta ebaõiglased normid moraalset siduvat seadust ning on õigusliku kvaliteediga vaid õigussüsteemi kirjeldamisel, kehtivad üksnes positiivses või süsteemisiseses mõttes – nad on sotsiaalne fakt enne konkreetses asjas nende kehtivuse kohta tehtud otsustust.²⁹² Sellega on positivistlik teooria jõudnud sisuliselt loomuõigusest tulenevale seisukohale – et tuleb arvestada ja vajadusel kohaldada ka moraalist tulenevat.

Eelneva pinnalt on leitud, et tänapäeval on küllalt raske tõmmata piiri nimetatud kahe lähenemise vahele. See tuleneb peamiselt sellest, et positivismi enese sees toimuvad diskussioonid moraalnormide rolli osas õiguses ning mõned teooriad püüavad hinnata või seletada õiguse põhjendusi andvaid aspekte.²⁹³

Kokkuvõttes hoiavad teineteise kõrval oma positsioone nii loomuõigus kui positivism, kusjuures mõlemal on oma kindel roll ja eesmärk. Näiteks on viidatud rahvusvahelise õiguse dualistlikule ülesehitusele, milles eksisteerivad nii loomuõiguslikud kui positivistlikud elemendid, kusjuures mõlemal on täita oma roll. Positivistlik lähenemine on oluline, et tagada süsteemi stabiilsus ja sidusus. Loomuõigus jällegi on oluline olukordades, kus positivism ei suuda oma piirangute tõttu lahendit pakkuda. Loomuõiguse rolliks oleks seega kas lünkade täitmine või juhatuse andmine valimaks normitõlgendust, mis soodustab õiglust, mõistlikkust, loogikat ja et välistada tõlgendus, mis on õigluse nõuetega selgelt vastuolus.²⁹⁴

Seega on õigusfilosoofiline areng mõneti jõudnud täpselt sinna, kus Martens omal ajal lõpetas. Võib väita, et tänases rahvusvahelises õiguses ongi mõneti jõutud loomuõiguse ja positivismi ühendamiseni – need kaks suunda ei ole mitte teineteise vastandid, vaid neid võib

²⁹¹ Bix, lk 95.

²⁹² Orrego, lk 85-86, 90-91.

²⁹³ Bix, lk 95.

²⁹⁴ Orakhelashvili, para 33.

näha ka üksteist täiendavana. Sellest lähtuvalt on võimalik hinnata ka klausli rolli tänases õiguses.

4.2.2. Klausli funktsioonid tänapäeva rahvusvahelises õiguses

Leian, et üheks võtmeks klausli tänase positsiooni ja võimalike funktsioonide hindamisel on Artur Taska eristus "rahulike aegade" ja "kiirelt muutuvate sotsiaalsete olude" vahel.

Tavaolukordades, igapäevases õiguspraktikas on määravam klausli positivistlik tõlgendus. Seda eelkõige seetõttu, et "tavalistes" olukordades kehtivad ja annavad lahendusvõimalusi erinevad rahvusvahelised lepingud – on need ju minevikukogemusi silmas pidades loodud selleks, et võimalikult hästi katta humanitaarõiguse valdkonnas ette tulevaid olukordi. Seega tavaolukorras tuleks pigem nõustuda seisukohtadega, mis leiavad, et klausel ei ole iseseisev alus, mille pinnalt langetada õiguslikke otsustusi. Klausli väljund on mujal – humanitaarõiguse arengu jätkuva inspireerijana, olulise abimehena humanitaarõiguse tõlgendamisel. Nõustun siin Beckettiga, kes leiab, et klausel tugevdab loova kohtuniku positsiooni analoogia või põhimõtte pinnalt otsustamisel.²⁹⁵ Siiski on klausli selline kasutamine piiritletud – klausel võib olla abiks ja toeks teiste normide tõlgendamisel/kohaldamisel, kuid ei ole üldjuhul iseseisev otsustamisalus.

Samas leian, et pöördelistel hetkedel, kriisiaegadel ei saa sellest positsioonist enam kinni hoida. Kui vähegi jaatada, et õiguse rakendamise tulemus peab olema õiglane, kui pisutki nõustuda, et inimkonna puhul saab rääkida vähemalt minimaalselt ühisest õigusteadvusest, siis on kriitilistel hetkedel paratamatu loomuõigusest tulenevate võimaluste kasutamine. Siin on heaks illustratsiooniks II maailmasõja järgsed kohtuprotsessid sõjakurjategijate üle – sõja käigus pandi toime selliseid tegusid, milleni riikide mõte varasemate lepingute sõlmimisel jõudnud ei olnud. Puhtalt seadusetähest lähtudes ja tagasiulatuva jõu keeldu silmas pidades tulnuks kohtunikel käsi laiutada ja kohtualused paljudel juhtudel õigeks mõista. Ometi oli tegemist sedavõrd tugeva kriisiga nii ühiskondade kui üksikisikute tasandil, et sellisele legalistlikule lähenemisele seisis vastu nii terve mõistus kui südametunnistus – jah, loomuõiguse tööriistad. Kriis oli sedavõrd terav, et muidu aegunuks peetud loomuõigus tuli taas appi võtta. Arvan, et siin peitub suunis ka tuleviku tarbeks.

²⁹⁵ Beckett, lk 81.

Pustogarov leiab, et ettenägematutes olukordades täidab klausel õigusliku lünga.²⁹⁶ Ometi ei ole ta sellel pikemalt peatunud, ega seleta, mis on need ettenägematud olukorrad või mis võiks olla nende tunnused. Mõneti ma nõustun temaga, kuid leian, et neid ettenägematuid olukordi tuleks vaadata pigem kitsalt.

4.3. Järeldused

Klauslit puudutavaid ebakõlasid selgitab suuresti klausli tekkeaja õigusfilosoofiline taust ning Martensi kui klausli looja arusaam rahvusvahelisest õigusest. Klausli tekkeajaks oli valdavaks õigusfilosoofiliseks lähenemiseks muutunud positivism, toimusid suured kodifikatsioonid, eriti alustades sõjaõigusest, samas ei olnud hääbunud veel ka loomuõiguslikud lähenemised õigusele.

