



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
pooya.hakimi1985@gmail.com

Ali Reza Arash Pour*

Associate Professor, Islamic Azad University, Najaf Abad Branch, Isfahan
rezaarashpour@gmail.com

Leila Raisi

Associate Professor, Islamic Azad University, Khorasgan Branch, Isfahan
raisi.leila@gmail.com

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, still 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. Given the importance of this issue, the International Law Commission of the United Nations has put 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 review the role and strategies of customary international law in direct support of the environment in time of armed conflict.

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

* Corresponding Author: rezaarashpour@gmail.com

نقش حقوق بین الملل عرفی در حمایت مستقیم از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه

دانش آموخته دکترا حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، اصفهان
pooya.hakimi1985@gmail.com

پویا حکیمی

دانشیار بخش حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، اصفهان
rezaarashpour@gmail.com

علیرضا آرش پور*

دانشیار بخش حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان، اصفهان
raisi.leila@gmail.com

لیلا رئیسی

چکیده

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

کلیدواژه‌ها: حقوق بین الملل عرفی، حمایت مستقیم، محیط زیست، مخاصمات مسلحانه.

مقدمه

اگرچه چند تحقیق در ارتباط با حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه انجام شده ولی به صورت مجزا در خصوص نقش حقوق بین‌الملل عرفی در حمایت مستقیم از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه، کار نشده است. بهره برداری از محیط‌زیست، یک حق بشری است و در تحقق عدالت و کرامت انسانی نقش موثری 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. به طور 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 جنبه‌ی زیست محیطی دارند و کاربردشان در زمان جنگ است. قواعد دسته دوم، اکثراً جنبه‌ی عرفی دارند و دولت‌ها باید به آن ملتزم باشند.

بهره برداری از محیط‌زیست که پیش‌تر نیز بیان گردید یک حق بشری است. حراست و حفاظت از آن یک وظیفه‌ی عمومی و بین‌المللی اطلاق می‌گردد. امروزه آسیب‌های بر محیط‌زیست بیش از هر زمانی نمایان گشته است و یکی از موارد آسیب‌زا جرایم زیست محیطی است؛ جرایم آسیب‌زا بر محیط‌زیست، رفتاری است که موجبات ضرر به محیط‌زیست را فراهم می‌آورد (پورهاشمی، نامیان و طیبی، ۱۳۹۳). دهه‌ی اخیر در عرصه بین‌الملل در خصوص جرائم بین‌الملل دکترین علم حقوق، جام بزرگی و همکاران (۱۳۹۵) در پژوهشی بیان نمودند آنان 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 بهره برداری صحیح می‌گردد.

سایرین نیز جرم زیست محیطی 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 گردد یا حتی میان دولت با گروه‌های شورشی که بر علیه‌ی خودش بر خواسته‌اند. پر واضح است که مخاصمات مسلحانه بر محیط‌زیست تأثیرات متناهی می‌گذارد. البته مخاصمات مسلحانه در دو دسته تقسیم می‌گردد؛ مخاصمات بین‌المللی و مخاصمات غیر بین‌المللی (مشهدی و میردیده، ۱۴۰۰).

در واقع، در یک مدت زمان 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 ماندند. این روزها در سطح بین‌المللی، حقوق عرفی از طریق معاهدات بین‌المللی یا حقوق نوشته، در مقیاس وسیع به عنوان نتیجه‌ی روابط بین‌المللی و وابستگی متقابل و یک نیاز مشابه برای شفافیت قانونی، سایه افکنده است، اما هرگز اهمیت خود را از دست نداده است. بر طبق بند ۱ ماده‌ی ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، عرف بین‌المللی یا حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان

1. Ecocide.

رویه‌ی کلی به صورت قانون پذیرفته شده است. بنابراین تکرار رفتار و اعمالی یکسان و مشابه در عرصه‌ی بین‌الملل که بر اساس گذشت زمان و تکرار، جنبه‌ی الزام پیدا کرده است عرف می‌نامند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۸). این بدان معناست که یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی نیازمند اجرای دو شرط است: یک شرط عینی یا مادی و یک شرط ذهنی یا روانی. اولاً این قاعده به عنوان یک رویه‌ی کلی باید پایدار باشد و ثانیاً این رویه باید به صورت قانون پذیرفته شده باشد که معمولاً از آن به عنوان اعتقاد حقوقی یاد می‌شود.

لازم به ذکر است، منابع حقوق بین‌الملل، متقابلاً انحصاری نیستند و به همین دلیل، این امکان وجود دارد که مقررات حمایت‌کننده از محیط‌زیست در «کنوانسیون انمود»، پروتکل الحاقی اول، «پروتکل سلاح‌های آتش‌زا» و «اساسنامه‌ی 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 تغییر دهنده محیط‌زیست (انمود)^۱

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

کنوانسیون انمود غایتی زیست محیطی داشته و اهداف خصمانه‌ای که، به روش‌های تغییر محیط‌زیست طبیعی می‌باشد را منع نموده است (فرشچی و همکاران، ۱۳۸۸). بعید به نظر می‌رسد که کنوانسیون انمود، تدوین یک قاعده‌ی 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، غیر محتمل شمرده می‌شود، به محیط‌زیست، توجه بین‌المللی چندانی 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 به واقع 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.

که مقدماً 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 تایید شد. انگلستان در یکی از بیانیه‌های کتبی خود، اظهار داشت که مطالب مقدماتی انمود نشان می‌دهد که انمود با معنای جدیدی از جنگ سر و کار دارد^۳.

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>.

