



The Role of Customary International Law in Direct Support of Environment in Armed Conflicts

Pooya Hakimi

PhD in Public International Law, Islamic Azad University, Najaf Abad Branch Isfahan, Iran.

Ali Reza Arash Pour *

Associate Professor, Islamic Azad University, Najaf Abad Branch, Isfahan, Iran.

Leila Raisi

Associate Professor, Islamic Azad University, Khorasgan Branch, Isfahan, Iran.

Abstract

Despite the principle of non-use of force and sanction of war in international relations, as well as its use as a legitimate form of self-defense, many people have been killed and severely damaged the environment in this way. Attacks against military targets and civilians in time of war, often impact on the environment and also the development of new weapons such as nuclear weapons, has brought serious threats to the environment. Recent cases, sensitivity and concern for the international community to the environmental damage in the event of armed conflict motivated and drew the attention of lawyers. has on its agenda Given the importance of this issue, the International Law Commission of the United Nations has, the protection of the environment in armed conflict on its agenda, in the light of the development of customary rules to protect their environment. Because in accordance with paragraph 1 of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, one of the sources of international law is international custom, it should be noted that the environment in addition to the contractual provisions is also supported by the unwritten rules of customary international law. Therefore, this study seeks to clarify the role and strategies of customary international law in direct support of the environment in time of armed conflict under review.

Keywords: customary international law, direct support, environment, armed conflicts

Received: 08/September/2021

Accepted: 06/December/2021

eISSN: 2783-4204

ISSN: 2783-3631

نقش حقوق بین‌الملل عرفی در حمایت مستقیم از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه

دانش‌آموخته دکترا حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد،
اصفهان، ایران.

پویا حکیمی

دانشیار بخش حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، اصفهان، ایران.

علیرضا آرش‌پور*

دانشیار بخش حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان، اصفهان، ایران.

لیلا رئیسی

چکیده

علی‌رغم اصل عدم توسل به زور و تحریم جنگ در روابط بین‌الملل، همچنان در شکل مجاز آن مانند توسل به دفاع مشروع، انسان‌های زیادی کشته و از این رهگذر محیط‌زیست به شدت آسیب می‌بیند. حمله در زمان جنگ علیه اهداف نظامی و غیرنظامی، غالباً بر محیط‌زیست تأثیرگذار بوده و از طرفی گسترش سلاح‌های جدید مانند سلاح‌های هسته‌ای، خطرات جدی را برای محیط‌زیست به ارمغان آورده است. موارد اخیر، حساسیت و نگرانی جامعه بین‌المللی را نسبت به وقوع صدمات زیست‌محیطی در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه برانگیخته و ذهن حقوق‌دانان را به خود معطوف داشته است. در حال حاضر نیز با توجه به اهمیت موضوع، کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، بحث حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه را در دستور کار خود قرار داده است تا در پرتو تدوین و توسعه قواعد عرفی به حمایت از محیط‌زیست بپردازد. از آنجا که مطابق بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، یکی از منابع حقوق، عرف بین‌المللی است، باید توجه داشت که محیط‌زیست علاوه بر مقررات قراردادی، توسط قواعد نانوشته حقوق بین‌الملل عرفی نیز مورد حمایت واقع می‌شود. این مقاله درصدد است تا نقش و راهکارهای حقوق بین‌الملل عرفی را در حمایت مستقیم از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه مورد بررسی قرار دهد.

کلیدواژه‌ها: حقوق بین‌الملل عرفی، حمایت مستقیم، محیط‌زیست، مخاصمات مسلحانه

مقدمه

اگرچه چندین تحقیق در ارتباط با حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه انجام شده ولی به صورت مجزا، کاری در خصوص نقش حقوق بین‌الملل عرفی در حمایت مستقیم از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه، انجام نشده است. بهره‌برداری از محیط‌زیست، یک حق بشری بوده که نقش مؤثری در تحقق عدالت و کرامت انسانی داشته و می‌تواند در چارچوب حقوق همبستگی (نسل سوم حقوق بشر) مطرح گردد. لذا باید سازوکارهای حمایتی از محیط‌زیست در فضای مخاصمات وجود داشته باشد. به‌طور کلی، دو دسته از قوانین برای حمایت از محیط‌زیست وجود دارند؛ یکی قوانین بین‌المللی حمایت از محیط‌زیست که چه در زمان صلح و چه در زمان جنگ برای حفظ محیط‌زیست به کار می‌روند و دوم، قوانین مخاصمات مسلحانه که جنبه زیست‌محیطی دارند و کاربردشان در زمان جنگ است. قواعد دسته دوم، اکثراً جنبه عرفی دارند و دولت‌ها باید به آن ملتزم باشند.

بهره‌برداری از محیط‌زیست که پیش‌تر نیز بیان گردید، یک حق بشری است. حراست و حفاظت از آن یک وظیفه عمومی و بین‌المللی اطلاق می‌گردد. امروزه آسیب‌های وارده بر محیط‌زیست بیش از هر زمانی نمایان گشته است. یکی از موارد آسیب‌زا، جرائم زیست‌محیطی است. جرائم آسیب‌زا بر محیط‌زیست، رفتاری است که موجبات ضرر به محیط‌زیست را فراهم می‌آورد (پورهاشمی و همکاران، ۱۳۹۳). در دهه اخیر در عرصه بین‌الملل در خصوص جرائم بین‌الملل دکترین علم حقوق، جام بزرگی و همکاران (۱۳۹۵) در پژوهشی بیان نمودند که جرم را با مفهوم اکوساید مترادف دانسته‌اند. «اکوساید»^۱ به فعالیت‌هایی اطلاق می‌گردد که موجبات آسیب بر محیط‌زیست، اکوسیستم، زمین و انسان را فراهم می‌آورد یا به فعلیت می‌رساند و مانع بهره‌برداری صحیح می‌گردد.

سایرین نیز جرم زیست‌محیطی را رفتاری که با قصد آسیب رساندن و یا آسیب بالقوه به سیستم بیولوژیک یا اکولوژیک انجام می‌گیرد، بیان نموده‌اند.

مفهوم مخاصمات در ادبیات حقوقی، اصطلاحی است که نزاعی میان دو یا چند دولت مطرح شود یا حتی میان دولت با گروه‌های شورشی که بر علیه خودش برخاسته‌اند. پر واضح است که مخاصمات مسلحانه بر محیط‌زیست تأثیرات متنابهی می‌گذارد. البته مخاصمات مسلحانه در دو دسته تقسیم می‌گردد؛ مخاصمات بین‌المللی و مخاصمات غیر بین‌المللی (مشهدی و میردیده، ۱۴۰۰).

درواقع، در مدت‌زمان طولانی، حقوق عرفی رایج‌ترین منبع حقوق بین‌الملل بود. از منظر سیاسی، در بیشتر جوامع ابتدایی که فاقد قوای متمرکز قانون‌گذاری بودند، بسیاری از قواعد، نانوشته باقی ماند. این روزها در سطح بین‌المللی، حقوق عرفی از طریق معاهدات بین‌المللی یا حقوق نوشته، در مقیاس وسیع به‌عنوان نتیجه روابط بین‌المللی و وابستگی متقابل و یک نیاز مشابه برای شفافیت قانونی، سایه افکننده اما هرگز اهمیت خود را از دست نداده است. طبق بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی یا حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان رویه کلی به‌صورت قانون پذیرفته شده است؛ بنابراین، تکرار رفتار و اعمالی یکسان و مشابه در عرصه بین‌الملل را که بر اساس گذشت زمان و تکرار، جنبه الزام پیدا کرده است، عرف می‌نامند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۸). این امر بدان معناست که یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی نیازمند اجرای دو شرط است؛ یک شرط عینی یا مادی و یک شرط ذهنی یا روانی. اولاً این قاعده به‌عنوان یک رویه کلی باید پایدار باشد و ثانیاً این رویه باید به‌صورت قانون پذیرفته شده باشد که معمولاً از آن به‌عنوان اعتقاد حقوقی یاد می‌شود.

لازم به ذکر است که منابع حقوق بین‌الملل، متقابلاً انحصاری نیستند. به همین دلیل، این امکان وجود دارد که مقررات حمایت‌کننده از محیط‌زیست در «کنوانسیون انمود»، پروتکل الحاقی اول، «پروتکل سلاح‌های آتش‌زا» و

«اساسنامه رم»، معادل عرفی داشته باشند. هم‌پوشانی بین حقوق قراردادی و حقوق عرفی، ممکن است از این واقعیت که این مقررات، مثبت هنجارهای از پیش موجود حقوق بین‌الملل عرفی بودند و یا از این واقعیت که آن‌ها به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته‌اند، منتج شوند.

۱- وضعیت عرفی مقررات قراردادی

۱-۱- کنوانسیون ممنوعیت استفاده نظامی و یا هرگونه استفاده خصمانه دیگر از تکنیک‌های تغییردهنده محیط‌زیست (انمود)^۱

۱-۱-۱- حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود

کنوانسیون انمود، غایتی زیست‌محیطی داشته و اهداف خصمانه‌ای را که به روش‌های تغییر محیط‌زیست طبیعی بوده، منع نموده است (فرشچی و همکاران، ۱۳۸۸). بعید به نظر می‌رسد که کنوانسیون انمود، تدوین یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود بوده باشد که استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست را ممنوع کرده است. اولاً، تا اوایل دهه ۱۹۷۰ که احتمال یک ممنوعیت عرفی، غیرمحمتمل شمرده می‌شود، توجه بین‌المللی چندانی به محیط‌زیست نشد. ثانیاً، رویه نشان می‌دهد که فقط تعداد کمی از دولت‌ها تکنیک‌های فرآیند تغییر محیط‌زیست را مطالعه کرده و توسعه داده‌اند. گفته می‌شود که فقط ایالات متحده به‌واقع چنین تکنیک‌هایی را در عمل در طول جنگ ویتنام به کار گرفت و هیچ اتهامی پس از آن توسط کشورهای دیگر مبنی بر اینکه ایالات متحده، حقوق بین‌الملل عمومی را نقض کرده است، مطرح نشد. ثالثاً، نه پیشنهاد اصلی که توسط اتحاد جماهیر شوروی سابق اظهار شد^۲ و مقدمتاً یک پیشنهاد خلع سلاح بود و نه خود انمود، در هیچ شکلی اشاره نکردند که این معاهده، تدوین حقوق عرفی از پیش موجود بود. همچنین، عدم وجود ممنوعیت عرفی از پیش موجود، توسط انگلستان در سال ۱۹۹۵ در نزد دیوان بین‌المللی دادگستری، ادعا و در ادبیات حقوقی تأیید شد. انگلستان در یکی از بیانیه‌های کتبی خود اظهار داشت، مطالب مقدماتی انمود نشان می‌دهد که انمود با معنای جدیدی از جنگ سر و کار دارد^۳.