Martensit on sageli peetud positivistiks, kuid tema seisukohti uurides ilmneb, et teda ei ole hõlbus paigutada ei positivistide ridadesse ega loomuõiguslaste leeri. Martens nägi oma ajastut loomuõigusliku ja positivistliku lähenemise sünteesi perioodina ning ka tema enda seisukohtadest võib hõlpsasti leida nii ühe kui teise koolkonna seisukohti. Siiski, olles uurinud Martensi õigusteoreetilisi seisukohti, leian, et – vähemasti käsituses, mida mina uurisin – on loomuõiguslikel ideedel kandvam roll.

Eelnevast tulenevalt on ka klauslil dualistlik olemus – mitmed loomuõiguslikud ideed on valatud positivistlikku vormi. Selline huvitav kooslus selgitab ka mõnetist ebamugavustunnet, mida (suuresti siiski positivistlikus vaimus haritud) lugeja tunda võib. Samuti aitab see selgitada ka klauslit saatvaid ebakõlasid. Nimetatud dualistlikust olemusest lähtudes tuleks hinnata ka klausli rolli tänases rahvusvahelises õiguses – tavaolukorras pigem positivistlikult, kriisisituatsioonis pigem loomuõiguslikult.

²⁹⁶ Pustogarov 1999, lk 134.

Lõppsõna

Käesoleva töö eesmärgiks oli uurida Martensi klausli olemust, tehes seda klausli tekkeloo, klauslit puudutava õigusliku praktika ning teoreetilises kirjanduses antud hinnangute kaudu.

Klausel saab eluõiguse poliitiliselt vägagi pinevas olukorras – 1899. a Haagi I rahukonverentsi II töögrupi riikide selges vastasseisus. Suur- ja väikeriikide huvid vastandusid sedavõrd, et kogu maasõja õiguse ja tavade konventsiooni vastuvõtmiseks tehtud töö ähvardas luhtuda. Selles olukorras tegi Martens ettepaneku klausli lisamiseks, mis võimaldas leida kompromissi ja konventsiooni vastu võtta. Algselt oli klausel siiski pigem diplomaatiline võit kui õiguslikult oluline säte – rahukonverentsi käsitlevates artiklites klauslit ei mainita, ka ei ole 20. sajandi alguse praktikas klauslit mulle teadaolevalt kasutatud. Seega ei olnud klausli algusajad kuigi paljutöötavad.

Oluline muutus toimus seoses II maailmasõja järgsete kohtuprotsessidega sõjakurjategijate üle. Just neis kohtuotsustes on klauslit enim kasutatud – just sisulisest aspektist, nõnda, et klauslil on olnud oma ülesanne, oma koht õiguslikus argumentatsioonis. Klausli ülesandeks neis otsustes oli abistada tõlgendusprotsessi – klausel võimaldas tõlgendada olemasolevaid humanitaarõiguse norme laiemalt ja paindlikumalt kui üksnes konkreetse sätte tekstist lähtudes. Hilisemal perioodil (pärast 1949. aasta Genfi konventsioonide vastuvõtmist) tehtud kohtuotsustes ei kannaks klausel enam nii olulist rolli. Varasema perioodiga sarnaselt on klauslit kasutatud kahes otsuses, ülejäänutes viidatakse klauslile seoses humanitaarõiguse kujunemislooga või tuuakse ta esile kui üks lisatugi juba olemasolevale normile.

Klausli roll oli varasemal perioodil oluline eelkõige seetõttu, et sõjapidamist puudutavaid lepingunorme oli vähe ja paljuski tuli toona toetuda kirja panemata sõjatavadele. Lepingud ei hõlmanud siis veel paljusid olukordi, mis relvakonfliktide käigus esile kerkisid, samuti ei rääkinud tolle aja rahvusvaheline õigus veel midagi individuaalsest kriminaalvastutusest. Klauslit kasutati peamiselt sõjatavade määratlemiseks ja täpsustamiseks. Kui astuda tänapäeva, siis suur osa lünkadest ja vajakajäämistest, mis II maailmasõja käigus esile tulid, on lahendatud 1949. a Genfi konventsioonides ja nende 1977. a lisaprotokollides. Kuivõrd need on laialdaselt ratifitseeritud ja tunnustatud, siis leitakse üksmeelselt, et nende põhisätete näol on tegemist rahvusvahelise tavaõiguse kajastusega, mistõttu on need siduvad ka neile riikidele, kes ei ole konventsioonide osapoolteks. Küllap on nende konventsioonide olemasolu

põhjuseks, miks ei ole klausel hilisemates kohtuotsustes enam nõnda sageli iseseisvat õiguslikku rolli kandnud, vaid on olnud pigem lisaviiteks põhinormide kõrval.

Olulisi viiteid klausli tänase olemuse kohta saab ammutada ÜRO rahvusvahelise kohtu tuumarelvade nõuandvast arvamusest. Arvamuse põhitekstist ja kohtunike esitatud eriarvamustest tuleb selgelt välja, et klausli olemuse ja funktsiooni osas puudub valitsev seisukoht ning erinevad teooriad asetsevad üksteise suhtes pea võrdsetel positsioonidel.

Klauslit on ulatuslikult kasutatud ka riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide positsioonides. Suures plaanis saab needki väited jagada kaheks – esmalt need, kus klausel on lihtsalt ära märgitud või sisse toodud humanitaarõiguse arengu inspiratsiooniallikana ja teiseks need, kus riigi väitel on klauslil täita kindel ülesanne kas üldiselt või mõnes konkreetses käsitletavas situatsioonis. Kui kohtupraktikas on klauslit enim kasutatud just tõlgenduspõhimõttena, siis riigid sellist rolli ei rõhuta. Suurem rõhk klausli eraldiseisval tähendusel on suure tõenäosusega tingitud asjaolust, et oma poliitiliste eesmärkide saavutamiseks püüavad riigid leida ka õiguslikku toetuspinda ning muude asjakohaste normide puudumisel pakub klausel selleks laialdasi võimalusi. Ometi ei saa sellele osale klauslit puudutavast praktikast anda võrdväärset kaalu kohtupraktikaga, kuivõrd seos riigi (päeva)poliitiliste eesmärkidega on oluliselt tugevam ning see võib nii mõnelgi korral üles kaaluda õiguslikud arusaamad. Rahvusvahelised organisatsioonid on oma hinnangutes tihti julged ja paindlikud, kuivõrd nende positsioon rahvusvahelisel areenil võimaldab neil välja tulla seisukohtadega, millel ei pruugi olla edulootust praktikas.