۲- توسعه‌ی عرفی

علاوه بر این مشخص نیست که آیا ممنوعیت استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط زیست ضمناً به یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته است یا نه. هر چند قابل استدلال است که ممنوعیت استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست علی‌رغم شرط کنوانسیون مبنی بر الزام آور بودن بین طرفین معاهده، دارای مشخصه ایجاد هنجار اساسی هستند و 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 رویه‌ی عمومی امتناع، ناشی از یک حس تعهد است یا نه. این احتمال وجود دارد که بیشتر، دلایل عملگرایانه داشته باشد. اکثریت وسیعی از دولت‌ها، یا توانایی‌های تکنولوژیکی برای توسعه این سلاح‌ها را ندارند و یا علاقه‌مند به توسعه آن‌ها نیستند، چرا که به نظر نمی‌رسد آن‌ها در طول مخاصمات مسلحانه، عملی باشند. با این حال، دیدگاه «کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ»^۱ تا آن‌جا که به وضعیت عرفی کنوانسیون انمود مربوط می‌شود، مبهم است. از یک طرف، از مطالعه‌ی 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 از سوی دیگر، در قاعده‌ی عرفی ۴۵ بیان می‌کند که تخریب محیط‌زیست طبیعی ممکن نیست به عنوان یک سلاح استفاده شود. اگرچه قاعده‌ی ۴۵ به استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست اشاره نمی‌کند، با این حال اشاره به استفاده از محیط‌زیست به عنوان 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 غیرالزام‌آور اما موثر استناد می‌کرد. این‌ها 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» بودند. 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. گزارش کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و دستورالعمل‌ها در نهایت به طور کامل در گزارش دبیر کل به مجمع عمومی در مورد حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه در ۲۹ جولای ۱۹۹۳ قرار گرفتند و توسط قطعنامه‌ی ۴۷/۳۷ مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۲ و به طور ضمنی توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ تایید 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 و آن‌ها از تعهدات حقوقی بین‌المللی موجود و رویه‌ی دولتی در مورد حمایت از محیط‌زیست در برابر اثرات مخاصمات مسلحانه گرفته شدند. 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 هر گونه استفاده خصمانه دیگر از تکنیک‌های تغییر محیط‌زیست با اثرات گسترده، طولانی مدت یا

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

شدید به عنوان ابزاری برای نابودی، صدمه و یا آسیب به هر دولت عضو دیگر ممنوع است. اصطلاح «تکنیک‌های تغییر محیط زیست» 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 ماده‌ی دوم انمود و خلاصه‌ی ماده‌ی اول است و نشان می‌دهد که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ممنوعیت مذکور در کنوانسیون انمود را به عنوان یکی از قواعد حمایت از محیط زیست 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 اشاره شده فوق، احتمال بیشتری وجود دارد که اصل ۱۲ رویه‌ی دولتی را منعکس نکند بلکه فقط قصد داشته باشد که آن را ترغیب کند.

اصول راهنمای نظامی کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۹۹ توسط «راجرز»^۱ و «مالهرب»^۲ نوشته و در سال ۱۹۹۹ درست پنجاه سال پس از امضای «کنوانسیون‌های ژنو»^۳ به منظور کمک به دولت‌های عضو در ایفای تعهداتشان به موجب کنوانسیون‌های ژنو، جهت انتشار متن کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی آنها به ویژه برای نیروهای مسلح چاپ شد. کتابچه راهنما از سه بخش تشکیل شده است، بخش اول که شامل مدل واقعی قواعد است و با حقوق مخاصمات مسلحانه برای افسر فرمانده سر و کار دارد. قسمت دوم این بخش با چگونگی ادغام حقوق مخاصمات مسلحانه و ارزیابی موقعیت نظامی سر و کار دارد و شامل یک فصل نیز در مورد محیط نظامی است. پاراگراف ۷۰۲ حقوق حمایت از محیط زیست طبیعی از جمله یک مقرر در مورد تکنیک‌های تغییر محیط زیست را خلاصه می‌کند. پاراگراف ۷۰۲ مقرر می‌دارد: «فرآیندهای طبیعی نباید به طور عمدی برای اهداف خصمانه در صورتی که اثرات گسترده، دراز مدت یا شدید داشته باشند، دستکاری شوند.»

ممکن است عادی باشد که بیشتر مفسران در مورد احتمال ممنوعیت عرفی استفاده از تکنیک‌های تغییر محیط زیست، ساکت باقی بمانند. راجرز صرفاً به نظرات «سواز»^۴ در یک کنفرانس در اتاوا^۵ در سال ۱۹۹۱ اشاره می‌کند که این ممکن است ارزش داشته باشد که بررسی کنیم آیا شرایط ضروری کنوانسیون، از قبل به حقوق عرفی توسعه یافته اند یا نه. تنها گرین^۶، اوتر^۷ و دینستین^۸ در واقع در زمان‌های مختلف به این نتیجه رسیدند که کنوانسیون انمود هنوز به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه نیافته است. گرین بیان می‌کند که 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 تدوین کنندگان انمود عقیده داشتند این متن، خلاقانه بود و هیچ چیز از

1. Rogers.
2. Malherbe.
3. Convention de Genève.
4. Szasz.
5. Ottawa.
6. Green.
7. Oeter.
8. Dinstein.

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 محیط زیست، معادل عرفی در حقوق بین‌الملل عمومی داشته باشد.

۲-۱- پروتکل الحاقی اول

۱-۲-۱- 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 بر خلاف بسیاری از دیگر مقررات پروتکل، نه بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و نه ماده‌ی ۵۵، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود را منعکس نمی‌کنند (Solf, 1986:134). به غیر از این واقعیت که نگرانی‌های بین‌المللی برای محیط زیست به طور کلی از اوایل دهه‌ی ۱۹۷۰ سرچشمه گرفتند و جدا از این واقعیت که تا قبل از ۱۹۷۷ کنوانسیون‌های حقوق جنگ در مورد محیط‌زیست ساکت بودند، از تاریخچه‌ی قانونگذاری پروتکل و مقررات، به نظر می‌رسد که توسط رویه‌ی دولت‌ها حمایت و در ادبیات حقوقی تایید می‌شود.

تاریخچه‌ی قانونگذاری به سه روش دلیل و مدرک فراهم می‌کند. نخست، اگر چه 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، هیچ یک از طرح‌های پیش‌نویس کمیته‌ی 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 به عنوان اساس بحث در ژنو بود. این واقعیت که کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ، محیط‌زیست را در طرح‌های پیش‌نویس خود، تمام مواردی که نه تنها برای تأیید مجدد بلکه برای توسعه‌ی حقوق بین‌الملل بشر دوستانه هستند ذکر نکرد، (Bothe, Partsch & Solf, 1982:344) نشانه‌ی قوی است مبنی بر این که کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ، حمایت از محیط‌زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی را به عنوان یک قاعده‌ی مجزای حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نگرفت.