۲- توسعه عرفی

علاوه بر این، مشخص نیست که آیا ممنوعیت استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست، ضمناً به یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته است یا نه؛ هرچند قابل استدلال است که ممنوعیت استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست علی‌رغم شرط کنوانسیون مبنی بر الزام‌آور بودن بین طرفین معاهده، دارای مشخصه ایجاد هنجار اساسی است. اگرچه این رویه به شکل قابل بحثی، گسترده و کلی است، علی‌رغم تعداد متوسطی از دولت‌های طرف معاهده، این تردید وجود دارد که آیا این رویه عمومی امتناع، ناشی از یک حس تعهد است یا نه. این احتمال وجود دارد که بیشتر، دلایل عمل‌گرایانه داشته باشد. اکثریت دولت‌ها، یا توانایی‌های تکنولوژیکی برای توسعه این سلاح‌ها را ندارند و یا علاقه‌مند به توسعه آن‌ها نیستند چراکه به نظر نمی‌رسد اجرای آن‌ها در طول محاصرات مسلحانه، عملی باشند. باین‌حال، دیدگاه «کمیته بین‌المللی صلیب سرخ»^۴ تا آنجا که به وضعیت عرفی کنوانسیون انمود مربوط می‌شود، مبهم است. از یک طرف، از مطالعه خود در سال ۲۰۰۵ در مورد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی عرفی نتیجه می‌گیرد که معلوم نیست آیا مقررات کنوانسیون انمود به قواعد عرفی حقوق بین‌الملل توسعه یافته‌اند یا نه و از سوی دیگر، در قاعده عرفی ۴۵ بیان می‌کند

1. Convention ENMOD.

2. (Joint Declaration by The United States of America and the Soviet Union, 1974).

3. Written statement of the government of the United Kingdom 1995 (GA), p.56 ,para.3.76, Through: <http://www.icj-cij.org>.

4. International Committee of the Red Cross (ICRC).

که تخریب محیط‌زیست طبیعی ممکن نیست به‌عنوان یک سلاح استفاده شود. اگرچه قاعده ۴۵ به استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست اشاره نمی‌کند اما اشاره به استفاده از محیط‌زیست به‌عنوان یک سلاح جنگی به نظر می‌رسد بیش از این دلالت کند (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005B: 155).

تا قبل از سال ۲۰۰۵، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد ممنوعیت‌های اصلاح محیط‌زیست به دو سند غیر الزام‌آور اما مؤثر استناد می‌کرد؛ اصول راهنما و دستورالعمل‌های نظامی ۱۹۹۳ در مورد حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه و اصول راهنمای ۱۹۹۹ راجع به حقوق مخاصمات مسلحانه برای نیروهای مسلح به نام «درست مبارزه کن». این دستورالعمل‌ها در چارچوب گزارش کلی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به دبیر کل در مورد فعالیت‌های خود راجع به حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه، نهایی شدند. در نهایت، گزارش کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و دستورالعمل‌ها به‌طور کامل در گزارش دبیر کل به مجمع عمومی در مورد حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه در ۲۹ جولای ۱۹۹۳ قرار گرفته و توسط قطعنامه ۴۷/۳۷ مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۲ و به‌طور ضمنی توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴، تأیید شدند.

دستورالعمل‌ها از بیست اصل تشکیل شده که به چهار بخش ملاحظات مقدماتی، اصول کلی حقوق بین‌الملل، قواعد خاص در حمایت از محیط‌زیست و اجرا و انتشار آن‌ها تقسیم می‌شوند. این بخش‌ها از تعهدات حقوقی بین‌المللی موجود و رویه دولتی در مورد حمایت از محیط‌زیست در برابر اثرات مخاصمات مسلحانه گرفته شده‌اند. بر طبق اصل ۱، منابع این تعهدات موجود در پایان دستورالعمل‌ها ذکر شده است و انمود را در بر می‌گیرد. اصل ۱۲ مقرر می‌دارد: استفاده نظامی و یا هرگونه استفاده خصمانه دیگر از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست با اثرات گسترده، طولانی‌مدت یا شدید به‌عنوان ابزاری برای نابودی، صدمه و یا آسیب به هر دولت عضو دیگر، ممنوع است. اصطلاح «تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست» به هر روش برای تغییر (از طریق دست‌کاری عمدی فرایندهای طبیعی) پویایی، ترکیب و یا ساختار زمین از جمله زندگی گیاهان و جانوران یک ناحیه، لیتوسفر، هیدروسفر و اتمسفر و یا فضای بیرونی اشاره می‌کند (Roberts & Guelff, 2000: 609-14).

اصل ۱۲ ترکیبی از ماده دوم انمود و خلاصه ماده‌ی اول است و نشان می‌دهد که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ممنوعیت مذکور در کنوانسیون انمود را به‌عنوان یکی از قواعد حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه در نظر می‌گیرد و دولت‌ها باید آن را در اصول راهنمای نظامی خود بگنجانند. با این حال، با در نظر گرفتن اوضاع و احوال اشاره‌شده فوق، احتمال بیشتری وجود دارد که اصل ۱۲، رویه دولتی را منعکس نکند بلکه فقط قصد ترغیب آن را داشته باشد.

اصول راهنمای نظامی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۹۹ توسط «راجرز»^۱ و «مالهرب»^۲ نوشته و در سال ۱۹۹۹، درست پنجاه سال پس از امضاء «کنوانسیون‌های ژنو»^۳، به‌منظور کمک به دولت‌های عضو در ایفای تعهداتشان به‌موجب کنوانسیون‌های ژنو، جهت انتشار متن کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن‌ها به‌ویژه برای نیروهای مسلح چاپ شد. کتابچه راهنما از سه بخش تشکیل شده است؛ بخش اول شامل مدل واقعی قواعد است و با حقوق مخاصمات مسلحانه برای افسر فرمانده سر و کار دارد. قسمت دوم این بخش به بررسی چگونگی ادغام حقوق مخاصمات مسلحانه و ارزیابی موقعیت نظامی پرداخته که شامل یک فصل در مورد محیط نظامی است. پاراگراف ۷۰۲ حقوق حمایت از محیط‌زیست طبیعی از جمله یک مقرر در مورد تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست را خلاصه می‌کند. پاراگراف

1. Rogers.
2. Malherbe.
3. Convention de Genève.

۷۰۲ مقرر می‌دارد: «فرآیندهای طبیعی نباید به‌طور عمدی برای اهداف خصمانه در صورتی که اثرات گسترده، درازمدت یا شدید داشته باشند، دست‌کاری شوند».

ممکن است عادی باشد که بیشتر مفسران در مورد احتمال ممنوعیت عرفی استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست، ساکت باقی بمانند. راجرز صرفاً به نظرات «سواز»^۱ در یک کنفرانس در اتاوا^۲ در سال ۱۹۹۱ اشاره می‌کند؛ ممکن است ارزش داشته باشد بررسی کنیم که آیا شرایط ضروری کنوانسیون، از قبل به حقوق عرفی توسعه یافته‌اند یا نه. تنها گرین^۳، اوتر^۴ و دینستین^۵ در زمان‌های مختلف به این نتیجه رسیدند که کنوانسیون انمود هنوز به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه نیافته است. طبق بیان گرین، نمی‌توان استدلال کرد که انمود هر چیزی را در ماهیت حقوق بین‌الملل عمومی یا جهانی تثبیت کرده است (Green, 1991). اوتر ابراز داشت که «ممنوعیت‌های خاص در برابر جنگ زیست‌محیطی در انمود» احتمالاً هنوز هیچ معادل عرفی ندارد (Oeter, 1995). دینستین می‌نویسد، مشخص بود که تدوین‌کنندگان انمود عقیده داشتند این متن، خلاقانه بوده و هیچ چیز از زمان تصویب آن اتفاق نیفتاده است که نشان دهد وضعیت حقوقی در این زمینه تغییر کرده است (Dinstein, 2004: 181-193).

بنابراین، از نظر عدم قطعیت در مورد وضعیت عرفی انمود، بعید به نظر می‌رسد که ممنوعیت کنوانسیون در استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست، معادل عرفی در حقوق بین‌الملل عمومی داشته باشد.

۱-۲- پروتکل الحاقی اول

۱-۱-۲- حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود

تا آنجا که به مقررات حمایت از محیط‌زیست پروتکل الحاقی اول مربوط می‌شود، یک توافق عمومی وجود دارد که برخلاف بسیاری از دیگر مقررات پروتکل، نه بند ۳ ماده ۳۵ و نه ماده ۵۵، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود را منعکس نمی‌کنند (Solf, 1986:134). به غیر از این واقعیت که نگرانی‌های بین‌المللی برای محیط‌زیست به‌طور کلی از اوایل دهه ۱۹۷۰ سرچشمه گرفتند و جدا از این واقعیت که تا قبل از ۱۹۷۷، کنوانسیون‌های حقوق جنگ در مورد محیط‌زیست ساکت بودند، از تاریخچه قانون‌گذاری پروتکل و مقررات، به نظر می‌رسد که توسط رویه دولت‌ها حمایت و در ادبیات حقوقی تأیید می‌شود.

تاریخچه قانون‌گذاری به سه روش، دلیل و مدرک فراهم می‌کند؛ نخست، اگرچه یک پیشنهاد برای حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی توسط چند کشور اروپای شرقی در کنفرانس کارشناسان دولتی در سال ۱۹۷۲ مطرح شده بود، هیچ‌یک از طرح‌های پیش‌نویس کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال‌های قبل از کنفرانس دیپلماتیک، شرط حمایت از محیط‌زیست را در بر نداشتند، از جمله پیش‌نویس پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو که به‌عنوان اساس بحث در ژنو بود. این واقعیت که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، محیط‌زیست را در طرح‌های پیش‌نویس خود، تمام مواردی که نه تنها برای تأیید مجدد بلکه برای توسعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه هستند، ذکر نکرد (Bothe et al., 1982: 344)، نشانه‌ای قوی است مبنی بر اینکه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را به‌عنوان یک قاعده مجزای حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نگرفت. ثانیاً، طرح‌های پیشنهادی برای حمایت از محیط‌زیست تا قبل از شروع جلسه دوم کنفرانس دیپلماتیک در سال ۱۹۷۵ معرفی نشدند (Levie, 1980: 254) و هیچ‌یک از طرح‌های پیشنهادی، اظهار نکردند که برای تدوین حقوق بین‌الملل

1. Szasz.

2. Ottawa.

3. Green.

4. Oeter.

5. Dinstein.

عرفی از قبل موجود تلاش می‌کردند (Levie, 1980: 257). در مقابل، زمانی که استرالیا اصلاحیه خود را مطرح کرد، اظهار داشت که «تصویب ماده ممکن است شکاف در حقوق بشردوستانه قابل‌اعمال در مخاصمات مسلحانه را به‌خوبی پر کند» (Levie, 1980: 263). هنگامی که مجارستان اصلاحیه مشابه به نمایندگی از دولت‌های حامی را مطرح ساخت، اظهار داشت که «جنگ زیست‌محیطی و تخریب محیط‌زیست از طریق عملیات نظامی متأسفانه در حال حاضر تئوریک نیست بلکه به یک واقعیت در جنگ‌های مدرن تبدیل شده است» (Levie, 1980: 259).