Rahvusvahelise õiguse teadlased on klauslile antud hinnangutes eelnevaga võrreldes veelgi paindlikumad, esitades terve võimaluste spektri, mille ühes otsas on väide, et klausli näol ei ole tegemist millegi muu kui diplomaatilise trikiga või kui sel ka on mingi tähendus olnud, on klausel tänaseks "lõppenud", teises otsas aga leiame väited, nagu oleks klausli näol tegemist suisa *ius cogens* normiga. Mina eelistaksin siiski pigem keskteed, kuivõrd klausli korduv kasutamine kohtupraktikas viitab selgelt tema õiguslikule kvaliteedile, samas kui niigi juba probleemne *ius cogens* kategooria muutuks klausli lisandudes praegusest veelgi ähmasemaks.

Uuritud praktika pinnalt leian, et klauslil on kindlasti oluline roll humanitaarõiguse jätkuva inspireerijana – ja seda rolli võiks nimetada igikestvaks, arvestades pidevaid arenguid sõjatehnoloogias. Klausli teine funktsioon on olla *a contrario* argumentide välistaja. Igapäevases õiguspraktikas vast olulisim on klausli kolmas kasutusvõimalus (selle rolli

olulisust näitab ka analüüsitud kohtupraktika) – klausel on suurepärase abimees humanitaarõiguse alaste normide tõlgendamisel. Selge on see, et ei praegused ega tulevased rahvusvahelised lepingud ei suuda hõlmata kõiki olukordi, mida elu tuua võib. Samas on iga olukorra puhul olemas mingid üldisemad või asjaga kaudsemalt seotud normid, mida saab klausli abil lahendatavale olukorrale kohandada.

Sellega võinuks uurimuse ka lõpetada, ometi jäi silma üks huvitav vastuolu: kui võrrelda klausli rolli praktikas ja klausli kohta teoorias, võib täheldada teatavat lõhet sellele antud teoreetiliste hinnangute ning tegeliku väljundi vahel. Enamik klauslit käsitletud autoreid ei ole sellele tähelepanu pööranud või on teinud seda möödaminnes, mõnes kõrvallauses. Mind hakkas huvitama Rupert Ticehursti väide, mille kohaselt peegeldavad riikide ja kohtunike eriarvamused jätkuvat lõhet loomuõiguse ja positivismi vahel rahvusvahelises õiguses. Selle küsimuse uurimisel keskendusin viimases peatükis klausli kujunemisaja õigusfilosoofilisele taustale ja õigusajaloolisele meetodile.

Minu hüpoteesiks oli väide, mille kohaselt on klauslisse kui "positiiveeritud loomuõigusesse" sellised mitmetitõlgendatavad ja seinast seina hinnangud suuresti sisse kirjutatud.

Viimases peatükis jõudsin tõdemuseni, et klausel on õigusfilosoofia aspektist vaadatuna suuresti "oma aja laps". Võib öelda, et klausli tekkeajal ei olnud ühte selget valitsevat õigusfilosoofilist koolkonda, sest kuigi positivism kindlustas üha enam oma positsioone, oli siiski oma koht ka loomuõiguslikel vaadatel. Martens ise nägi oma aega loomuõiguse ja positivismi sünteesi perioodina. Samas peegelduvad tema vaadetes rahvusvahelise õiguse olemusele minu hinnangul väga tugevalt loomuõiguslikud ideed. Seega nimetaksin Martensit pigem positivistlike sugemetega loomuõiguslaseks kui vastupidi. Selline erinevate voolude süntees avaldub selgelt ka klauslis – positivistlikusse vormi on valatud ka loomuõiguslikke ideid. Ja selles ühenduses tekivad nii klausliga seotud raskused kui avanevad klauslisse peidetud võimalused: klausli üldisus, temasse peidetud õigluse ideed teevad tavaolukorras tema kasutamise keerukaks, ent kriisisituatsioonis on klausel justkui päästerõngas, millele toetuda, et ebaõiglusele – avaliku südametunnistuse käske eiravale – vastu seista. Seega lisaks klausli tõlgenduslikule rollile igapäevases õiguspraktikas, on klauslil ka oma varjatud võimalused, mis tavaolukorras kasutud, ent kriisi ning suurte muutuste korral võivad osutada hädavajalikuks.

The Martens Clause in International Law – a Compromise of Natural Law and Positivism. Summary

The Martens Clause is one of the fundamental principles in international humanitarian law. Its wording though, brings along many questions as to its material and temporal scope, and its value in today's international law. The scholars who have dealt with the clause have reached different, sometimes even contradictory conclusions.

The central question of this thesis is ontological – my interest has been to explore what the Martens clause is. The question is both practical – it can give us guidance as to how to use the clause in today's world – and has a theoretical value as well – I wanted to find an explanation to the inconsistencies that are accompanying the clause.

In order to answer those questions I have firstly examined the birth story and progress of the clause, and also touched upon its substantive elements. In the second chapter I have researched the ways the clause have been used in legal practice: different court cases, state practice and the positions of international organisations. Based on that I have drawn a preliminary conclusion about the essence of the clause.

The third chapter concentrates on doctrine – I have researched the opinions of different international law scholars and in that way supplemented the list of the possible roles of the clause. The variety of possibilities and also the differences between practice and theoretical views motivated me to turn to legal philosophy and ask whether it is possible to find an explanation from there.

The fourth chapter concentrates on the two major theories of legal philosophy – natural law and positivism – their basic views, their place in the works of F. F. Martens and the general legal philosophical conditions of the birth time of the clause. In this chapter I also analyze the hypothesis that the difficulties that accompany the clause stem also from its essence – from the fact that the clause incorporates natural law principles into positivist shape. I suggest that this explanation comes fourth also from the theoretical views of Martens himself. In the end of the fourth chapter I also discuss the possible roles of the clause in today's and tomorrow's international law.

The clause was born in 1899, during the first peace conference in the Hague in a very tense situation. The preparations of the convention with respect to the laws and customs of war on land had come to a dead end – bigger states were not willing to give up their position as to occupation resistance movements, but smaller states did not accept that and the whole work was in danger of failure. Martens tried to find a way out and proposed that a clause should be inserted in the preamble of the convention:

"Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience."