ثانیاً، طرح‌های پیشنهادی برای حمایت از محیط‌زیست تا قبل از شروع جلسه‌ی دوم کنفرانس دیپلماتیک در سال ۱۹۷۵ معرفی نشدند (Levie, 1980: 254) و هیچ یک از طرح‌های پیشنهادی، اظهار نکردند که برای تدوین حقوق بین‌الملل عرفی از قبل موجود تلاش می‌کردند (Levie, 1980:257). در مقابل، زمانی که استرالیا اصلاحیه‌ی خود را مطرح کرد، اظهار داشت که «تصویب ماده ممکن است شکاف در حقوق بشر دوستانه قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه را به خوبی پر کند» (Levie, 1980: 263). هنگامی که مجارستان اصلاحیه مشابه به نمایندگی از دولت‌های حامی مطرح کرد، اظهار داشت که «جنگ زیست محیطی و تخریب محیط زیست از طریق عملیات نظامی متأسفانه در حال حاضر تئوریک نیست، بلکه به یک واقعیت در جنگ‌های مدرن تبدیل شده است» (Levie, 1980: 259).

ثالثاً، هیچ یک از نظرات دیگر در مورد شروط زیست‌محیطی به حقوق عرفی از قبل موجود اشاره نکردند. اکثر اعلامیه‌ها در ارتباط با بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ به سادگی 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 این که یکی معمولاً به ریشه‌های عرفی دیگر مقررات معاهده مانند بند ۱ و ۲ ماده‌ی ۳۵ اشاره می‌کرد، این نتیجه به نظر توجیه کننده می‌رسد که هر دو مقررات حمایت از محیط‌زیست به عنوان توسعه‌ی تدریجی حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در نظر گرفته شوند. این موضوع با اعلامیه‌های ایرلند و جمهوری فدرال آلمان تأیید شد. اولی اظهار داشت که تصویب بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ یک رویداد در تاریخ حقوق بشردوستانه بین‌المللی بود (Levie, 1980:272) دومی با توجه به ماده‌ی ۳۵ که بندهای ۱ و ۲ را به عنوان یک تأیید مجدد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته بود. بند ۳ این ماده سهم جدید مهمی در حمایت از محیط‌زیست طبیعی در زمان مخصصات مسلحانه بین‌المللی است (Levie, 1980:279).

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

ثانیاً، شواهد رویه‌ی دولتی را می‌توان در اعلامیه‌ها و نظرات ابراز شده در مقابل دیوان بین‌المللی دادگستری در اواسط دهه‌ی ۱۹۹۰ در چارچوب دو نظریه‌ی مشورتی در مورد سلاح‌های هسته‌ای پیدا کرد. حتی یک دولت هم ادعا نکرد که هر دو مقررات، حقوق عرفی از قبل موجود را مدون کردند. در مقابل، شش دولت به صورت صریح و ضمنی استنادات مخالف داشتند. انگلستان و ایالات متحده^۱ (WHO, 1994) به صراحت به ویژگی اخلاقانه مقررات زیست‌محیطی پروتکل الحاقی اول در اظهارات خود نزد دیوان اشاره کردند و فرانسه هم در یکی از اعلامیه‌های کتبی خود چنین کرد. مصر در درخواست شفاهی خود ادعا کرد که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ به طور آشکار، نوآورانه بود. مالزی به ماده‌ی ۵۵ به عنوان نمونه‌ای از توسعه‌ی حقوق بشردوستانه بین‌المللی در پروتکل الحاقی اول اشاره کرد و نائورو^۲ نوشت که در حال حاضر پروتکل اول باید به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی الزام آور برای تمام دولت‌ها در نظر گرفته شود که به این معنی است که حداقل بخشی از این پروتکل هنوز این ویژگی را در سال ۱۹۷۷ نداشت.

در نهایت، ویژگی نوآورانه بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ که به نظر می‌رسد به طور ضمنی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به کار گرفته شده، توسط کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ، تصدیق شده است و بیشتر در ادبیات حقوقی تصدیق می‌شوند. اولاً، دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۹۶ در نظریه مشورتی خود در مورد سلاح‌های هسته‌ای

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.

اظهار داشت که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ پروتکل الحاقی اول، محدودیت‌های قوی برای همه دولت‌هایی که این مقررات را پذیرفتند ایجاد کرده است. به نظر می‌رسد که این به آن معنا است که دیوان اعتقاد ندارد هر دو مقرر، 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 خودش در مورد حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی، 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 ماده‌ی ۳۵ کاملاً جدید و بدون هیچ معادل در کنوانسیون‌های قبلی بود و در رابطه با ماده‌ی ۵۵ یک ویژگی جدید بود (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987:387-662) و ثالثاً، ویژگی‌های نوآورانه هر دو مقرر به طور 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 ماده‌ی ۳۵ مجدداً دو اصل اساسی حقوق بشر دوستانه بین‌المللی عرفی (بندهای ۱ و ۲) را تایید و یک اصل جدید را اعلام می‌کند (بند ۳) (Bothe et al., 1982:193).

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

۲-۲-۱- توسعه‌ی عرفی

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

۱-۲-۲-۱ رویه‌ی دولتی و نظریه‌های حقوقی

شواهد بسیار کمی در رابطه با رویه‌ی دولتی کشورهای غیر عضو همانند کشورهای عضو این پروتکل وجود دارد و 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 یا به اصطلاح اعمال کلامی مانند اصول راهنمای نظامی و بیانیه‌های عمومی از سوی مقامات رسمی پیدا کرد.

تا آن جا که به رفتار واقعی مربوط می‌شود، تنها موارد محدودی وجود دارند که به بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ ارجاع داده شده‌اند. نخست، هر دو ماده توسط ایران در خلال جنگ بین ایران و عراق در دهه‌ی ۱۹۸۰ میلادی مورد استناد قرار گرفتند، اگر چه طرف پروتکل الحاقی اول نبود (Greenwood, 1991:101). ثانیاً، هر دو ماده 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، مورد استناد واقع شدند اما هر دو اقدام، نقض بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ در نظر گرفته نشدند (Bodansky, 2003:28). ثالثاً، طرف‌های متخاصم در آغاز جنگ یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۱ و ۱۹۹۲ در یادداشت تفاهم‌نامه و یک موافقتنامه راجع به اعمال حقوق بشردوستانه بین المللی به بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی 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 مباران در طی جنگ کوزوو در سال ۱۹۹۹ و استفاده از اورانیوم ضعیف شده توسط نیروهای هم پیمان، 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 مباران کوزوو در سال ۱۹۹۹، کمیته ویژه که توسط دادستان دادگاه بین المللی 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 شده اند، اندک می‌باشد و خیلی مشکل است که مشخص کنیم هر یک از این مستندات، با مفهوم تعهد قانونی یا نظر حقوقی همراه می‌شوند. علاوه بر این، به دلیل این که تعداد مخاصمات مسلحانه بین المللی در طی این دوره که توصیف شد نسبت به آنچه که ذکر گردید زیاد نبوده است، خیلی مشکل است که امتناع یا خودداری طرفین غیر عضو را به یک مفهوم تعهد حقوقی ارتباط دهیم.