ثالثاً، هیچ‌یک از نظرات دیگر در مورد شروط زیست‌محیطی به حقوق عرفی از قبل موجود اشاره نکردند. اکثر اعلامیه‌ها در ارتباط با بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ به‌سادگی اهمیت حمایت از محیط‌زیست را تصدیق کردند و با بیان مقررات و گنجانیدن شرط حمایت از محیط‌زیست در پروتکل الحاقی اول سر و کار داشتند (Levie, 1980: 259). بنابراین، به خاطر اینکه یک قانون معمولاً به ریشه‌های عرفی دیگر مقررات معاهده مانند بند ۱ و ۲ ماده ۳۵ اشاره می‌کرد، این نتیجه به نظر توجیه‌کننده می‌رسد که هر دو قانون حمایت از محیط‌زیست به‌عنوان توسعه تدریجی حقوق بشردوستانه بین‌المللی در نظر گرفته شوند. این موضوع با اعلامیه‌های ایرلند و جمهوری فدرال آلمان تأیید شد. مورد اول اظهار داشت که تصویب بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، یک رویداد در تاریخ حقوق بشردوستانه بین‌المللی بود (Levie, 1980: 272). دومی با توجه به ماده ۳۵، بندهای ۱ و ۲ را به‌عنوان یک تأیید مجدد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته بود. بند ۳ این ماده، سهم جدید مهمی در حمایت از محیط‌زیست طبیعی در زمان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را به خود اختصاص می‌دهد (Levie, 1980: 279).

علاوه بر تاریخچه قانون‌گذاری بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، شواهد بیشتر برای عدم احتمال هر قاعده عرفی از قبل موجود در این زمینه را می‌توان در رویه دولتی پیدا کرد. نخست، این موضوع از عدم وجود مقررات حمایت از محیط‌زیست در اصول راهنمای نظامی قبل از ۱۹۷۷ ظاهر می‌شود. به‌عنوان مثال، هنگامی که ایالات متحده، اصول راهنمای حقوق جنگ زمینی ۱۹۵۶ را در سال ۱۹۷۶ اصلاح نمود و پیش‌نویس خود را برای نیروی هوایی نوشت، ایالات متحده آمریکا یکی کردن زبان مستقیماً پذیرفته‌شده از پروتکل اول را به‌ویژه در رابطه با حمایت از جمعیت غیرنظامی برگزید. در نتیجه، وضعیت حقوق عرفی این اصول اساسی را به‌وضوح تصدیق کرد (Greenwood, 1991: 102). با این حال، مقررات مربوط به حمایت از محیط‌زیست را شامل نمی‌شد.

ثانیاً، شواهد رویه دولتی را می‌توان در اعلامیه‌ها و نظرات ابرازشده در مقابل دیوان بین‌المللی دادگستری در اواسط دهه ۱۹۹۰ در چارچوب دو نظریه مشورتی در مورد سلاح‌های هسته‌ای یافت. حتی یک دولت هم ادعا نکرد که هر دو مقررات، حقوق عرفی از قبل موجود را مدون کردند. در مقابل، شش دولت به‌صورت صریح و ضمنی، استنادات مخالفی داشتند. انگلستان و ایالات متحده^۱ (WHO, 1994)، به‌صراحت به ویژگی خلاقانه مقررات زیست‌محیطی پروتکل الحاقی اول در اظهارات خود نزد دیوان اشاره داشته و فرانسه نیز در یکی از اعلامیه‌های کتبی خود چنین کرد. مصر در درخواست شفاهی خود ادعا کرد که بند ۳ ماده ۳۵ به‌طور آشکار، نوآورانه بود. مالزی به ماده ۵۵ به‌عنوان نمونه‌ای از توسعه حقوق بشردوستانه بین‌المللی در پروتکل الحاقی اول اشاره کرد. نائورو^۲ نوشت که در حال حاضر، پروتکل اول باید به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی الزام‌آور برای تمام دولت‌ها در نظر گرفته شود؛ یعنی حداقل بخشی از این پروتکل هنوز این ویژگی را در سال ۱۹۷۷ نداشت.

در نهایت، ویژگی نوآورانه بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ که به نظر می‌رسد به‌طور ضمنی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به کار گرفته شده، توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ تصدیق شده است و بیشتر در ادبیات حقوقی تصدیق

1. Written Statement of the Government of the United Kingdom (WHO), Written Statement of the Government of the United States of America of 10 Jun 1994(WHO), Through: <http://www.icj-cij.org>.

2. Nauru.

می‌گردد. اولاً، دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۹۶ در نظریه مشورتی خود در مورد سلاح‌های هسته‌ای اظهار داشت که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول، محدودیت‌هایی قوی برای همه دولت‌هایی که این مقررات را پذیرفتند، ایجاد کرده است؛ به این معنا که دیوان اعتقاد ندارد هر دو مقرره، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از قبل موجود را منعکس می‌کنند. ثانیاً، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، دو بار اعلام کرد که هر دو مقررات جدید بودند. در مطالعه سال ۲۰۰۵ در مورد حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی، خود اظهار داشت که این مقررات به وضوح زمانی که به تصویب رسیدند، جدید بودند (Henckaerts et al. 2005B: 152).

کمیته در تفسیر سال ۱۹۸۷ از پروتکل‌های الحاقی نوشت که بند ۳ ماده ۳۵ کاملاً جدید و بدون هیچ معادلی در کنوانسیون‌های قبلی بوده و در رابطه با ماده ۵۵ یک ویژگی جدید بوده است (Sandoz et al., 1987: 387-662). ثالثاً، ویژگی‌های نوآورانه هر دو مقرره به‌طور کلی در ادبیات حقوقی، مشترک هستند (Roberts, 2000: 62; McNeill, 1993: 81). برخی در تفسیر راهنمای پروتکل‌های الحاقی، متفاوت از تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ معتقدند که ماده ۳۵، مجدداً دو اصل اساسی حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی (بندهای ۱ و ۲) را تأیید و یک اصل جدید را اعلام می‌کند (بند ۳) (Bothe et al., 1982: 193).

در رابطه با ماده ۵۵، این عده معتقدند در حالی که بسیاری از قوانینی که در ارتباط با حمایت از جمعیت غیرنظامی در برابر اثرات مخاصمات هستند، تأکید و تصدیق مجدد حقوق عرفی متداول محسوب می‌شوند اما شامل توسعه قابل توجهی هستند که حقوق موجود از جمله بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ را تغییر می‌دهد (Bothe et al., 1982: 278-9).

۲-۱-۲- توسعه عرفی

در ضمن اینکه بسیار بعید است بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود را تدوین کرده باشند، جای تردید است که آیا رویه بعدی که از نظریات علمای حقوق ناشی می‌شود، منجر به توسعه قاعده عرفی حقوق بین‌الملل، آن‌گونه که در هر دو ماده منعکس شده است، خواهد شد یا خیر. طبق دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری، این موضوع فقط هنگامی می‌تواند فرض شود که مفاد معاهده دارای ویژگی ایجاد هنجار اساسی بوده و از یک رویه گسترده کشورهای غیر عضو ناشی می‌شود که توسط علمای حقوق حمایت می‌گردد (Shaw, 2003, 1-90). اگرچه قرائن زیادی وجود دارد مبنی بر اینکه هر دو ماده به‌طور گسترده مفاد مهم را در نظر گرفته و ممکن است به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یابند اما هنوز این امر محقق نشده است. از آنجا که به نظر می‌رسد شک معقول وجود داشته باشد، صحیح به نظر می‌رسد به اصلی مراجعه کنیم که محدودیت در مورد استقلال دولت‌ها را نمی‌پذیرد.

۲-۱-۲-۱- رویه دولتی و نظریه‌های حقوقی

شواهد بسیار کمی در رابطه با رویه دولتی کشورهای غیر عضو همانند کشورهای عضو این پروتکل وجود دارد. حتی شواهد بسیار کمی بر مبنای نظریه حقوقی وجود دارد. شواهد مربوط به رویه دولتی در این زمینه را می‌توان در رفتار واقعی یا اقدامات فیزیکی و یا به اصطلاح اعمال کلامی مانند اصول راهنمای نظامی و بیانیه‌های عمومی از سوی مقامات رسمی یافت.

تا آنجا که به رفتار واقعی مربوط می‌شود، تنها موارد محدودی وجود دارند که به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ ارجاع داده شده‌اند. نخست، هر دو ماده توسط ایران در خلال جنگ بین ایران و عراق در دهه ۱۹۸۰ میلادی مورد استناد قرار گرفت؛ اگرچه طرف پروتکل الحاقی اول نبود (Greenwood, 1991: 101). ثانیاً، بعد از جنگ خلیج فارس در ۱۹۹۱-۱۹۹۰، زمانی که عراق صدها حلقه چاه نفت در کویت را به آتش کشید و میلیون‌ها بشکه نفت را به خلیج فارس رها

کرد، هر دو ماده مورد استناد واقع شدند اما هر دو اقدام، نقض بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ در نظر گرفته نشدند (Bodansky, 2003: 28). ثالثاً، طرف‌های متخاصم در آغاز جنگ یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۱ و ۱۹۹۲ یادداشت تفاهم‌نامه و یک موافقت‌نامه راجع به اعمال حقوق بشردوستانه بین‌المللی به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ اشاره کردند (Henckaerts et al., 2005A: 879). بوسنی هرزگوین و کرواسی در آن زمان هنوز طرف پروتکل الحاقی اول نبودند. رابعاً، هر دو مقرر در ارتباط با بمباران در طی جنگ کوزوو در سال ۱۹۹۹ و استفاده از اورانیوم ضعیف شده توسط نیروهای هم‌پیمان، شامل دولت‌هایی که طرف این پروتکل نبودند، در طی جنگ خلیج فارس در سال ۱۹۹۱، در کوزوو سال ۱۹۹۹ و همچنین علیه عراق در سال ۲۰۰۳، مطرح شدند. در رابطه با بمباران کوزوو در سال ۱۹۹۹، کمیته ویژه که توسط دادستان دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق تشکیل شد، در سال ۲۰۰۰ به این نتیجه رسید که نقض بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ صورت نگرفته است (ICTY, 2000: 1262).