After its creation, the clause did not gain much attention but as the clause has been used later many times in international practice then the question arises whether it has some kind of a legal role to play and what could be its functions in 21st century?

After the Hague convention, the clause has been inserted in many humanitarian law treaties – the Geneva conventions, their additional protocols, in the convention of certain conventional weapons. The wording that has been inspired by the clause can be seen in many other conventions. The clause has not been changed much during the last 100 years – most of the changes have been necessary in order to update the legal terms used.

The material scope of the clause is difficult to define. There are not many controversies as to the first element of the clause – established custom, but the other two have given rise to many discussions. The clause has been said to be one of the most mysterious norms of international humanitarian law.

In order to get closer to the truth about the content and essence of the clause, I analysed international practice related to it. First I analysed court cases in which the clause has been used or referred to. I did this in two periods of time: 1946-1950 and 1986-today. The reason for that it has been claimed that the clause lost its importance after the big humanitarian law codifications of 1949/1977.

All the court cases from the first period are connected to trials of war criminals after II World War. I found 6 cases – in 4 of them the clause really had a legal role to play in the argument of the court, in the other two the clause was just referred to. In all those four cases the clause

was used in the interpretation process in order to give the norms a wider or a different interpretation. There are no cases that have been decided based only on the clause – the role of the clause has been ancillary.

In the second period I found 10 court cases. Mainly those cases are international criminal law cases – from the tribunals of Yugoslavia and Rwanda, there is also one ICJ case and two cases from constitutional courts. If most of the court cases of the first period made substantial use of the clause, the situation is different during the second period. In most of the cases the clause is just referred to as a complementary source, but the decision is made based on other, concrete norms, or the clause just illustrates the development of international humanitarian law. So it can be said that the importance of the clause has diminished during time as there are more and more international treaties that regulate this field. So I can partly agree with the claim that the clause has lost its importance but this conclusion is not absolute, because life can always bring to us situations that have not been foreseen in detail in the legal acts.

The clause has also been used in the ICJ advisory opinion of the threat or use of nuclear weapons. I dealt with this opinion in a separate part because it is an advisory case – it does not bring rights or duties to certain parties. It is an authoritative statement about international law but it is not binding in the strict sense. The court mentioned the clause three times, stating that it is part of customary international law. It does not, though, give the reasons for an inference like this and does not explain what exactly the relevance of the clause in this case is. The clause was also used in the separate and dissenting opinions of the judges. Judge Weeramantry states that the function of the clause is to exclude the possibility of *a contrario* arguments, judge Shahabuddeen finds that the elements of the clause have independent normative force, judge Ranjeva maintains that the clause only performs a residual function. Judge Schwebel states the obvious fact that the clause asserts that the principles of international humanitarian law also apply to nuclear weapons. This case is one of the most problematic in the history of ICJ – it is an advisory case, the court reached a *non liquet* and all the judges wrote a separate/dissenting opinion or a declaration. This shows that the position of the court was not strong and also that there is uncertainty as to the role of the clause.

Next I analysed the role and functions of the clause in the positions of states and international organisations. The states concentrate mostly on two functions of the clause – they see it either as an inspiration, a moral argument or as an individual legal norm. It is interesting that while the most important role of the clause in court practice was concerned with the interpretation

process, the states do not consider it that important. A bigger emphasis on the separate role of the clause is probably due to the fact that when striving towards their political goals, the states try to find legal basis to their claims and the clause offers many possibilities for that.

The pattern of the use of the clause in the documents of international organisations is quite similar – it is referred to as part of the history of international humanitarian law and it is used to reason certain legal conclusions or claimed to have a very precise role to play. The organisations are bold and flexible in their positions – they can also advance ideas that might not be successful in practice. Neither are they constrained by the possible impact to their authority (e.g. compared to ICJ).

In the third chapter I analysed and classified different opinions of international law scholars. The positions of the scholars vary even more than those of the states and international organisations. In the one end is the provocative claim of Antonio Cassese that the clause is nothing more than a diplomatic gimmick, in the other end there is Vladimir Pustogarov who maintains that the clause is a *ius cogens* norm or the claim that the clause has altered the system of the sources of international law. All the other possibilities in-between can also be found in the positions of different scholars. All those different options give an impression that the clause is just like a chameleon – it can be used exactly the way that is necessary in a certain moment.

Comparing the theoretical positions and the ways that the clause has been used in practice we can see that there is a split between them. Rupert Ticehurst has suggested that all those different positions reflect the continuous division between natural law and positivism in the international law. In order to find an explanation to the situation in which the clause can be used in many different and often contradictory ways I concentrated in the last chapter to the legal philosophical background and legal-historical method of the birth period of the clause. My hypothesis is that all those different ways of interpretation and contradictions are part of the essence of the clause as it can be described as natural law ideas in a positivist shape. After analysing this I also try to find parallels with today's international law and discuss the possible roles of the clause today and in the future.

If we look at the birth period of the clause from the perspective of legal philosophy, then we can see that international law had just undergone a great shift from natural law to positivism. Martens himself has been described as a great positivist, as not yet a positivist etc. This shows

that the legal philosophical position of Martens is not clear. I tried to clarify that by looking into his textbook of international law.

Martens divided the history of international law into three periods – natural law period, positivist period and his time that he saw as a synthesis of the latter two. He brings out the shortcomings in the teachings of his contemporary international law scholars but as we look at his own legal theoretical views, we can see that although he supports the positivist school, there are many natural law ideas in his theory. Therefore I conclude that it is not correct to classify him to be part of the positivist school, he is more a natural lawyer with positivist implications.

In this context it is easier to understand also the odd structure of the clause – ideas from natural law are put into positivist shape. This is also the main reason of all the different and contradictory statements about the clause. Also the court practice shows the difficulties that arise from the conflict of positive and natural law.

Next I analysed and tried to generalize the state of positivism and natural law in today's world. The faith in positivism begins to shake after the two world wars and we can speak about the revival of natural law ideas. The trials of war criminals after the II World War show that positivism has its limits and in extreme situations natural law ideas need to be brought in in order to achieve a just solution. If we look at the positions of modern natural law and positivism we can see that they have come closer to each other and there is quite a big intersection. Natural lawyers agree with most of the statements of positivism and the positivist school has also begun to ask questions about the place of ethical ideas in the legal system. So it could be said that the developments of the legal philosophy have in a way come to where Martens was.