همچنین، تا آن جا که به اشاره به یکی یا هر دو ماده در اصول راهنمای نظامی طرفین غیر عضو و همچنین طرفین معاهده مربوط می‌شود، هیچ مدرکی قانع کننده را نمی‌توان یافت که قواعد بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ به قواعد حقوق بین الملل عرفی توسعه یافته باشند. بررسی کمیته بین المللی صلیب سرخ در مورد حقوق بشردوستانه بین المللی عرفی، به اصول راهنمای نظامی نوزده کشور عضو پروتکل الحاقی اول اشاره می‌کند که در بر گیرنده بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ می‌باشند (Henckaerts et al. 2005A:879-83). این کشورها عبارتند از: آرژانتین، استرالیا، بلژیک، چین، کانادا، کلمبیا، فرانسه، آلمان، ایتالیا، کنیا، هلند، نیوزیلند، روسیه، صربستان، اسپانیا، سوئد، سوئیس، توگو و انگلستان (Fleck, 1995:111; Henckaerts et al. 2005a:882).

این اعلامیه‌ها تا حد زیادی بی‌ربط هستند، با این حال، از نظر توسعه حقوق عرفی، از آن جایی که پانزده دولت از قبل، ملزم به رعایت هر دو تعهد شدند آن تعهدات را وارد اصول راهنمای خود کردند، چرا که آن‌ها طرف این پروتکل

شده بودند (Henckaerts et al. 2005B:152) و دو کشور ملزم به رعایت شدند چرا که آن‌ها پروتکل را امضا کرده بودند. به نظر می‌رسد که تنها کنیا و صربستان مقررات مشابهی را در اصول راهنمای خود قبل از الحاق به پروتکل گنجانیده‌اند (Henckaerts et al, 2005B:152). علاوه بر این، تعداد آن‌ها برای اثبات ضمنی یک رویه‌ی عمومی و گسترده به صورت قانون پذیرفته شده، خیلی محدود است. از آن‌جا که ایالات متحده فرایند تصویب پروتکل الحاقی اول را در دهه‌ی ۱۹۸۰ شروع نکرده بود و به دلیل این که امروزه این کشور شاید قوی‌ترین و مهم‌ترین قدرت نظامی در جهان باشد، به بررسی دقیق‌تر اصول راهنمای نظامی ایالات متحده می‌پردازیم. اگر چه 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ را به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نمی‌گیرد. با این حال، این بدان معنی نیست که ایالات متحده معتقد است حمایت از محیط‌زیست را در طی مخاصمات مسلحانه تضمین نمی‌کند. این تنها بدین معنی است که استاندارد پروتکل الحاقی اول را به عنوان یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت نمی‌شناسد.

ایالات متحده آمریکا حتی یک دستورالعمل نظامی برای همه نیروهای مسلح خودش صادر نکرده است، هر چند برای تهیه‌ی پیش‌نویس چنین دستورالعمل مشترکی، تلاش‌هایی در دست اقدام است، که در آن حمایت از محیط‌زیست انتظار می‌رود 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 پروتکل الحاقی اول استفاده نمی‌کند. حمایت از محیط‌زیست در قواعدی که منعکس‌کننده اصول ضرورت و تناسب هستند تعبیه شده است. با توجه به بند ۸.۱.۳، آسیب‌جانی به محیط‌زیست طبیعی در طول حمله به یک هدف نظامی مشروع، غیر قانونی نیست، اما فرمانده یک تعهد مثبت برای جلوگیری از صدمه‌های غیر ضروری 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 شوند.

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 می‌کند (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 به نظر می‌رسد که نشان می‌دهد مقررات جاری ایالات متحده در جنگ زمینی شامل ملاحظات

زیست محیطی است. اصول راهنمای نظامی در مورد جنگ زمینی از سال ۱۹۷۶ به روز نشده است و در مورد حمایت از محیط زیست همچنان ساکت است^۱ و نشریات نیروی هوایی مبهم است. از یک طرف، کتابچه راهنمای فرمانده نیروی هوایی در سال ۱۹۸۰ به ملاحظات زیست محیطی اشاره می‌کند. از سوی دیگر، نشریه‌ی نیروی هوایی سال ۱۹۷۶ به حمایت از محیط زیست در زمینه حقوق مخاصمات مسلحانه اشاره نکرده‌اند. (Henckaerts et al, 2005A:882-83)

علاوه بر این، کتابچه راهنمای حقوق عملیاتی آمریکا (Berger, Grimes & Jensen, 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 ماده‌ی ۵۵ استناد می‌کند اما بیان می‌دارد که این مقررات به مراتب فراتر از کنوانسیون‌های ژنو و یا قواعد لاهه هستند و به همین دلیل لازم الاجرا 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ را به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نمی‌گیرد و این که به طور 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 ماتیس^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 ماده‌ی ۳۵ اعلام می‌دارد، اما ما متوجه شدیم که اصل دیگری در ماده‌ی 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، بلند مدت و شدید به محیط زیست شوند، بیش از حد وسیع و مبهم است و بخشی از حقوق عرفی نیست (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. بر طبق وبسایت دیوان بین‌المللی دادگستری ۴۳ کشور و سازمان بین‌الدولی (سازمان جهانی بهداشت) بیانیه‌ی کتبی صادر کردند یا اعلامیه‌های دیگر را تفسیر کردند یا به دیوان دادخواست دادند. ۳۱ دولت اعلامیه‌ی کتبی در مورد درخواست سازمان بهداشت جهانی تسلیم کردند در حالی که ۹ دولت اعلامیه تفسیری کتبی در مورد این اعلامیه‌ها ارائه دادند.

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.

۲۸ دولت، اعلامیه کتبی در مورد درخواست مجمع عمومی تسلیم کردند در حالی که فقط دو دولت تفسیر کتبی ارائه دادند و ۲۲ دولت به دیوان در هر دو مورد دادخواست دادند^۱ (WHO, 1994).