تعداد وضعیت‌هایی که به این مواد اشاره شده‌اند، اندک بوده و در نتیجه بسیار مشکل مشخص کنیم که هر یک از این مستندات، با مفهوم تعهد قانونی یا نظر حقوقی همراه می‌شوند. علاوه بر این، به دلیل اینکه تعداد مخاصمات مسلحانه بین‌المللی در طی این دوره که توصیف شد، نسبت موارد ذکر شده، زیاد بوده است، بسیار مشکل است که امتناع یا خودداری طرفین غیر عضو را به یک مفهوم تعهد حقوقی ارتباط دهیم.

همچنین، تا آنجا که به اشاره به یک یا هر دو ماده در اصول راهنمای نظامی طرفین غیر عضو و نیز طرفین معاهده مربوط می‌شود، هیچ مدرک قانع‌کننده‌ای را نمی‌توان یافت که قواعد بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسعه یافته باشند. بررسی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی، به اصول راهنمای نظامی نوزده کشور عضو پروتکل الحاقی اول اشاره می‌کند که دربرگیرنده بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ هستند (Henckaerts et al. 2005A: 879-83). این کشورها عبارت‌اند از آرژانتین، استرالیا، بلژیک، چین، کانادا، کلمبیا، فرانسه، آلمان، ایتالیا، کنیا، هلند، نیوزیلند، روسیه، صربستان، اسپانیا، سوئد، سوئیس، توگو و انگلستان (Fleck, 1995: 882; Henckaerts et al., 2005a: 111).

این اعلامیه‌ها تا حد زیادی بی‌ربط هستند. باین حال، از نظر توسعه حقوق عرفی، از آنجا که پانزده دولت از قبل، ملزم به رعایت هر دو تعهد شدند، این تعهدات را وارد اصول راهنمای خود کردند چرا که طرف این پروتکل شده بودند (Henckaerts et al., 2005B: 152) و دو کشور ملزم به رعایت آن‌ها شدند چرا که پروتکل را امضاء کرده بودند. به نظر می‌رسد تنها کنیا و صربستان، مقررات مشابهی را در اصول راهنمای خود قبل از الحاق به پروتکل گنجاینده‌اند (Henckaerts et al., 2005B: 152). علاوه بر این، تعداد آن‌ها برای اثبات ضمنی یک رویه عمومی و گسترده به صورت قانون پذیرفته شده، خیلی محدود است. از آنجا که ایالات متحده فرایند تصویب پروتکل الحاقی اول را در دهه ۱۹۸۰ شروع نکرده بود و به دلیل اینکه امروزه این کشور شاید قوی‌ترین و مهم‌ترین قدرت نظامی در جهان باشد، به بررسی دقیق‌تر اصول راهنمای نظامی ایالات متحده می‌پردازیم. اگرچه رویکرد ایالات متحده در نشریات نظامی خود به سمت حمایت از محیط‌زیست، بدون ابهام نیست اما به نظر می‌رسد تمایل عمومی بر این است که ایالات متحده محتویات بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ را به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نمی‌گیرد. باین حال، این امر بدان معنا نیست که ایالات متحده معتقد است حمایت از محیط‌زیست را در طی مخاصمات مسلحانه تضمین نمی‌کند. این تنها بدین معنا است که استاندارد پروتکل الحاقی اول را به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت نمی‌شناسد.

ایالات متحده آمریکا حتی یک دستورالعمل نظامی برای همه نیروهای مسلح خودش صادر نکرده است؛ هر چند برای تهیه پیش‌نویس چنین دستورالعمل مشترکی، تلاش‌هایی در دست اقدام است که انتظار می‌رود حمایت از محیط‌زیست مدنظر قرار گیرد (Schmitt, 1997: 34). امروزه، تنها مقررات ایالات متحده راجع به جنگ دریایی، به صراحت حمایت

از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه را تا حدودی تجویز کرده است. کتابچه راهنمای فرمانده ایالات متحده در مورد قانون عملیات جنگی سال ۱۹۹۵ نیروی دریایی شامل یک بند صریح در مورد حمایت از محیط‌زیست است اما از زبان مشابه همانند با پروتکل الحاقی اول استفاده نمی‌کند. حمایت از محیط‌زیست در قواعد منعکس‌کننده اصول ضرورت و تناسب، تعبیه شده است. با توجه به بند ۸.۱.۳، آسیب جانبی به محیط‌زیست طبیعی در طول حمله به یک هدف نظامی مشروع، غیرقانونی نیست اما فرمانده، یک تعهد مثبت برای جلوگیری از صدمه‌های غیرضروری به محیط‌زیست دارد تا حدی که انجام این کار در راستای انجام مأموریت باشد. به این منظور و تا آنجا که الزامات نظامی اجازه می‌دهد، روش یا ابزار جنگی باید با توجه به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست طبیعی استفاده شود.

علاوه بر این، تخریب محیط‌زیست طبیعی برای انجام موفقیت‌آمیز مأموریت، ضروری نیست و انجام آن از روی عیاشی و بی‌فکری، ممنوع است (Thomas & Duncan, 1999: 2-8). در نهایت، بند ۸.۶.۲.۳، به بند ۸.۱.۳ برای ملاحظات زیست‌محیطی در چارچوب جنگ زمینی اشاره می‌کند زیرا کتابچه راهنمای فرمانده نیروی دریایی به اصول مربوطه و مفاهیم مشترک کل حقوق مخاصمات مسلحانه نیز توجه دارد (Thomas et al., 1999: 35).

در رابطه با جنگ زمینی و هوایی، مقررات ایالات متحده و اسناد، واضح نیستند. بند ۸.۶.۲.۳ از کتابچه راهنمای فرمانده نیروی دریایی گویا نشان می‌دهد مقررات جاری ایالات متحده در جنگ زمینی شامل ملاحظات زیست‌محیطی است. اصول راهنمای نظامی در مورد جنگ زمینی از سال ۱۹۷۶ به روز نشده است و در مورد حمایت از محیط‌زیست همچنان ساکت است^۱ و نشریات نیروی هوایی نیز مبهم است. از یک طرف، کتابچه راهنمای فرمانده نیروی هوایی در سال ۱۹۸۰ به ملاحظات زیست‌محیطی اشاره می‌کند و از سوی دیگر، نشریه نیروی هوایی سال ۱۹۷۶ به حمایت از محیط‌زیست در زمینه حقوق مخاصمات مسلحانه اشاره نکرده است (Henckaerts et al., 2005A: 882-83).

در ضمن، کتابچه راهنمای حقوق عملیاتی آمریکا (Berger et al., 2004) که برای استفاده توسط قاضی‌ای که از تمام بخش‌های اجرای حقوق عملیاتی حمایت می‌کند، در نظر گرفته شده و به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ استناد می‌کند، بیان می‌دارد که این مقررات به مراتب فراتر از کنوانسیون‌های ژنو و یا قواعد لاهه بوده و به همین دلیل لازم‌الاجرا نیستند^۲. کتابچه راهنمای حقوق جنگ که توسط مرکز حقوق و عملیات نظامی^۳ تدوین شده، به صراحت بیان می‌دارد که ایالات متحده بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ را به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نمی‌گیرد و به‌طور خاص با این مواد مخالف است (Berger et al., 2004).

در کنار رفتار واقعی دولت‌ها و ترکیب قواعد حقوقی با اصول راهنمای نظامی، منبع بالقوه سوم رویه دولت‌ها، بیانیه‌های عمومی مقامات دولتی هستند که در داخل و یا خارج از چارچوب سازمان‌های بین‌المللی بیان می‌شوند. یک مثال در این مورد بیانیه ماتیسن^۴، معاون مشاور حقوقی وزارت کشور ایالات متحده در سال ۱۹۸۷ است. احتمالاً در بیان نظر دولت ایالات متحده، او اظهار داشت که ایالات متحده، حمایت خود را از دو بند اول ماده ۳۵ اعلام می‌دارد اما ما متوجه شدیم که اصل دیگری در ماده ۳۵ وجود دارد که بعداً در پروتکل نیز بیان شد؛ یعنی ممنوعیت روش‌ها و یا ابزارهای جنگی که می‌توانند و یا از آن‌ها انتظار می‌رود موجب آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست شوند، بیش‌ازحد وسیع و مبهم است و بخشی از حقوق عرفی به شمار نمی‌رود (Koppe, 2008: 230).

از دیگر موارد می‌توان به اظهارات شفاهی و کتبی دولت‌ها در دیوان بین‌المللی دادگستری در چارچوب دو نظریه مشورتی در مورد سلاح‌های هسته‌ای به درخواست سازمان بهداشت جهانی و مجمع عمومی اشاره کرد. طبق وب‌سایت

1. (The law of land warfare, Department of the army, Washington, DC, 1956, as changed in 1976, Access from : <http://www.afsc.army.mil>.

2. Access from: <http://www.jagcnet.army.mil>.

3. CLAMO.

4. Matheson.

دیوان بین‌المللی دادگستری، ۴۳ کشور و سازمان بین‌الدولی (سازمان جهانی بهداشت) بیانیه کتبی صادر کردند یا اعلامیه‌های دیگر را تفسیر کردند یا به دیوان دادخواست دادند. ۳۱ دولت، اعلامیه کتبی را در مورد درخواست سازمان بهداشت جهانی تسلیم کردند در حالی که ۹ دولت، اعلامیه تفسیری کتبی را در مورد این اعلامیه‌ها ارائه دادند. ۲۸ دولت، اعلامیه کتبی را در مورد درخواست مجمع عمومی تسلیم کردند در حالی که فقط دو دولت تفسیر کتبی را ارائه دادند و ۲۲ دولت نیز به دیوان در هر دو مورد دادخواست دادند^۱ (WHO, 1994).