I claim that one of the keys to assess the possible functions of the clause is the division between "ordinary times" and "times of big social change". In everyday practice the positivist view of the clause is more decisive. That is so because in "ordinary" situations we have international treaties to bring solutions. Therefore, in a normal situation we cannot see the clause as an individual basis of legal decisions. Its outputs are elsewhere – it inspires the development of international humanitarian law and is helpful in the interpretation process. The function of the clause is different in situations of societal crisis. The court cases after II World War illustrate that well. If application of treaty norms would lead to a situation that is

in sharp contradiction with the legal conscience of humanity, then the tools of natural law have to be made use of. And as to international humanitarian law the Martens clause can step in to bring just solutions.

The clause has a dualist nature – there are both positivist and natural law ideas incorporated in it. This explains the inconsistencies that have followed the clause but this also offers possibilities in situations of big social change. Therefore the role of the clause in today's international law should also be viewed dually – in an ordinary situation from the positivist perspective, in a crisis situation from the natural law.

Kasutatud allikad

Viidatud kirjandus

1. Abi-Saab, G. The Specificities of Humanitarian Law. – Swinarski, C. (ed). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Martinus Nijhoff Publishers 1984, pp 265-280.
2. Alas, A. Professor Martens ja rahvusvahelise õiguse areng. – *Looming*, 2000, nr 2, lk 301-303.
3. Beckett, J. A. Interim Legality: A Mistaken Assumption? – An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law. – *Chinese Journal of International Law*, 2004, Vol 3, Issue 1, pp 43-86.
4. Beres, L. R. The Newly Expanded American Doctrine of Preemption: Can it Include Assassination? – *Denver Journal of International Law and Policy* 2002-2003, Vol 31, pp 157-177.
5. Berhardt, R. *Encyclopedia of public international law*, Vol 3. Amsterdam: Elsevier, 1997.
6. Bix, B. H. *Natural Law Theory: the Modern Tradition*. – *Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, Coleman, J., Shapiro, S. (eds). OUP, 2002, p 61-103.
7. Brierly, J. L. *The Law of Nations. An Introduction to The International Law of Peace*. 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, 442 pp.
8. Cassese, A. The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law. – *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1984, Vol 3, pp 55-118.
9. Cassese, A. The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? – *European Journal of International Law*: Vol 11 (2000), No 1, pp 187-216.
10. Chetail, V. The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law. – *International Review of the Red Cross*, 2003, Vol 85, No 850, pp 235-269.
11. Citron, R. D. The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: the Decline of Legal Realism, the Revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory. – *Michigan State Law Review*, 2006, vol 2006, issue 2, p 385-410.
12. Dupuis, M. D, Heywood, J. Q., Sarko, M. Y. F. The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions – *American University Journal of International Law and Policy*, 1987, Vol 2, Issue 2, pp 415-538.

13. Fleck, D. Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu. *Baltic Defence Review* 2003, Vol 10, No 2, pp 19-25.
14. Grabar, V. *The History of International Law in Russia, 1647-1917: a bibliographical study*. Oxford : Clarendon Press, 1990, 760 pp.
15. Greenwood, C. *Historical Development and Legal Basis*. – Fleck, D. (ed). *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. OUP, 1995, 589 pp.
16. Hall, S. *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism*. – *European Journal of International Law*, 2001, vol 12, No 2, pp 269-307.
17. Holland, T. E. *Frederic de Martens*. – *Journal of the Society of Comparative Legislation: Vol 10 (1909), Part 1*, pp 10-12.
18. Jochnick, C., Normand, R. *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*. – *Harvard International Law Journal*, 1994, Vol 35, No 1, pp 49-95.
19. Jõgi, P. *Õigus ja eetika: teooriad õigusest ja õiglusest 20. sajandi õigusfilosoofias*. Tallinn: Juura, 1997, 224 lk.
20. Kalshoven, F. *The Respective Roles of Custom and Principle in the International Law of Armed Conflict*. – *Acta Societatis Martensis*, 2006, Vol 2, p 48-68.
21. Kelly, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. Clarendon Press – Oxford, 1999, 466 pp.
22. Kennedy, D. *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*. – *Nordic Journal of International Law*, 1996, Vol 65, pp 385-420.
23. Kiviorg, M. jt. *Rahvusvaheline õigus*. Juura, 2004, 191 lk.
24. Koskenniemi, M. *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, Cambridge University Press, 2005, 569 pp.
25. Kross, J. *Professor Martensi ärasõit. Romaan*. Tallinn: Eesti Keele Sihtasutus, 2002, 326 lk.
26. Kross, J. *Veel üks tuntud ja tundmatu eestlane*. – *Vahelugemised IV*. Tallinn, Eesti Raamat 1986, lk 127-130.
27. Lehtsaar, T. *Hingepilk. Kriisiolukordade pastoraalpsühholoogia*. – Tallinn: Logos, 1994, 251 lk.
28. Luts, M. *Sissejuhatus õigusfilosoofiasse*. Juura, 1997, 144 lk.
29. Malanczuk, P. *Akehurst's modern introduction to international law*. London; New York: Routledge, 1997, 449 pp.
30. Martens, F. F. *Sõda ja õigus*. – *Acta Societatis Martensis*, 2006, nr 2, lk 3-25.
31. Martens, F. *International Arbitration and the Peace Conference at the Hague*. – *The North American review*, 1899, Vol 169, Issue 516, pp 604-624.