همانطور که قبلاً ملاحظه گردید دیدگاه انگلستان، آمریکا و فرانسه کاملاً مشخص بود که مقررات پروتکل راجع به حمایت از محیط زیست، توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل را منعکس می‌کند و به نظر می‌رسید که مصر، مالزی و نائورو نسبت به این دیدگاه، نظر مساعدی داشته باشند. از میان این دولت‌ها فقط انگلستان، آمریکا و فرانسه در اواسط دهه‌ی 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ و فقدان مستندات برای رویه‌های بعدی ظاهر 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 ماده‌ی ۳۵ که مبتنی بر معاهده است کنار گذاشته است. از سوی دیگر، چهار دولت دیگر حداقل به طور ضمنی استدلال کردند که هر دو مقرر به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه داده شدند 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، بلند مدت و شدید به محیط‌زیست در طول جنگ را می‌توان به عنوان یک قاعده حقوق عرفی در نظر گرفت یا نه. به نظر می‌رسید که چهار دولت عقیده داشتند بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کنند و عبارت بودند از جزایر سلیمان، مالزی، نائورو و قطر (قطر فقط با توجه به ماده‌ی ۵۵). جزایر سلیمان بیان داشت که هرگونه استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی 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 ابزارهای جنگی که قصد و یا احتمال آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط‌زیست را دارند همانگونه که در پروتکل اول الحاقی مقرر شده، ممنوع می‌کند.

نائورو^۲ با توجه به مقررات حمایت از محیط زیست، اظهار داشت که از آنجایی که پروتکل اول توسط بیش از ۷۰ دولت در اواسط دهه‌ی ۱۹۹۰ تصویب شده بود می‌توان گفت که در حال حاضر باید به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی که برای تمامی دولت‌ها الزام آور است در نظر گرفته شود. و در نهایت، قطر در دیوان اظهار داشت که با توجه به ماده‌ی ۵۵ که توسط تمامی دولت‌ها مورد پذیرش واقع شده بود منعکس کننده یک قاعده‌ی حقوق عرفی است.

علاوه بر این، تعدادی از کشورها که در دیوان اظهار داشتند، حقوق بین‌الملل شامل یک ممنوعیت کلی در مورد بروز آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست است، می‌تواند نشان دهنده این 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ را انعکاسی از حقوق عرفی در نظر گرفته بودند، کشورهای هند، ساموآ، زیمبابوه و نیوزیلند نیز چنین کردند.

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

متاسفانه، برخی از استنادات کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در بررسی خود در سال ۲۰۰۵ در مورد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی عرفی، رضایت بخش 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، 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 بر خلاف شروط بشردوستانه است که تخریب محیط‌زیست را منع می‌کند. سوئد ترجمه برخی از بخش‌های گزارش سالانه خلع سلاح توسط کمیته دائمی امور خارجه پارلمان خود را فرستاد و کمیته به وجود یک اصل اساسی پایدار که در اعلامیه‌ی ۱۹۷۲ استکهلم بیان شد اشاره کرد که این اعلامیه، موانع استفاده از سلاح‌هایی که باعث آسیب گسترده، بلند مدت و جدی به محیط‌زیست می‌شوند را بیان کرد. لسوتو، جزایر مارشال و رواندا تنها اشاراتی کلی به حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق جنگ‌کردند. 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 معنی 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ معادل عرفی دارند (جزایر سلیمان، مالزی و نائورو)؛ یک دولت بر این باور بود که تنها ماده‌ی 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 برای 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵، سه کشور نظامی قدرتمند در جهان هستند، که هر کدام به شدت در برابر توسعه‌ی قانونی در این زمینه مقاومت و آن را انکار می‌کنند. طرفداران توسعه‌ی 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 خواهانه شان در حقوق بین‌الملل و ارتباط با جنبش‌های غیر دولتی 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 این نتیجه مبنی بر این که یکی از این دو ماده و یا هر دو، منجر به هرگونه رویه‌ی گسترده پذیرفته شده می‌شوند را توجیه نمی‌کند.

۲-۲-۱- عرف در حال پیدایش

اگر چه نمونه‌های قبلی از رویه‌ی دولتی قطعاً این نتیجه را توجیه نمی‌کند که هر دو ماده‌ی 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 مقدمه‌ی کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص ۱۰ آوریل ۱۹۸۱، 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 جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۶ و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ۱۹۹۸، چهارم، در دستورالعمل کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ سال ۱۹۹۳ راجع به اصول راهنمای نظامی و دستورالعمل‌های حمایت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه که به طور ضمنی توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ به رسمیت شناخته شد (Roberts & Guelff, 2000:609-14) و در وهله‌ی پنجم، در کتابچه راهنمای کمیته‌ی 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 برای حمایت از محیط زیست در قالب اصطلاحی مشابه پروتکل الحاقی اول است. در مقدمه‌ی پاراگراف ۴، طرفین متعاقد یادآور می‌شوند: بکارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی که آسیب گسترده، بلند مدت 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی 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 به عنوان یک قاعده‌ی نوپای حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفتند. با این همه، مقدمه معمولاً منعکس کننده هدف و منظور معاهده و به طور کلی به عنوان یک منبع مفید برای تفسیر متن عملی در نظر گرفته می‌شود. 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 که این پاراگراف در واقع ممکن است به عنوان مدرکی برای یک رویه‌ی عمومی پذیرفته شده حقوقی توسط طرفین متعاقد مورد سوء استفاده قرار گیرد. کما این که فرانسه و ایالات متحده، بیانیه‌های رسمی در مورد این پاراگراف صادر کردند درحالی که هیچکدام از آن‌ها در آن زمان، طرف پروتکل الحاقی اول نبودند. فرانسه در قالب حق شرط هنگام امضاء اظهار داشت:

بند چهارم مقدمه‌ی 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 ضمیمه عمل تصویب خود کرد با این مضمون:

ایالات متحده آمریکا بیان می‌دارد که پاراگراف چهارم مقدمه کنوانسیون که به مفاد بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و بند ۱ ماده‌ی 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 جنگ سر و کار دارد بیان می‌دارد:

نیروی سازمان ملل متحد از بکارگیری روش‌ها و ابزارهای جنگی که به قصد آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست طبیعی استفاده می‌شوند و یا از آن‌ها انتظار می‌رود که چنین آسیبی ایجاد کنند، جلوگیری می‌کند.