همان‌طور که قبلاً ملاحظه گردید، طبق دیدگاه انگلستان، آمریکا و فرانسه، کاملاً مشخص بود مقررات پروتکل راجع به حمایت از محیط‌زیست، توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل را منعکس می‌کند. به نظر می‌رسید که مصر، مالزی و نائورو نظر مساعدی نسبت به این دیدگاه داشته باشند. از میان این دولت‌ها فقط انگلستان، آمریکا و فرانسه در اواسط دهه ۱۹۹۰ همچنان معتقد بودند که این دو ماده، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس نمی‌کنند. این موضوع از اظهارات صریح و مکرر آن‌ها راجع به ویژگی نوآورانه بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ و فقدان مستندات برای رویه‌های بعدی استنباط می‌شود. در مورد کشورهای دیگر، به نظر می‌رسید که فقط قطر به صراحت، امکان توسعه حقوق عرفی را البته تنها با توجه به بند ۳ ماده ۳۵ که مبتنی بر معاهده است، کنار گذاشته است. از سوی دیگر، چهار دولت دیگر حداقل به‌طور ضمنی استدلال کردند که هر دو مقرر به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه داده شده‌اند و یک دولت استدلال کرد که هر دو ماده ممکن است حقوق عرفی را منعکس کنند. به گفته دولت نیوزیلند، این امر می‌تواند توسط دیوان بررسی شود که آیا اجتناب از آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست در طول جنگ را می‌توان به‌عنوان یک قاعده حقوق عرفی در نظر گرفت یا نه. به نظر می‌رسید که چهار دولت عقیده داشتند بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کنند. این چهار دولت عبارت بودند از جزایر سلیمان، مالزی، نائورو و قطر (قطر فقط با توجه به ماده ۵۵). جزایر سلیمان بیان داشت که هرگونه استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ و تعهد عرفی منعکس در آن را نقض می‌کند. مالزی اظهار داشت که معاهدات و اسناد حقوق بین‌الملل عرفی متعددی وجود دارند که استفاده از روش‌ها و یا ابزارهای جنگی که قصد و یا احتمال آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست را دارند، همان‌گونه که در پروتکل اول الحاقی مقرر شده، ممنوع می‌کند.

نائورو^۲ با توجه به مقررات حمایت از محیط‌زیست، اظهار داشت که چون پروتکل اول توسط بیش از ۷۰ دولت در اواسط دهه ۱۹۹۰ تصویب شده بود، در حال حاضر باید به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی که برای تمامی دولت‌ها الزام‌آور است، در نظر گرفته شود. در نهایت، قطر در دیوان اظهار داشت که با توجه به ماده ۵۵ که توسط تمامی دولت‌ها مورد پذیرش واقع شده بود، منعکس‌کننده یک قاعده حقوق عرفی است.

علاوه بر این، اظهار تعدادی از کشورها در دیوان به اینکه حقوق بین‌الملل شامل یک ممنوعیت کلی در مورد بروز آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست است، می‌تواند نشان‌دهنده این موضوع باشد که این دولت‌ها نیز بر این باور هستند که این دو ماده به یک قاعده کلی حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته‌اند. علاوه بر جزایر سلیمان، مالزی و نائورو، که قبلاً بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ را انعکاسی از حقوق عرفی در نظر گرفته بودند، کشورهای هند، ساموآ، زیمبابوه و نیوزیلند نیز چنین کردند.

متأسفانه، برخی از استنادات کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در بررسی خود در سال ۲۰۰۵ در مورد حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی، رضایت‌بخش نیستند (Henckaerts et al., 2005B: 152). مستندات آن، در مورد اعلامیه‌های جزایر سلیمان، نائورو و نیوزیلند ناقص بودند و منابعی که به اعلامیه‌های استرالیا، اکوادور، لسوتو، جزایر مارشال، رواندا،

1. Access from: <http://www.icj-cij.or>.

2. Nauru.

سوئد و اوکراین اشاره داشتند، نامناسب و از لحاظ قانونی نامربوط بودند. استرالیا صرفاً به ناسازگاری سلاح با اثرات بالقوه فاجعه‌آمیز بر محیط‌زیست و جمعیت غیرنظامی که وجدان عمومی نامیده می‌شود، اشاره کرد. اکوادور فقط اظهار داشت که به دلیل اثرات سلاح‌ها بر محیط‌زیست، استفاده از سلاح‌های هسته‌ای برخلاف شروط بشر دوستانه‌ای است که تخریب محیط‌زیست را منع می‌کند. سوئد ترجمه برخی از بخش‌های گزارش سالانه خلع سلاح توسط کمیته دائمی امور خارجه پارلمان خود را ارسال نموده و کمیته به وجود یک اصل اساسی پایدار که در اعلامیه ۱۹۷۲ استکهلم بیان شد، اشاره کرد که این اعلامیه، موانع استفاده از سلاح‌هایی را که باعث آسیب گسترده، بلندمدت و جدی به محیط‌زیست می‌شوند، بیان نمود. لسوتو، جزایر مارشال و رواندا تنها اشاراتی کلی به حقوق بشر دوستانه بین‌المللی و حقوق جنگ داشتند. در نهایت، اوکراین فقط اظهار داشت از نظر اثرات زیست‌محیطی و بهداشت، قانع‌کننده است که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای موجب نقض تعهدات به موجب حقوق بین‌الملل عمومی می‌شود (Henckaerts et al., 2005A: 894). در نتیجه، این بدان معنا است که از یک طرف، از ۴۳ دولت که بر هر دو درخواست اظهار نظر کردند، تنها سه کشور به صراحت اعلام کردند که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، معادل عرفی دارند (جزایر سلیمان، مالزی و نائورو)؛ یک دولت بر این باور بود که تنها ماده ۵۵ به حقوق عرفی توسعه یافته است (قطر) و چهار دولت به طور ضمنی اظهار داشتند که هر دو ماده، معادل عرفی مشترک دارند (هند، ساموآ، زیمبابوه و نیوزیلند) که یکی از آن‌ها به صراحت آن را نزد دیوان جهت تصمیم‌گیری مطرح کرد (نیوزیلند). از طرف دیگر، سه دولت، سرسختانه وجود معادل عرفی این دو ماده را رد کردند (انگلستان، آمریکا و فرانسه). بقیه کشورها در این مورد سکوت اختیار کردند. طرف‌های مخالف به طور قابل ملاحظه‌ای از نظر منافع مستقیم با یکدیگر متفاوت هستند. مخالفان معادل عرفی بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، سه کشور نظامی قدرتمند در جهان هستند که هر کدام به شدت در برابر توسعه قانونی در این زمینه مقاومت و آن را انکار می‌کنند. طرفداران توسعه عرفی، از سوی دیگر، شامل کشورهای جزیره‌ای کوچک در اقیانوس آرام هستند که تعدادی نماینده از دانشمندان و کارشناسان غربی در دیوان داشتند که به خاطر دیدگاه ترقی خواهانه‌شان در حقوق بین‌الملل و ارتباط با جنبش‌های غیردولتی برای لغو سلاح‌های هسته‌ای، شناخته شده هستند. تعداد بسیار محدودی از کشورها حمایت خود را از وجود یک قاعده حقوق عرفی اعلام کردند. مخالفت صریح و روشن از سوی برخی از کشورهای قدرتمند نظامی و سکوت اکثریت قریب به اتفاق کشورها نتیجه مبنی بر این امر را که یکی از این دو ماده و یا هر دو، منجر به هرگونه رویه گسترده پذیرفته شده می‌شوند، توجیه نمی‌کند.

۲-۱-۲-۲- عرف در حال پیدایش

اگرچه نمونه‌های قبلی از رویه دولتی قطعاً این نتیجه را توجیه نمی‌کند که هر دو ماده ۳۵ (۳) و ۵۵ به حقوق عرفی توسعه یافته‌اند اما قطعاً نشانه‌هایی وجود دارد که ممکن است هر دو ماده به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یابند. این نشانه‌ها در وهله اول در مقدمه کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص ۱۰ آوریل ۱۹۸۱، در وهله دوم در بولتن دبیر کل در ۶ آگوست سال ۱۹۹۹، راجع به رعایت حقوق بشر دوستانه بین‌المللی توسط نیروهای ملل متحد، در وهله سوم در پیش‌نویس جرائم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۶ و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۱۹۹۸، در وهله چهارم در دستورالعمل کمیته بین‌المللی صلیب سرخ سال ۱۹۹۳ راجع به اصول راهنمای نظامی و دستورالعمل‌های حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه به طور ضمنی توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ به رسمیت شناخته شد (Roberts & Guelff, 2000: 609-14). همچنین، در وهله پنجم، در کتابچه راهنمای کمیته بین‌المللی صلیب سرخ راجع به حقوق مخاصمات مسلحانه برای نیروهای مسلح سال وجود دارند (Rogers & Malherbe, 1999).

نخست، مقدمه چارچوب کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص، شامل اشاره صریح و روشن جهت حمایت از محیط‌زیست در قالب اصطلاحی مشابه پروتکل الحاقی اول است. در مقدمه پاراگراف ۴، طرفین متعاقد یادآور می‌شوند که به کارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی که آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی ایجاد کرده و یا انتظار می‌رود که چنین آسیبی ایجاد کنند، ممنوع است.

این یک اشاره آشکار به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول است که فقط چهار سال زودتر منعقد شد و نشان می‌دهد که طرفین متعاقد، حمایت از محیط‌زیست در این زمینه را احتمالاً به‌عنوان یک قاعده نوپای حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته‌اند. با این همه، معمولاً مقدمه، منعکس‌کننده هدف و منظور معاهده و به‌طور کلی به‌عنوان یک منبع مفید برای تفسیر متن عملی است. با این حال، به نظر نمی‌رسد که این اشاره، دلالت بر چیزی بیش از نگرانی برای محیط‌زیست و بیان شرایط مطلوب یک هنجار مربوط به حقوق عرفی باشد. نگرانی در مورد این پاراگراف، این بود ممکن است به‌عنوان مدرکی برای یک رویه عمومی پذیرفته‌شده حقوقی توسط طرفین متعاقد مورد سوءاستفاده قرار گیرد؛ کما اینکه فرانسه و ایالات متحده، بیانیه‌های رسمی در مورد این پاراگراف صادر کردند در حالی که هیچ‌کدام از آن‌ها در آن زمان، طرف پروتکل الحاقی اول نبودند. فرانسه در قالب حق شرط هنگام امضاء اظهار داشت:

بند چهارم مقدمه کنوانسیون، مفاد بند ۳ ماده ۳۵ پروتکل الحاقی اول را که فقط توسط کشورهای طرف پروتکل عمل می‌شود، دوباره بیان می‌کند. ایالات متحده، یک اعلامیه را با این مضمون زیر ضمیمه عمل تصویب خود کرد: ایالات متحده آمریکا بیان می‌دارد که پاراگراف چهارم مقدمه کنوانسیون که به مفاد بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول اشاره می‌کند، تنها نسبت به دولت‌هایی که آن دسته از مقررات را پذیرفته‌اند، اعمال می‌شود (Henckaerts et al., 2005A: 878).