32. Maxey, E. Development of International Law. – American Law Review: Vol 40 (1906), Issue 2, pp 188-195.
33. McDonald, N., Sullivan, S. Rational Interpretation in Irrational Times: the Third Geneva Convention and the "War on Terror". – Harvard International Law Journal, 2003, Vol 44, pp 301-315.
34. Meron, T. The Geneva Conventions as Customary International Law. – American Journal of International Law, 1987, Vol 81, pp 348-370.
35. Meron, T. The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience. - American Journal of International Law: Vol 94 (2000), Issue 1, pp 78-89.
36. Miyazaki, S. The Martens Clause and international humanitarian law. – Swinarski, C. (ed). Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet. Martinus Nijhoff Publishers 1984, pp 433-444.
37. Morgenthau, H. J. Positivism, Functionalism, and International Law. – American Journal of International Law, 1940, vol 34, issue 2, pp 260-284.
38. Nussbaum, A. Frederic de Martens. Representative Tsarist Writer on International Law. – Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1952, vol 22, pp 51-66.
39. Olmaru, I. Eraomandi puutumatus õigus sõja ajal: loomuõiguslik aspekt ja Friedrich von Martensi käsitlused: magistritöö; juhendaja: P. Järvelaid. Akadeemia Nord, õigusteaduskond, Tallinn, 2004. (Käsikiri Akadeemia Nord raamatukogus).
40. Orakhelashvili, A. Natural Law and Justice, para 12. - Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Available: <http://www.mpepil.com> (10 September 2008).
41. Orrego, C. Natural Law under Other Names: *De Nobinibus non est disputandum*. – American Journal of Jurisprudence, 2007, vol 52, pp 77-92.
42. Piip, A. Rahvusvahelise õiguse süsteem. Tartu: Loodus, 1927. 373 lk.
43. Pustogarov, V. Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) – a humanist of modern times. – International Review of the Red Cross: No 312 (1996), pp 300-314.
44. Pustogarov, V. *Our Martens: F. F. Martens. International Lawyer and Architect of Peace*. Edited and translated from the Russian, with an introduction by W. E. Butler. The Hague; Boston: Kluwer Law International; London: Simmonds & Hill Publishing, 2000, 355 pp.
45. Pustogarov, V. The Martens Clause in International Law. – Journal of the History of International Law: Vol 1 (1999), Issue 2, pp 125-135.
46. Roach, K. The Uses and Audiences of Preambles in Legislation. – McGill Law Journal, 2001, Vol 7, pp 129-159.
47. Sandoz, Y. et al (eds). Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. International Committee of the Red Cross, Geneva: Nijhoff, 1987, 1625 pp.

48. Schirks, R. Die Martens'sche Klausel. Rezeption und Rechtsqualität. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002. 197 s.
49. Singh, N., McWhinney, E. Nuclear weapons and contemporary international law, Nijhoff 1989, 611 pp.
50. Sootak, J. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura, 2003, 276 lk.
51. Tammelo, I. Logical Aspects of the Non-Liquet Controversy in International Law. – Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, 1974, Vol I, 5. Band, pp 1-10.
52. Taska, A. Rahvusvaheline õigus, Lund, 1977, 200 lk.
53. Ticehurst, R. The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict. – International Review of the Red Cross, 1997, No 317, pp 125-134.
54. Uibopuu, H.-J. Friedrich von Martens kui õigusteadlane, jurist, poliitik ja humanist: tema tähtsus tänapäeva rahvusvahelises õiguses ja rahvusvahelistes suhetes. – Acta Societatis Martensis, 2006, nr 2, lk 26-47.
55. Wacks, R. Understanding jurisprudence. An Introduction to Legal Theory. OUP, 2005, 370 pp.
56. Weil, P. "The Court Cannot Conclude Definitively ..." *Non Liquet* Revisited. Columbia Journal of Transnational Law, 1998, Vol 36, pp 109-119.
57. Värk, R. Sissejuhatus rahvusvahelisse õigusesse. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2005, 286 lk.
58. Мартенс, Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов (по изданию 1904 г.), том I. Издательство "Юридический колледж МГУ", 1996, стр.
59. Пустогаров, В. В. "... С пальмовой ветвью мира": Ф. Ф. Мартенс – юрист, дипломат, публицист. Москва: Международные отношения, 1993, 286 стр.

Viidatud normatiivmaterjal

60. (12. augusti 1949) Genfi konventsioonide 8. juuni 1977 (I) lisaprotokoll rahvusvaheliste relvakonfliktide ohvrite kaitse kohta, mitteametlik tõlge, RTII 1999, 21, 121.
61. (12. augusti 1949) Genfi konventsioonide 8. juuni 1977 (II) lisaprotokoll siseriiklike relvakonfliktide ohvrite kaitse kohta, mitteametlik tõlge, RTII 1999, 21, 122
62. Bakterioloogiliste (bioloogiliste) ja toksiinrelvade täiustamist, tootmist ja varumist keelustav ning nende hävitamist nõudev konventsioon, mitteametlik tõlge, RTII 1993, 15, 19.

63. Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/150> (11 December 2008).
64. Convention relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 27 July 1929. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/305> (16 December 2008).
65. Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868. Introduction. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/130> (11. December 2008).
66. Genfi (I) konventsioon haavatud ja haigete sõjaväelaste olukorra parandamise kohta maismaal, 12. august 1949, RTII 1999, 17, 107.
67. Genfi (II) konventsioon haavatud, haigete ja merehädas sõjaväelaste olukorra parandamise kohta merel, 12. august 1949, RTII 1999, 18, 116.
68. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon, 4. november 1950, RTII 1996, 11/12, 34.
69. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). Introduction. 24 April 1863. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/110> (16 December 2008).
70. Jalaväemiinide kasutamist, varumist, tootmist ja üleandmist keelustav ja nende hävitamist nõudev konventsioon, mitteametlik tõlge, RTII 2004, 9, 32.
71. Rahvusvahelise kriminaalkohtu Rooma statuut, 17. juuli 1998, RTII 2002, 2, 5.
72. Sõjavangide kohtlemise 12. augusti 1949 Genfi (III) konventsioon, RTII 1999, 19, 117.
73. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), art 23, para 1. Available: <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf> (16 December 2008).
74. The Universal Declaration of Human Rights. Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948. Available: <http://www.un.org/Overview/rights.html> (17 December 2008).
75. Tsiviilisikute sõjaaegse kaitse 12. augusti 1949 Genfi (IV) konventsioon, RTII 1999, 20, 120.
76. Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni põhikiri 26. juunist 1945, RTII 1996, 24/25, 95.
77. Ülemäärase kahjustava või purustava toimega tavarelvade kasutamise keelustamise ja piiramise konventsioon ning selle lisaprotokollid, RT II 2000, 8, 44
78. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, art 24 para 1. Available: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf (16 December 2008).