مقدمه‌ی بولتن نشان می‌دهد که این امر بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی است با بیان اینکه در بردارنده اصول اساسی و قواعد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی است، اما لزوماً به این صورت نیست. بر طبق نظر برخی، به نظر می‌رسد که از یک طرف، هدف این نبوده که همه قواعد عرفی حقوق بشر دوستانه 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 نیستند. از منظر محتوای قواعد ماهوی، معتقدند که به نظر می‌رسد شامل خلاصه‌ای از قواعد بسیار مهم در زمینه‌ی عملیات حفظ صلح باشد (Zwanenburg, 2004:183). بنابراین، مشخص نیست که آیا اشاره بولتن در بخش ۶.۳ نشان دهنده‌ی حقوق بشر دوستانه بین‌المللی عرفی در نظر دبیر کل و کارشناسان در گیر در تهیه پیش‌نویس بولتن هست یا که خیر. در هر صورت، به اندازه‌ی 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 دارد و لزوماً منعکس کننده رویه دولتی پذیرفته شده حقوقی نیست. بر طبق 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 که تحت موضوعاتی قرار بگیرد که نیاز به صدور بولتن دبیر کل داشته باشند، 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 به نوبه‌ی خود مقررات استخدامی را تشریح می‌کنند که در بردارنده شرایط اساسی خدمت و حقوق اساسی، وظایف و تعهدات دبیرخانه است. برخی نیز در این زمینه به این واقعیت اشاره می‌کنند که بولتن عمده‌تاً به عنوان 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 بیانیه‌ی دبیر کل در سپتامبر سال ۱۹۹۹ حمایت می‌کنند که در آن بیانیه او از بولتن به عنوان آموزش نیروهای سازمان ملل متحد در مورد اصول اساسی و

۱. گزارش چاپی کوتاه.

قواعد حاکم بر ابزار و شیوه‌های جنگی و حمایت از غیر نظامیان و حمایت از دیگر افراد یاد کرد (Zwanenburg, 2004:184).

ثالثاً، پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل^۱ و اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی^۲ در سال ۱۹۹۸ هر دو قصد جلوگیری از آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست 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 به صورت 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، بلند مدت و شدید به محیط زیست طبیعی و در نتیجه آسیب شدید به سلامتی و یا بقای مردم و چنین آسیبی رخ می‌دهد. و جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده ۸ اساسنامه رم بیان می‌دارد که هر کس برای ارتکاب یک جنایت جنگی در راه اندازی یک حمله با علم به این‌که چنین حمله‌ای باعث آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست طبیعی خواهد شد و آشکارا نسبت به مجموعه منافع نظامی عینی و مستقیم مورد انتظار بیش از اندازه است، مسئولیت کیفری دارد.

پیش‌نویس اولیه‌ی قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۱ ارائه شده که شامل یک مقررده 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 می‌باشد. بند ۴ ماده ۲۲ مربوط به بکارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی می‌شد، که می‌توانند و یا ممکن است انتظار رود باعث آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست طبیعی شوند که به طور استثنایی، به عنوان جنایات جنگی شدید هستند. بند ۴ ماده ۲۲ در نهایت کنار رفته و دوباره در قالب بند ۷ ماده ۲۰ پیش‌نویس نهایی ۱۹۹۶ انشا شد.

رجوع به آستانه خسارت مشابه آن‌گونه که در پروتکل الحاقی اول آمده، در اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی و پیش‌نویس قانون سال ۱۹۹۶، و همچنین انعکاس دقیق زبان هر دو مقررده در بند ۴ ماده ۲۲ پیش‌نویس قانون سال ۱۹۹۱ نشان می‌دهد که هر دو مقررده مورد قبول هستند و به عنوان یک منبع الهام بخش با توجه به حمایت از محیط زیست در طول مخاصمات مسلحانه بین‌المللی استفاده می‌شوند. همچنین می‌تواند نشان دهد که آن‌ها ممکن است به قواعد حقوق عرفی توسعه یابند، در حالی که در نظر داشته باشید که اشاره به ضرورت نظامی در هر دو پیش‌نویس قانون و در اساسنامه، انحراف قابل توجهی از هر دو مقررده پروتکل الحاقی اول به حساب می‌آیند. علاوه بر این، در طی تدوین بند ۷ ماده ۲۰ پیش‌نویس قانون ۱۹۹۶، توافق کلی در کمیته تدوین کمیسیون حقوق بین‌الملل وجود داشت. در پیشنهاد چنین مقررده‌ای، کمیسیون حقوق بین‌الملل درگیر توسعه تدریجی قانون بود. به همین دلیل، بند آغازین پاراگراف فرعی، بر خلاف پاراگراف‌های فرعی قبل از آن، از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی صحبت نکرد.

1. The International Law Commission.
2. International Criminal Court (ICC).

کلمات استفاده شده، در مورد مخاصمات مسلحانه، نشان داد که آن مقرر، حقوق آرمانی بود. بنابراین باید در تفسیر این مواد به عنوان ارائه شواهدی مبنی بر ماهیت عرفی بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ خیلی مراقب بود.

رابعاً، دستورالعمل‌های نظامی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد حمایت از محیط زیست 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 برای حمایت و حفاظت از محیط‌زیست طبیعی باید مراقبت شود. بکارگیری روش‌ها یا ابزارهای جنگی که می‌توانند یا از آنها انتظار می‌رود که موجب آسیب گسترده، بلند مدت و شدید به محیط زیست طبیعی و در نتیجه موجب به خطر افتادن سلامت و یا بقا مردم می‌شوند، 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 می‌باشد. 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 می‌باشد و نهایتاً بخش دوم از جمله دوم، بخش نهایی بند ۱ ماده ۵۵ را منعکس می‌کند. جایگاه اصل یازده میان دیگر اصول، برجسته است و می‌تواند به عنوان یک نشانه‌ای تفسیر شود مبنی بر این که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، هر دو مقرر را به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در نظر نگرفته است.

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

خامساً اصول راهنمای نظامی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ ۱۹۹۹ در برگیرنده یک اشاره خاص به محیط‌زیست است. بند (ز) از پاراگراف ۷۰۲ راجع به حمایت از محیط‌زیست طبیعی بیان می‌دارد: بکارگیری ابزارها و روش‌های جنگی که می‌توانند و یا از آنها انتظار می‌رود باعث آسیب گسترده، طولانی مدت و شدید به محیط‌زیست شوند و بدین ترتیب به سلامتی یا بقای 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 می‌کند اما هیچ نشانه‌ای مبنی بر این که نویسندگان اصول راهنما ممکن است این هنجار را به عنوان یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته باشند، وجود ندارد.