در همین حال، فرانسه طرف پروتکل الحاقی اول شد که فقط اعلامیه ایالات متحده را قبول کرده است. ثانیاً، بولتن دبیر کل در ۶ آگوست ۱۹۹۹، در زمینه رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی توسط نیروهای ملل متحد، حاوی یک اشاره روشن اما ضمنی نسبت به ممنوعیت بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول است. بخش ۶.۳ از بولتن که با روش‌ها و ابزارهای جنگی سر و کار دارد، بیان می‌دارد:

نیروی سازمان ملل متحد از به کارگیری روش‌ها و ابزارهای جنگی که به قصد آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی استفاده می‌شوند و یا از آن‌ها انتظار می‌رود که چنین آسیبی ایجاد کنند، جلوگیری می‌کند.

مقدمه بولتن نشان می‌دهد که این امر بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی است، با بیان اینکه دربردارنده اصول اساسی و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی است اما لزوماً به این صورت نیست. طبق نظر برخی صاحب‌نظران، به نظر می‌رسد که از یک طرف، هدف این نبوده که همه قواعد عرفی حقوق بشردوستانه بین‌المللی در بولتن گنجانده شوند در حالی که از سوی دیگر، باید فرض شود که قواعد متعددی در بولتن هستند که اصلاً قواعد حقوق عرفی به شمار نمی‌روند. از منظر محتوای قواعد ماهوی، معتقدند که شامل خلاصه‌ای از قواعد بسیار مهم در زمینه عملیات حفظ صلح است (Zwanenburg, 2004: 183)؛ بنابراین، مشخص نیست که آیا اشاره بولتن در بخش ۶.۳، نشان‌دهنده حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی در نظر دبیر کل و کارشناسان در گیر در تهیه پیش‌نویس بولتن هست یا خیر. در هر صورت، به اندازه کافی پیرامون وضعیت حقوقی بخش ۶.۳ برای حمایت از شواهد ماهیت عرفی مقررات حمایت از محیط‌زیست پروتکل الحاقی اول، شک وجود دارد.

علاوه بر این، بولتن تنها کاربرد داخلی داشته و لزوماً منعکس‌کننده رویه دولتی پذیرفته‌شده حقوقی نیست. بر اساس بخش ۱.۱ (الف) از بولتن دبیر کل در مورد روش‌های انتشار اداری در ۲۸ می ۱۹۹۷، بولتن‌های دبیر کل اسناد اداری

هستند، به شرط اصلاح و فقط برای کارکنان سازمان ملل متحد. بخش ۲.۲ بیان می‌دارد: کارکنان در تمام سطوح باید مسئول رعایت مفاد انتشار اداری مطابق با بولتن حاضر باشند.

از آنجا که بولتن^۱ رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی توسط نیروهای ملل متحد، به نظر نمی‌رسد تحت موضوعاتی قرار بگیرد که نیاز به صدور بولتن دبیر کل داشته باشد، این احتمال وجود دارد که این بولتن در ارتباط با یک تصمیم مهم سیاسی توسط دبیر کل اعلام شده باشد. دستورات اداری از سوی دبیر کل، اسناد فرعی هستند که مقررات حاکم بر کارمندان و به‌نوبه خود، مقررات استخدای را تشریح می‌کنند که حاوی شرایط اساسی خدمت و حقوق اساسی، وظایف و تعهدات دبیرخانه است. برخی نیز در این زمینه به این واقعیت اشاره دارند که بولتن عمدتاً به‌عنوان یک ابزار آموزشی در نظر گرفته شده تا نیروهای عملیات حفظ صلح سازمان ملل متحد را با اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی آشنا کند. این عده، استدلال خود را با مراجعه به بیانیه دبیر کل در سپتامبر سال ۱۹۹۹ بیان می‌کنند که در آن، از بولتن به‌عنوان آموزش نیروهای سازمان ملل متحد در مورد اصول اساسی و قواعد حاکم بر ابزار و شیوه‌های جنگی و حمایت از غیرنظامیان و حمایت از دیگر افراد یاد شده است (Zwanenburg, 2004: 184).

ثالثاً، پیش‌نویس قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل^۲ و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۳ در سال ۱۹۹۸، هر دو قصد جلوگیری از آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست را دارند که با ضرورت نظامی و در نظر گرفتن مسئولیت کیفری فردی برای چنین نتایجی توجیه نمی‌شود. پیش‌نویس قانون در بند ۷ ماده ۲۰ مقرر می‌دارد که هر فرد به‌صورت فردی مسئول ارتکاب جرم علیه صلح و امنیت بشری است؛ زمانی که به شیوه‌ای نظام‌مند و یا در مقیاس بزرگ از ابزارها و روش‌های جنگی استفاده می‌کند که با ضرورت نظامی قابل توجیه نیست و به قصد ایجاد آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی و در نتیجه آسیب شدید به سلامتی و یا بقای مردم و چنین آسیبی رخ می‌دهد. جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده ۸ اساسنامه رم بیان می‌دارد که هر شخص برای ارتکاب یک جنایت جنگی در راه‌اندازی یک حمله با علم به اینکه چنین حمله‌ای باعث آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی خواهد شد و آشکارا نسبت به مجموعه منافع نظامی عینی و مستقیم اقدام نماید، مسئولیت کیفری دارد.

پیش‌نویس اولیه قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۱ ارائه شده است. این پیش‌نویس شامل یک مقرره خاص برای مسئولیت کیفری فردی جهت نقض تعهد مربوط به مرتکب نشدن اعمال شرح داده شده در بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول است. بند ۴ ماده ۲۲ در مورد به‌کارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی بوده که می‌توانند و یا ممکن است انتظار رود باعث آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی شوند که به‌طور استثنائی، به‌عنوان جنایات جنگی شدید هستند. درنهایت، بند ۴ ماده ۲۲ کنار رفته و دوباره در قالب بند ۷ ماده ۲۰ پیش‌نویس نهایی ۱۹۹۶ انشاء شده است.

رجوع به آستانه خسارت مشابه آن‌گونه که در پروتکل الحاقی اول آمده، در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و پیش‌نویس قانون سال ۱۹۹۶ و همچنین، انعکاس دقیق زبان هر دو مقرره در بند ۴ ماده ۲۲ پیش‌نویس قانون سال ۱۹۹۱ نشان می‌دهد که هر دو مقرره مورد قبول هستند و به‌عنوان یک منبع الهام‌بخش با توجه به حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی استفاده می‌شوند. ممکن است این دو مقرره به قواعد حقوق عرفی توسعه یابند درحالی‌که در نظر داشته باشید که اشاره به ضرورت نظامی در هر دو پیش‌نویس قانون و در اساسنامه، انحراف قابل توجهی از هر دو مقرره پروتکل الحاقی اول به حساب می‌آیند. علاوه بر این، طی تدوین بند ۷ ماده ۲۰ پیش‌نویس

۱. گزارش چاپی کوتاه.

2. The International Law Commission.

3. International Criminal Court (ICC).

قانون ۱۹۹۶، توافق کلی در کمیته تدوین کمیسیون حقوق بین‌الملل وجود داشت. در پیشنهاد چنین مقرره‌ای، کمیسیون حقوق بین‌الملل درگیر توسعه تدریجی قانون بود. به همین دلیل، بند آغازین پاراگراف فرعی، برخلاف پاراگراف‌های فرعی قبل از آن، از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی صحبت نکرد. کلمات استفاده‌شده در مورد مخاصمات مسلحانه نشان داد که آن مقرره، حقوق آرمانی بود؛ بنابراین، باید در تفسیر این مواد به‌عنوان ارائه شواهدی مبنی بر ماهیت عرفی بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، بسیار مراقب بود.

رابعاً، دستورالعمل‌های نظامی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه سال ۱۹۹۳ نیز نشان می‌دهد که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ ممکن است در طول زمان به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یابند. اصل ۱۱ دستورالعمل بیان می‌دارد:

در جنگ به منظور حمایت و حفاظت از محیط‌زیست طبیعی باید مراقبت‌های لازم صورت گیرد. به کارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی که می‌توانند یا از آن‌ها انتظار می‌رود که موجب آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی و در نتیجه به خطر افتادن سلامت و یا بقاء مردم شوند، ممنوع است (Roberts et al., 2000: 609-14).

اگرچه در نگاه اول به نظر می‌رسد که متن به صورت تحت‌اللفظی از ماده ۵۵ گرفته شده اما در واقع، ترکیبی از ماده ۵۵ و بند ۳ ماده ۳۵ است. جمله اول از ماده ۵۵ برگرفته شده، اگرچه فعل «حفاظت کردن»، جدید است.

بخش اول از جمله دوم، نقل قول تحت‌اللفظی از بند ۳ ماده ۳۵ بوده و نهایتاً بخش دوم از جمله دوم، بخش‌هایی بند ۱ ماده ۵۵ را منعکس می‌کند. جایگاه اصل یازده میان دیگر اصول، برجسته است و می‌تواند به‌عنوان یک نشانه‌ای تفسیر شود مبنی بر اینکه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، هر دو مقرره را به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نگرفته است.

در وهله اول، این اصل شامل اصول کلی حقوق بین‌الملل در بخش دوم دستورالعمل نمی‌شود. در وهله دوم، اصل ۱۱ در بخش سوم دستورالعمل تحت عنوان قواعد ویژه حمایت از محیط‌زیست وجود دارد. این دستورالعمل به ممنوعیت نابودی محیط‌زیست که با ضرورت نظامی توجیه نشده، اشاره می‌کند. همچنین، ممنوعیت نابودی اهداف غیرنظامی مگر اینکه با ضرورت نظامی توجیه شود و نیز ممنوعیت کارگزاری مین‌های زمینی بدون رعایت اصل تفکیک را مورد توجه قرار داده است.

خامساً، اصول راهنمای نظامی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ ۱۹۹۹، دربرگیرنده یک اشاره خاص به محیط‌زیست است. بند (ز) از پاراگراف ۷۰۲ راجع به حمایت از محیط‌زیست طبیعی بیان می‌دارد: به کارگیری ابزارها و روش‌های جنگی که می‌توانند یا از آن‌ها انتظار می‌رود باعث آسیب گسترده، طولانی‌مدت و شدید به محیط‌زیست شوند و به سلامتی یا بقاء جمعیت آسیب وارد می‌کنند، ممنوع است (Rogers et al., 1999: 37-8).