Viidatud kohtupraktika

79. Advisory Opinion no OC-18/03, 17 September 2003, Inter-American Court of Human Rights. Available: http://www.cidh.org/migrantes/seriea_18_ing.doc (10 March 2009).
80. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America. Merits. Judgment of 27 June 1986. – I.C.J. Reports 1986, pp 14-150. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (17 December 2008).
81. Case No C-225/95, Republic of Colombia, Constitutional Court, Constitutional Conformity of Protocol II – Sassóli, M., Bouvier, A. A. (eds). How Does Law Protect in War?, 2nd ed, ICRC 2006, Vol II, pp 2266-2279.
82. East German expropriation case, BVerfG, 2 BvR 955/00 of 10/26/2004. Available: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041026_2bvr095500en.html (17 December 2008).
83. *In re Rauter – Hersch Lauterpacht* (toim). Annual Digest and Reports of Public International Law Cases. Being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals and Military Courts given during the year 1949. London: Butterworth ja Co, 1955, lk 526-548
84. Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia). Judgment, ICJ Reports 1999, pp 1045-1109. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf> (8 April 2009).
85. *Kononov v. Latvia*, application no 36376/04, ECHR judgment of 24 July 2008. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=838477&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (11.12.2008).
86. Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, 8 July 1996. – ICJ Reports 1996, pp 226-267.
87. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p 490-491. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf> (15 December 2008).
88. Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Separate opinion of Judge Ranjeva. – ICJ Reports 1996, p 301. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7511.pdf> (18 December 2008).
89. Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen. – ICJ Reports 1996, p 397. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7519.pdf> (18 December 2008).
90. Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ advisory opinion, 8 July 1996. Dissenting opinion of Vice-President Schwebel. – ICJ Reports 1996, p 311. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7515.pdf> (18 December 2008).
91. *Prosecutor vs Anto Furundžija*. ICTY judgement, 10 December 1998, Case No IT-95-17/1-T, para 137. Available: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf> (17 December 2008).

92. Prosecutor vs Dusko Tadić a/k/a/ “Dule”, ICTY judgement, 7 May 1997, Case No IT-94-1-T, pp 221-222. Available: <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tadtsj70507JT2-e.pdf> (17 December 2008).
93. Prosecutor vs Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura. ICTY decision on joint challenge to jurisdiction, 12 November 2002, Case No IT-01-47-PT. Available: <http://www.un.org/icty/hadzahas/trialc/decision-e/021112.pdf> (17 December 2008).
94. Prosecutor vs Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura. Appeals Chamber. Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility. Separate and partially dissenting opinion of Judge David Hunt, para 40. Available: <http://www.un.org/icty/hadzahas/appeal/decision-e/030716so.htm> (17 December 2008).
95. Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu. ICTR judgment, 2 September 1998, Case No ICTR-96-4-T, para 565-566. Available: <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm> (17 December 2008).
96. Prosecutor vs Milan Martić. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, No IT-95-11-R61. Available: <http://www.un.org/icty/transe11/R61/960308IT.htm> (15 April 2009).
97. Prosecutor vs Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “Pavo”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “Zenga”) (“Čelebići Case”). Judgment of the ICTY Appeals Chamber, 20 February 2001, Case No IT-96-21-A. Available: <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/cel-aj010220.pdf> (17 December 2008).
98. Prosecutor vs Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Jrago Josipovic, Dragan Pasic, Vladir Santic, also known as "Vlado". ICTY judgement, 14 January 2000, Case No IT-95-16-T. Available: <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf> (17 December 2008).
99. Public Prosecutor vs Klinge. – Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, Vol III, London, HMSO, 1948, p 1. Available: <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/klinge.htm> (16 December 2008).
100. S. S. Lotus (France v Turkey), 1927 PCIJ, Ser A, No 10, p 18. Available: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (13 April 2009).
101. Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad). Judgment, ICJ Reports 1994, pp 6-42. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf> (7 April 2009).
102. Trial of Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 Others. Permanent Military Tribunal at Lyon (Concluded 17th July 1947) – Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol VII, London, 1948, p 67ff. Available: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-7.pdf (13 April 2009).

103. United States of America vs Josef Altstoetter. – Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under Control Council Law no. 10: Nuernberg, October 1946 - April 1949, Vol III, pp 3-1236. Available: <http://www.mazal.org/archive/nmt/03/NMT03-C001.htm> (16 December 2008).
104. United States of America vs. Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach, et al (Case 10) – Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law No 10. Vol IX, 1539 pp. Available: <http://www.mazal.org/archive/nmt/09/NMT09-C001.htm> (17 December 2008).

Miscellanea

105. Case information sheet, “Čelebići Camp” (IT-96-21), Mucić et al., 10 pp. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/mucic/cis-mucical.pdf> (17 December 2008).
106. Case information sheet, “Lašva Valley” (IT-95-17/1), Anto Furundžija, 4 pp. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/furundzija/cis-furundzija.pdf> (17 December 2008).
107. Case information sheet, “RSK” (IT-95-11), Milan Martić, 10 pp. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/martic/cis-martic.pdf> (17 December 2008).
108. Case information Sheet, Hadžihasanović & Kubura (IT-01-47), 14 pp. Available: <http://www.un.org/icty/cases-e/cis/hadzihasanovic/cis-hadzihasanovickubura.pdf> (17 December 2008).
109. Case Information Sheet. Kupreškić et al. (IT-95-16). Available: <http://www.un.org/icty/glance/kupreskic.htm> (17 December 2008).
110. Explosive Remnants of War and International Humanitarian Law. Submitted by France. – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17, 11 August 2005. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008).
111. GA Resolution 1653 (XVI), 24 November 1961.
112. GA Resolution 38/75, 15 December 1983.
113. GA Resolution No A/RES/49/75, 9 January 1995.
114. General Assembly Official Records Document No A/54/PV.55, 54th Session: 55th Plenary Meeting, Wednesday, 17 November 1999, New York, statement of Mongolia.
115. General Assembly Official Records, Document No A/C.1/51/PV.6, 51st Session: 1st Committee, 6th Meeting, Thursday, 17 October 1996, New York.

116. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for an Advisory Opinion by the United Nations General Assembly). Statement of the Government of the United Kingdom. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8802.pdf> (17 March 2009).
117. Letter dated 10 July 2001 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General. Document No S/2001/68 11 July 2001.
118. Minimum Humanitarian Standards: Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21: Views and Information Received From States and United Nations Bodies, Document No E/CN.4/1998/87/Add.1, 12 January 1998.
119. Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874. Introduction. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/135> (11 December 2008).
120. Replies to Document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, entitled "International Humanitarian Law and ERW", dated 8 March 2005. Reply from the Argentine Republic – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XI/WG.1/WP.10, 2 August 2005. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008).
121. Republic of Nauru Response to Submissions of Other States. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8794.pdf> (12 March 2009).
122. Request by the United Nations General Assembly for an Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8714.pdf> (19 December 2008).
123. Request by the World Health Organization for an Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons in View of Their Effects on Human Health and the Environment. Further Written Observations Submitted by the Government of Solomon Islands to the International Court of Justice. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8808.pdf> (19 December 2008).
124. Responses to Document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, entitled IHL and ERW, dated 8 March 2005. Response from The Netherlands. – Group of Governmental Experts of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Document CCW/GGE/XII/WG.1/WP.4, 7 November 2005. Available: <http://documents.un.org/> (19 December 2008).
125. San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 12 June 1994. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/560> (19 March 2009).
126. State parties to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on

- Land. The Hague, 18 October 1907. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=195&ps=P> (17 December 2008).
127. Statement by the Government of New-Zealand. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8710.pdf> (16 March 2009).
128. The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights, in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties. Institut de Droit International, Session of Berlin, 1999. Available: http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF (19 March 2009).
129. The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880. Available: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140> (16 December 2008)
130. The Nomination Database for the Nobel Peace Prize, 1901-1955. Available: <http://nobelprize.org/nomination/peace/nomination.php?string=Martens&action=simplerearch&submit.x=11&submit.y=5&submit=submit> (15 April 2009)
131. UN Document No A/49/10(SUPP), 1 September 1994: Report of the International Law Commission on the Work of its 46th Session, 2 May-22 July 1994.
132. UN Document No A/49/342, 29 August 1994: Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of The Former Yugoslavia Since 1991: Note.
133. UN Document No A/51/496, 15 October 1996: Situation of Human Rights in Iraq : Note by the Secretary-General.
134. UN Document No A/61/10, 1 October 2006: Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006).
135. UN Document No A/C.6/61/SR.8 15, 15 November 2006: Summary Record of the 8th Meeting: 6th Committee, Held at Headquarters, New York, on Wednesday, 18 October 2006.
136. UN Document No A/CN.4/419, Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur. Available: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_419.pdf (19 March 2009).
137. UN Document No A/HRC/3/2, 23 November 2006: Report of the Commission of Inquiry on Lebanon Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1.
138. UN Document No E/CN.4/1992/26, 16 January 1992: Report of the Situation of Human Rights in Kuwait Under Iraqi Occupation, prepared by Walter Kalin, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in Accordance with Commission Resolution 1991/67.
139. UN Document No E/CN.4/1998/87, 5 January 1998: Minimum Humanitarian Standards: Analytical Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21.

140. UN Document No E/CN.4/2000/94, 27 December 1999: Fundamental Standards of Humanity: Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission Resolution 1999/65.
141. UN Document No E/CN.4/2004/NGO/176, 10 March 2004: Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in Any Part of the World: Written Statement, Submitted by International Education Development, Inc.
142. UN Document No E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict: Final Report, Submitted by Gay J. McDougall, Special Rapporteur.
143. UN Document No E/CN.4/Sub.2/2000/33, 21 June 2000: The Adverse Consequences of Economic Sancions on the Enjoyment of Human Rights: Working Paper, Prepared by Marc Bossuyt.
144. UN Document No E/CN.4/Sub.2/2002/38, 27 June 2002: Human Rights and Weapons of Mass Destruction, or with Indiscriminate Effect, or of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering: Working Paper, Submitted by Y. K. Y. Yeung Sik Yuen in Accordance with Sub-Commission Resolution 2001/36.
145. UN Document No E/CN.4/Sub.2/2002/39, 30 May 2002: the Question of the Trade, Carrying and Use of Small Arms and Light Weapons in the Context of Human Rights and Humanitarian Norms: Working Paper, Submitted by Barbara Frey in Accordance with Sub-Commission Decision 2001/120.
146. UN Document No E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 June 2005: Working Paper on the Relationship Between Human Rights Law and Interanational Humanitarian Law, by Francoise Hampson and Ibrahim Salama.
147. Verbatim Record No CR 95/22 of public sitting held on Monday 30 October 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), p 39. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/5950.pdf> (12 December 2008).
148. Verbatim Record No CR 95/27 of the Public sitting held on Tuesday 7 November 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/5935.pdf> (10 March 2009).
149. Verbatim Record No CR 95/34 of the Public sitting held on Wednesday 15 November 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in the case in Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion Submitted by the World Health Organization) and in Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request for Advisory Opinion Submitted by the General Assembly of the United Nations), p 78. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/5947.pdf> (17 March 2009).

150. Written Statement of the Government of Japan. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8670.pdf> (16 March 2009).
151. Written Statement and Comments of the Russian Federation on the Issue of the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8796.pdf> (17 March 2009).
152. Written Statement by the Government of Mexico on the Request for an Advisory Opinion Submitted to the International Court of Justice by the Forty-Ninth United Nations General Assembly (Resolution 49/75K). Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/8694.pdf> (10 March 2009).
153. Written Statement of the Government of Malaysia. A Submission to the International Court of Justice on the Legal Status of the Use of Nuclear Weapons. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8786.pdf> (16 March 2009).
154. Written Statement of the Government of Nauru. Memorial in support of the Application by the World Health Organisation for an Advisory Opinion by the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons Under International Law, including the W.H.O. Constitution. Available: <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8792.pdf> (12 December 2008).

Kasutatud lühendid

art	<i>article(s)</i> , artikkel (artiklid)
ed(s)	<i>editor(s)</i> , toimetaja(d)
Fn	<i>footnote</i> , joonealune märkus
HVO	Horvaatia Kaitsenõukogu
ICJ	<i>International Court of Justice</i> , ÜRO rahvusvaheline kohus
ICTY	<i>International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia</i> , Jugoslaavia Rahvusvaheline Sõjakuritegude Tribunal
kd	köide
No	<i>number</i>
p, pp	<i>page, pages</i> , lehekülg, leheküljed
PA	ÜRO peaassamblee
PA-tuumarelvade kohtuasi	Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case
USA	<i>United States of America</i> , Ameerika Ühendriigid
WHO	<i>World Health Organization</i> , Maailma Tervishoiu Organisatsioon
WHO-tuumarelvade kohtuasi	Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts case
Vol	<i>volume</i> , köide
vs	<i>versus</i>
ÜRO	Ühinenud Rahvaste Organisatsioon