۳-۲-۱- مشخصه‌ی ایجاد هنجار اساسی

بنابراین به نظر می‌رسد که روی هم رفته، هیچ مدرکی مبنی بر وجود رویه‌ی گسترده یا اعتقاد حقوقی نسبت به ممنوعیت عرفی استفاده از ابزارها و روش‌های جنگی که می‌توانند و یا انتظار می‌رود باعث ایجاد آسیب گسترده، طولانی مدت و شدید به محیط زیست شوند، وجود ندارد و بنابراین بعید است که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ پروتکل الحاقی اول از قبل به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته باشند.

به علاوه، اگرچه هر دو مقرر، جدید و مسلماً ایجاد کننده هنجار بودند اما احتمالاً نباید دارای مشخصه ایجاد هنجار اساسی در نظر گرفته شوند. بر طبق نظر دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال، برای یک قاعده قراردادی، عبور کردن از بدنه‌ی کلی حقوق بین‌الملل، لازم و ضروری است به گونه‌ای که همه وقایع بالقوه و مشخصه ایجاد هنجار اساسی را در بر داشته باشد. اگرچه احراز این که 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 تاسیس شد بیان داشت که ماده‌ی ۵۵ ممکن است حقوق عرفی جاری را منعکس کند (ICTY, 2000:1262)، اما تعدادی از قطعنامه‌های معتبر مجمع عمومی، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و از همه مهم‌تر، دیوان بین‌المللی دادگستری در دهه‌ی ۱۹۹۰ به نظر می‌رسد که 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 محیط زیست در زمان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی در مقررات لاهه و کنوانسیون‌های ژنو، مقررات قابل اعمال در پروتکل الحاقی اول، قابلیت اعمال جهانی نداشته و بنابراین ظاهراً ماهیت عرفی ندارند.

ثانیاً مطالعه‌ی کمیته‌ی 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 ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ هنوز به قواعد حقوق عرفی توسعه نیافته‌اند. همچنین در پاراگراف ۳۴ بیان می‌دارد که به دلیل این که پروتکل الحاقی اول، همه موارد آسیب به محیط زیست را پوشش نداده و به دلیل این که همه دولت‌ها طرف آن نیستند، کنوانسیون‌های قبلی و قواعد عرفی همچنان خیلی مهم باقی می‌مانند. در پاراگراف ۳۸ نیز بیان می‌دارد که اگرچه مقررات حمایت از محیط زیست در پروتکل اول الحاقی برای اکثریت دولت‌ها الزام آور 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 رای سلاح‌های هسته‌ای، یک نتیجه مشابهی را ترسیم کرد. بعد از در نظر گرفتن ارتباط حقوقی محیط‌زیست در چارچوب اصول ضرورت و

1. International Court of justice.

تناسب، دیوان متذکر شد که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ حمایت بیشتری برای محیط‌زیست مقرر می‌کنند و محدودیت‌های شدیدی برای همه دولت‌هایی که به این مقررات متعهد هستند، مقرر کرده^۱ است.

۴-۲-۱- تحلیل حقوقدانان

در تحلیل‌های حقوقی، تعداد کمی از نویسندگان هستند راجع به این که هر دو مقرر، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کنند بحث کرده‌اند. با این حال، استدلال آن‌ها معمولاً تردید برانگیز است و در غیر این صورت، متقاعدکننده نیست. برای مثال، «فن هگلسم»^۲ می‌نویسد که «کالشوون»^۳ اعتقاد دارد بند ۳ ماده‌ی ۳۵ یک قاعده‌ی حقوق عرفی شده است (Van Hegelsom, 1992:125). اما به نظر می‌رسد این یک تفسیر غلط از عبارات کالشوون باشد. وی تنها به مشخصه‌ی هنجاری و اصولی بند ۳ ماده ۳۵ اشاره کرده بود ولی تایید کرده بود که احتمالاً تنها به عنوان حقوق قراردادی، قدرت الزام داشته باشد (Kalshoven, 1992:100).

«گوپتا»^۴ راجع به بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ می‌نویسد: «اگرچه بخش‌های دیگر پروتکل به صورت جهانی به عنوان بخشی از حقوق عرفی به رسمیت شناخته نشده‌اند اما ترکیب این مقررات با حقوق بین‌الملل عرفی به طور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است.» اما او هیچ‌گونه شواهدی به جز اشاره به دو نویسنده دیگر، ارائه نمی‌دهد (Gupta, 1993:260).

«ساندز»^۵ معتقد است که مقررات حمایت از محیط‌زیست در پروتکل الحاقی اول، تعداد زیادی از دولت‌ها، طرف آن هستند و دیدگاه‌های اظهار شده از سوی آن‌ها ممکن است اکنون یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس کند (Sands, 2003:314). بدون این که شواهد بیشتری وجود داشته باشد. نهایتاً «هولم»^۶ نتیجه می‌گیرد که پس از تجزیه و تحلیل رویه‌ی دولت‌ها چه قبل از جنگ خلیج و چه بعد از آن، همچنان ارزیابی وضعیت جاری بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و بند ۱ ماده‌ی ۵۵ پروتکل اول الحاقی، کاری سخت است و این که آیا ممنوعیت آسیب زیست‌محیطی در بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و بند ۱ ماده‌ی ۵۵ وضعیت عرفی را محرز کرده است یا نه، مشخص نیست (Hulme, 2004:108). او تشریح می‌کند که قبل از جنگ خلیج فارس ۱۹۹۰-۱۹۹۱ یافتن رویه‌ی 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).

1. 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>.

2. Van Hegelsom.

3. Kalshoven.

4. Gupta.

5. Sands.

6. Hulme.

با این حال، نمونه‌های هولم از این حقیقت رنج می‌برند که اگرچه این ارجاعات، نگرانی برای محیط زیست را منعکس می‌کنند اما عبارت پردازی آن‌ها جهت توجیه‌شان به عنوان مدرک رویه دولتی قانونی پذیرفته شده، تا اندازه ای متفاوت از زبان بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ می‌باشد.

به علاوه، «قاضی ویرامانتری»^۱ در نظر مخالف خود در رای سلاح‌های هسته‌ای نتیجه گرفت که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ از اصول مسلم حقوق بین‌الملل عرفی هستند و کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در مطالعه‌ی سال ۲۰۰۵ خود راجع به حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی نتیجه می‌گیرد که هر دو مقرر به وضعیتی عرفی دست یافته‌اند.

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

قاعده‌ی ۴۵ بر مبنای بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و بند ۱ ماده‌ی ۵۵ پروتکل الحاقی اول می‌باشد اگر چه هر دو مقرر در ۱۹۷۷ جدید بودند اما طبق نظر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، رویه‌ی 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 یک شکل 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).