اگرچه بند (ز) از پاراگراف ۷۰۲ به وضوح به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل اول الحاقی اشاره دارد اما هیچ نشانه‌ای مبنی بر اینکه نویسندگان اصول راهنما ممکن است این هنجار را به‌عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته باشند، وجود ندارد.

۳-۲-۱-۲- مشخصه ایجاد هنجار اساسی

در مجموع، به نظر می‌رسد که هیچ مدرکی مبنی بر وجود رویه گسترده یا اعتقاد حقوقی نسبت به ممنوعیت عرفی استفاده از ابزارها و روش‌های جنگی که می‌توانند و یا انتظار می‌رود باعث ایجاد آسیب گسترده، طولانی‌مدت و شدید به محیط‌زیست شوند، وجود ندارد؛ بنابراین، بعید است که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول از قبل به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته باشند.

به‌علاوه، اگرچه هر دو مقرر، جدید و مسلماً ایجاد‌کننده هنجار بودند اما احتمالاً نباید دارای مشخصه ایجاد هنجار اساسی در نظر گرفته شوند. طبق نظر دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال، برای یک قاعده قراردادی، عبور کردن از بدنه کلی حقوق بین‌الملل، لازم و ضروری است به‌گونه‌ای که همه وقایع بالقوه و مشخصه ایجاد هنجار اساسی را در بر داشته باشد. اگرچه احراز اینکه کدام قواعد، این مشخصه را دارند و کدام قواعد ندارند، دشوار است اما نظر ارگان‌های قضایی بین‌المللی و ارگان‌های حقوقی سازمان‌های بین‌المللی ممکن است در این ارتباط، شاخص باشد. حتی گرچه کمیته ویژه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق که در سال ۱۹۹۹ جهت رسیدگی به بمباران ناتو علیه کوزوو تأسیس شد، بیان داشت که ماده ۵۵ ممکن است حقوق عرفی جاری را منعکس کند (ICTY, 1262: 2000) اما به نظر می‌رسد تعدادی از قطعنامه‌های معتبر مجمع عمومی، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و از همه مهم‌تر، دیوان بین‌المللی دادگستری در دهه ۱۹۹۰، دلالت بر یک مسیر متفاوت دارند.

اولاً که مجمع عمومی در مقدمه قطعنامه خود به شماره ۴۷/۳۷ مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۲ راجع به حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه، اظهار داشت که برخلاف مقررات قابل اجرا در خصوص حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی در مقررات لاهه و کنوانسیون‌های ژنو، مقررات قابل اعمال در پروتکل الحاقی اول، قابلیت اعمال جهانی نداشته و به همین دلیل، ظاهراً ماهیت عرفی ندارند.

ثانیاً، مطالعه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۹۳ که به درخواست دبیر کل، انجام و متعاقباً توسط وی به مجمع عمومی ارائه شد، نتیجه گرفت که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ هنوز به قواعد حقوق عرفی توسعه نیافته‌اند. همچنین، در پاراگراف ۳۴ بیان می‌دارد که دلیل اینکه پروتکل الحاقی اول، همه موارد آسیب به محیط‌زیست را پوشش نداده و همه دولت‌ها طرف آن نیستند، همچنان کنوانسیون‌های قبلی و قواعد عرفی، خیلی مهم باقی می‌مانند. در پاراگراف ۳۸ نیز بیان می‌دارد که اگرچه مقررات حمایت از محیط‌زیست در پروتکل اول الحاقی برای اکثریت دولت‌ها الزام‌آور است اما نسبت به همه آن‌ها اعمال نمی‌شود.

ثالثاً، دیوان بین‌المللی دادگستری^۱ در سال ۱۹۹۶ در زمان بحث راجع به هر دو مقرر در رأی سلاح‌های هسته‌ای، نتیجه مشابهی را ترسیم کرد. بعد از در نظر گرفتن ارتباط حقوقی محیط‌زیست در چارچوب اصول ضرورت و تناسب، دیوان متذکر شد که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵، حمایت بیشتری را برای محیط‌زیست مقرر می‌کنند و محدودیت‌های شدیدی را نیز برای همه دولت‌هایی که به این مقررات متعهد هستند، مقرر کرده^۲ است.

۴-۲-۱-۲- تحلیل حقوق‌دانان

در تحلیل‌های حقوقی، تعداد کمی از نویسندگان راجع به اینکه هر دو مقرر، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کنند، بحث کرده‌اند. با این حال، استدلال آن‌ها معمولاً تردید برانگیز بوده و یا متقاعدکننده نیست. برای مثال، «فن هگلسم»^۳ می‌نویسد که «کالشوون»^۴ اعتقاد دارد بند ۳ ماده ۳۵ یک قاعده حقوق عرفی شده است (Van Hegelsom, 1992: 125) اما به نظر می‌رسد این یک تفسیر غلط از عبارات کالشوون باشد. وی تنها به مشخصه هنجاری و اصولی بند ۳ ماده ۳۵ اشاره کرده بود ولی تأیید داشت که احتمالاً تنها به‌عنوان حقوق قراردادی، قدرت الزام داشته باشد (Kalshoven, 1992: 100).

1. International Court of justice.

2. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 Jul 1996, ICJ Reports 1996, Through: <http://www.icj-cij.org>.

3. Van Hegelsom.

4. Kalshoven.

«گوپتا»^۱ راجع به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ می‌نویسد: «اگرچه بخش‌های دیگر پروتکل به صورت جهانی به‌عنوان بخشی از حقوق عرفی به رسمیت شناخته نشده‌اند اما ترکیب این مقررات با حقوق بین‌الملل عرفی به‌طور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است». باین حال، او هیچ‌گونه شواهدی به‌جز اشاره به دو نویسنده دیگر، ارائه نمی‌دهد (Gupta, 1993: 260).

«ساندز»^۲ معتقد است که تعداد زیادی از دولت‌ها موافق مقررات حمایت از محیط‌زیست در پروتکل الحاقی اول هستند. دیدگاه‌های اظهارشده از سوی آن‌ها ممکن است اکنون یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس کند (Sands, 2003: 314)، بدون اینکه شواهد بیشتری وجود داشته باشد. نهایتاً «هولم»^۳ نتیجه می‌گیرد که پس از تجزیه و تحلیل رویه دولت‌ها، چه قبل از جنگ خلیج و چه بعد از آن، همچنان ارزیابی وضعیت جاری بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل اول الحاقی، کاری سخت است. این مسئله که آیا ممنوعیت آسیب زیست‌محیطی در بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ وضعیت عرفی را محرز کرده است یا نه، مشخص نیست (Hulme, 2004: 108). او تشریح می‌کند که قبل از جنگ خلیج فارس ۱۹۹۱-۱۹۹۰، یافتن رویه دولتی کافی جهت توجیه یک وضعیت عرفی، مشکل بود درحالی که بعد از آن، تعدادی از ارجاعات به حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را می‌توان در تعدادی از اسناد مرتبط بین‌المللی یافت (Hulme, 2004: 104-7).

باین حال، نمونه‌های هولم از این حقیقت رنج می‌برند که اگرچه این ارجاعات، نگرانی برای محیط‌زیست را منعکس می‌کنند اما عبارت‌پردازی آن‌ها جهت توجیهشان به‌عنوان مدرک رویه دولتی قانونی پذیرفته‌شده، تا اندازه‌ای متفاوت از زبان بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ است.

به‌علاوه، «قاضی ویرامانتری»^۴ در نظر مخالف خود در رأی سلاح‌های هسته‌ای نتیجه گرفت که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ از اصول مسلم حقوق بین‌الملل عرفی هستند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز در مطالعه سال ۲۰۰۵ خود راجع به حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی نتیجه می‌گیرد که هر دو مقرر به وضعیتی عرفی دست یافته‌اند.

قاعده ۴۵ در فصل ۱۴ مطالعه راجع به محیط‌زیست طبیعی، استنباط می‌کند: «استفاده از ابزارها یا روش‌های جنگی که می‌توانند و یا از آن‌ها انتظار می‌رود باعث آسیب گسترده، طولانی‌مدت و شدید به محیط‌زیست طبیعی شوند، ممنوع است» (Henckaerts et al., 2005B: 151).

قاعده ۴۵ بر مبنای بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول است. اگرچه هر دو مقرر در ۱۹۷۷، جدید بودند اما طبق نظر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، رویه مهمی نسبت به اثر عرفی این ممنوعیت، پدیدار شده است. این گزارش می‌افزاید: این رویه تا آنجا که به روش‌های جنگی مربوط می‌شود، پذیرش واقعاً گسترده و یک‌شکل است. ماهیت عرفی این قاعده را در بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول نشان می‌دهد. با وجود مدارک و شواهد قابل توجهی که برخلاف آن وجود دارد، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نتیجه می‌گیرد که هر دو مقرر به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته‌اند (Henckaerts et al., 2005B: 152-4).

باین حال، این نگرش که بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ هنوز به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه نیافته‌اند، در بسیاری موارد در نگاه‌ها حمایت می‌شود. برای مثال، «گرین وود» می‌نویسد: «یا رویه کمی وجود دارد یا رویه‌ای مبنی بر اینکه اثر این اصل، عرفی باشد، وجود ندارد. با این وجود، رعایت هسته اصل بند ۳ ماده ۳۵ ممکن است یک هنجار نوظهور حقوق بین‌الملل را به‌خوبی نشان دهد» (Greenwood, 1991: 105).

1. Gupta.

2. Sands.

3. Hulme.

4. Weeramantry.

طبق نظر «بوث»^۱ اینکه آیا بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی را شکل می‌دهند یا نه، تا حدی شبهه‌برانگیز است (Bothe, 1991: 56). گزارش وزارت امور خارجه سوئد در سال ۱۹۹۲ نتیجه می‌گیرد که مواد مربوطه در پروتکل الحاقی اول، قواعد عرفی را در زمان جنگ خلیج، منعکس نکرد (Lijnzaad, 1993: 182). «وروی»^۲ در اظهارنظرهای مختلف که راجع به این موضوع در اوایل دهه ۱۹۹۰ داشته و منتشر هم شده، مدعی است که توافقی کلی مبنی بر اینکه هر دو مقررده هنوز به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه نیافته‌اند، شکل گرفته است.

۲-۲- کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

نهایتاً تا آنجا که به کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص مربوط می‌شود، بعید است ارجاعات به حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه در مقدمه آن و در بند ۴ ماده ۲ پروتکل سلاح‌های آتش‌زا به‌عنوان انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته شود. از منظر تاریخچه قانون‌گذاری کنوانسیون و پروتکل آن، به‌سختی ممکن است بگوییم یا متضمن حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود بوده و یا اینکه در این اثنا، به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته است. از سوی دیگر، بعید نیست جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی را انعکاس دهد.

نتیجه‌گیری

در بین مقررات قراردادی حمایت‌کننده از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه، در خصوص کنوانسیون انمود، به نظر نمی‌رسد که این کنوانسیون، یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود را تدوین نموده باشد چراکه تا اوایل دهه ۱۹۷۰ که احتمال یک ممنوعیت عرفی، غیرمحمتمل شمرده می‌شود، توجه بین‌المللی چندانی به محیط‌زیست نشد و در عمل تعداد کمی از دولت‌ها، تکنیک‌های فرایند تغییر محیط‌زیست را مطالعه کرده و توسعه داده‌اند. به‌علاوه، اینکه آیا مقررات این کنوانسیون به یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، توسعه یافته است یا نه، نامشخص است. حتی دیدگاه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز در این زمینه مبهم است؛ بنابراین، با توجه به عدم قطعیت در مورد وضعیت عرفی کنوانسیون انمود، بعید به نظر می‌رسد ممنوعیت استفاده نظامی از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست، معادل عرفی داشته باشد.

در ارتباط با پروتکل الحاقی اول، باید اذعان داشت که با توجه به تاریخچه قانون‌گذاری این پروتکل و نیز رویه دولت‌ها، احتمال اینکه پروتکل الحاقی اول، حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود را تدوین کرده باشد، بسیار ضعیف است. در چارچوب دو نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد سلاح‌های هسته‌ای، حتی یک دولت نیز اعتقادی به عرفی بودن بند ۳ ماده ۳۵ و بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل الحاقی اول نداشت. حتی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز در مطالعه سال ۲۰۰۵ خود راجع به حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی، اظهار داشت که ماهیت مقررات مذکور، جدید و نوآورانه است. این مسئله که مقررات پروتکل الحاقی اول در زمینه حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته باشند، بسیار بعید به نظر می‌رسد چراکه شواهد بسیار کمی در رویه دولت‌ها و نظریات حقوقی در این زمینه وجود دارد. همچنین، مجمع عمومی سازمان ملل در مقدمه قطعنامه ۴۷/۳۷ راجع به حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه اظهار داشت که مقررات قابل‌اعمال در پروتکل الحاقی اول، قابلیت اعمال جهانی نداشته و ظاهراً ماهیت عرفی ندارند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در آرای مربوط به سلاح‌های هسته‌ای، همین نتیجه را ترسیم نمود. در ارتباط با کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص نیز با توجه به تاریخچه قانون‌گذاری کنوانسیون و پروتکل آن، بعید به نظر می‌رسد دربرگیرنده حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود بوده و یا به قواعد

1. Bothe.

2. Verwey.

حقوق بین‌الملل عرفی، توسعه یافته باشد؛ اما می‌توان گفت که جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کند.

منابع

- پورهاشمی، سیدعباس، نمایان، پیمان و طیبی، سبحان. (۱۳۹۴). جرم‌انگاری تروریسم زیست‌محیطی؛ چالش‌ها، هنجارها، راهبردها، نشریه علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، ۱۷(۱)، ۱۶۷-۱۸۲.
- جام بزرگ، مریم، پورنوری، منصور، پورهاشمی، سیدعباس و هرمیداس باوند، داود. (۱۳۹۸). مؤلفه‌ها و چالش‌های تدوین شاخص‌های جرم زیست‌محیطی تحت عنوان جرم بین‌المللی، نشریه علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، ۲۱(۴)، ۲۵۷-۲۷۸.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۹۸). حقوق بین‌الملل عمومی. تهران: نشر گنج دانش.
- فرشچی، پروین، دبیری، فرهاد، عباسپور، مجید، ناظمی، مهرداد و اتحاد، ملینا. (۱۳۸۸). جایگاه حقوق محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل، فصلنامه انسان و محیط‌زیست، ۷(۳)، ۳-۹.
- مشهدی، علی و میردیده، عاطفه. (۱۴۰۰). حمایت حقوقی از جنگل‌ها در مخاصمات مسلحانه از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه، نشریه علمی تحقیقات حمایت و حفاظت جنگل‌ها و مراتع ایران، ۱۹(۱)، ۱۵۶-۱۶۶.
- Berger, J., Grimes, D. & Jensen, E., (Eds). (2004). Operational law Handbook, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's legal Center and School, Charlottesville. Through: [http:// www. jagcnet. army. mil](http://www.jagcnet.army.mil).
- Bodansky, D. (2003). Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment, Environmental Research of the Federal Ministry of the Environment, *Nature Conservation and Nuclear Safety, Research Report on Behalf of the Federal Environmental Agency, Berlin*. The Federal Environmental Agency.
- Bothe, M. (1991). *The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, Legal Rules*, (Vol. 34), Uncertainty, Deficiencies and the Possible Developments, Cambridge: Published Online by Cambridge University Press.
- Bothe, M., Partsch, K. J. & Solf, W. A. (1982). *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dinstein, Y. (2001). *Protection of the Environment in International Armed Conflict, Max Planck Yearbook of United Nations Law* (Vol.5), 523-550.
- Dinstein, Y. (2004). *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 Jul 1996, ICJ Reports 1996, Through: [http://www. icj- cij. org](http://www.icj-cij.org).
- Fleck, D. (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press.
- Green, L.C. (1991). *The Environment and the Law of Conventional Warfare, The Canadian Yearbook of International Law*, (Vol. 29), 222-237.
- Greenwood, C. (1991). *Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols, in: Humanitarian Law of Armed Conflict, Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gupta, S. (1993). *Iraq's Environmental Warfare in the Persian Gulf, Georgetown International Environmental Law Review*, (Vol. 6).
- Henckaerts, J. M. & Doswald-Beck, L. (2005A). *Customary International Humanitarian Law*, (vol. 1) (Rules), International Committee of the Red Cross, Cambridge: Cambridge University Press.
- Henckaerts, J. M. & Doswald-Beck, L. (2005B). *Customary International Humanitarian Law*, (vol. 2) (Practice), International Committee of The Red Cross, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hulme, K. (2004). *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). (2000). *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, International Legal Materials*, (Vol. 39).
- Joint Declaration by The United States of America and the Soviet Union. (1974). Concerning the Prohibition of Actions to Influence the Environment and Climate for Military and Other Purposes Incompatible with the Maintenance of International Security, Human Welfare, and Health: access: <http://www.sunshine-project.org/enmod/primer.html>.
- Kalshoven, F. (1992). *Prohibitions or Restrictions on the Use of Methods and Means of Warfare*. in: *The Gulf war of 1980-1988*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Koppe, E. (2008). *The Use of Nuclear Weapons and the Protection of Environment During International Armed Conflict, Studies in International law*. UK: Hart Publishing
- Levie, H. S. (1980). *Protection of war Victims: Protocol 1 to the Geneva Conventions*. (Vol. 2), N.Y.: Oceana Publications.
- Levie, H. S. (1980). *Protection of War Victims: Protocol 1 to the Geneva Conventions*. (Vol. 3), N.Y.: Oceana Publications.
- Lijnzaad, T. G. J. (1993). Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: The Iraq-Kuwait war, *Netherlands International Law Review*, 40(2), 169-199.
- Mc Neill, J. H. (1993). *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: Environmental Protection in Military Practice, Hague yearbook of international law*, (vol 6).
- Oeter, S. (1995). *Methods and Means of Combat in: The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, (Vol. 105).
- Roberts, A. & Guelff, R. (2000). *Documents on the Laws of War*. Oxford: Oxford University Press.
- Roberts, A. (2000). *The Law of War and Environmental Damage, in: The Environmental Consequences of War*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rogers, A. P. V. & Malherbe, P. (1999). *Fight it Right, Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
- Rogers, A. P. V. (2004). *Law on the Battlefield*. Manchester: Manchester University Press.
- Sandoz, Y., Swinarski, C. & Zimmerman, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols*, Geneva: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sands, P. (2003). *Principles of International Environmental Law Framework, Standards Implementation*. (Vol. 1), Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt, M. N. (1997). Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict, *Yale Journal of International Law*, 22(1), 1-109.
- Shaw, M. N. (2003). *International law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Solf, W. A. (1986). Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol 1, *American University Journal of International law & policy*, 1(1), 117-135.
- Strand, G. & others (Eds). (2004). *The Military Commander and the Law*, Air Force Judge Advocate General School, Maxwell, Through: <http://milcom.jag.af.mil>.
- Szasz, P. C. (1991). Study of and Proposals for Improvements to Existing Legal Instruments Relating to the Environment and Armed Conflicts, *Conference on the Use of the Environment as a Tool of Conventional Warfare*, Ottawa.
- The law of land Warfare, Department of the Army, Washington DC. (1956). as changed in 1976, Through: <http://www.afsc.army.mil>.
- Thomas, A. R. & Duncan, J. C. (Eds). (1999). *Annotated Supplement to The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, International Law Studies, Naval War College, Newport*, (Vol. 73).
- Van Hegelsom, G. J. F. (1992). *Comments, in: The Gulf War of 1980-1988*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Verwey, W. D. (1996). *Comment: Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, Do We Need Additional Rules?* in: *Protection of the Environment During Armed Conflict, International Law Studies*, (Vol. 69).

Written Statement of the Government of the United Kingdom (WHO). (1994). Written Statement of the Government of the United States of America of 10 Jun 1994 (WHO), Through: <http://www.icj-cij.org>.

Written Statement of the Government of the United Kingdom of 16 Jun 1995(GA), Through: <http://www.icj-cij.org>.

Zwanenburg, M. C. (2004). *Accountability Under International Humanitarian law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*. Doctoral Thesis, Law Department, University of Leiden, EM Meijers Institute.

استناد به این مقاله: آرش پور، علیرضا، حکیمی، پویا و رئیسی، لیلا. (۱۴۰۰). نقش حقوق بین‌الملل عرفی در حمایت مستقیم از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه. فصلنامه تحقیقات نوین میان‌رشته‌ای حقوق، ۱(۲)، ۶۳-۸۳.



Modern Interdisciplinary Research in Law is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.