با این حال، این نگرش که بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی 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 این که اثر این اصل، عرفی باشد وجود ندارد. با این وجود، رعایت هسته اصل بند ۳ ماده‌ی ۳۵ ممکن است به خوبی یک هنجار نوظهور حقوق بین‌الملل را نشان دهد» (Greenwood, 1991:105).

بر طبق نظر «بوث»^۲ این که آیا بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و ماده‌ی ۵۵ بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی را شکل می‌دهند تا حدی شبیه برانگیز است (Bothe, M., 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»^۳ در اظهار نظرهای مختلف که راجع به این موضوع در اوایل دهه‌ی ۱۹۹۰ داشته و منتشر هم شده، مدعی است که توافقی کلی وجود دارد مبنی بر این که هر دو مقرر هنوز به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه نیافته‌اند.

1. Weeramantry.
2. Bothe.
3. Verwey.

۳-۱- کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص و اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی

نهایتاً تا آن‌جا که به کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص مربوط می‌شود بعید است که ارجاعات به حمایت از محیط زیست در طول مخاصمات مسلحانه در مقدمه آن و در بند ۴ ماده‌ی ۲ پروتکل سلاح‌های آتش‌زا به عنوان انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته شود. از منظر تاریخچه قانونگذاری کنوانسیون و پروتکل آن، به سختی 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 یک طرف، بعید نیست که جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده‌ی ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی را انعکاس دهد.

نتیجه‌گیری

در میان 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 کرده باشد. چرا که تا اوایل دهه‌ی ۱۹۷۰ که احتمال یک ممنوعیت عرفی، غیر محتمل شمرده می‌شود به محیط‌زیست توجه بین‌المللی چندانی نشد و در عمل تعداد کمی از دولت‌ها، تکنیک‌های فرایند تغییر محیط‌زیست را مطالعه کرده و توسعه داده‌اند. ضمناً این که 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 که 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 این که 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 هم، اعتقادی به عرفی بودن بند ۳ ماده‌ی ۳۵ و بند ۱ ماده‌ی ۵۵ پروتکل الحاقی اول نداشت. حتی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز در مطالعه‌ی سال ۲۰۰۵ خود راجع به حقوق بشر دوستانه بین‌المللی عرفی اظهار داشت که ماهیت مقررات مذکور، جدید و نوآورانه است. این که مقررات پروتکل الحاقی اول در زمینه‌ی حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه به حقوق بین‌الملل عرفی توسعه یافته باشند بسیار بعید به نظر می‌رسد. چرا که شواهد بسیار کمی در رویه‌ی دولت‌ها و نظریات حقوقی در این زمینه وجود دارد. همچنین مجمع عمومی سازمان ملل در مقدمه‌ی قطعنامه‌ی ۴۷/۳۷ راجع به حمایت از محیط‌زیست در زمان مخاصمات مسلحانه اظهار داشت که مقررات قابل اعمال در پروتکل الحاقی اول، قابلیت اعمال جهانی نداشته و بنابراین ظاهراً ماهیت عرفی ندارند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در آرای مربوط به سلاح‌های هسته‌ای، همین نتیجه را ترسیم کرد. در ارتباط با کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص نیز، با توجه به تاریخچه قانونگذاری کنوانسیون و پروتکل آن، بعید به نظر می‌رسد که در برگیرنده حقوق بین‌الملل عرفی از پیش

موجود بوده و یا به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسعه یافته باشد. اما می‌توان گفت که جزء چهارم از قسمت (ب) از بند ۲ ماده‌ی ۸ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌کند.

منابع

پورهاشمی، سیدعباس، نمایان، پیمان و طیبی، سبحان. (۱۳۹۴). جرم انگاری تروریسم زیست محیطی؛ چالش‌ها، هنجارها، راهبردها، نشریه علوم و تکنولوژی محیط زیست، ۱۱۷(۱)، ۱۶۷-۱۸۲.

جام بزرگ، مریم، پورنوری، منصور، پورهاشمی، سید عباس و هرمیداس باوند، داود. (۱۳۹۸). مولفه‌ها و چالش‌های تدوین شاخص‌های جرم زیست محیطی تحت عنوان جرم بین‌المللی، نشریه علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، ۲۱(۴)، ۲۵۷-۲۷۸.

فرشچی، پروین، دبیری، فرهاد، عباسپور، مجید، ناظمی، مهرداد و اتحاد، ملیتا. (۱۳۸۸). جایگاه حقوق محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل، فصلنامه انسان و محیط زیست، ۷(۳)، ۳-۹.

ضیایی بیگدلی، محمد رضا. (۱۳۹۸). حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: نشر گنج دانش.

مشهدی، علی و میردیده، عاطفه. (۱۴۰۰). حمایت حقوقی از جنگل‌ها در مخاصمات مسلحانه از منظر حقوق بین‌الملل بشر دوستانه، نشریه علمی تحقیقات حمایت و حفاظت جنگل‌ها و مراتع ایران، ۱۹(۱)، ۱۵۶-۱۶۶.

References

- 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., 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.
- 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.
- 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. [http:// www. jagcnet .army.mil](http://www.jagcnet.army.mil).
- Dinstein, Y. (2004). *The conduct of hostilities under the law of international armed conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dinstein, Y. (2001). Protection of the environment in international armed conflict. In M. Planck *Yearbook of United Nations law*, vol.5., (pp. 523-550).
- Dissenting Opinion of Judge Weeramantry. (1996). Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion, ICJ Reports 1996. <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., (pp. 222-237).
- Gupta, S. (1993). Iraq's environmental warfare in the Persian Gulf. *Georgetown International Environmental Law Review*, 6 (1), 251-274.
- 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.

- 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. <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. (2000). The law of war and environmental damage. In *The environmental consequences of war*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Roberts, A. & Guelff, R. (2000). *Documents on the laws of war*. Oxford: Oxford University Press.
- Rogers, A. P. V. (2004). *Law on the Battlefield*. Manchester: Manchester 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.
- 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.
- Shaw, M. N. (2003). *International law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 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.
- 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.

- Solf, W. A. (1986). Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law 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. <http://milcom.jag.af.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.
- The law of land warfare, Department of the army, Washington DC. (1956) as changed in 1976. <http://www.afsc.army.mil>.
- 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 of 16 Jun 1995(GA). <http://www.icj-cij.org>.
- 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). <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.

