

از مشکلات مربوط به اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه قراردادی غلبه کند. حقوق بین‌الملل بشردوستانه قراردادی پیشرفت بسیار کرده و با در نظر گرفتن جنبه‌های مختلف جنگ، از قربانیان جنگها حمایت و و شیوه‌ها و ابزارهای جنگی را محدود می‌کند. در این زمینه می‌توان به شمار فراوانی از معاهدات- از اعلامیه سن‌پترزبورگ و کنوانسیونهای ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه تا پیمان‌نامه ممنوعیت به کارگیری کودکان در جنگ، مصوب سال ۲۰۰۰ اشاره کرد. با این همه، دو مانع مهم بر سر راه اجرای این پیمان‌نامه‌ها در درگیریهای مسلحانه معاصر وجود دارد: نخست اینکه این پیمان‌نامه‌ها تنها بر دولتهایی اعمال می‌شوند که آنها را تصویب کرده باشند و دوم اینکه این پیمان‌نامه‌ها به رغم تعددشان، درگیریهای مسلحانه معاصر را با جزییات کافی پوشش نمی‌دهند. زیرا اغلب درگیریهای معاصر، غیر بین‌المللی هستند درحالی که قواعد قراردادی ناظر بر درگیریهای مسلحانه غیر بین‌المللی به مراتب کمتر از قواعد ناظر بر درگیریهای

حقوق بین‌الملل بشر دوستانه عرفی

هاجر سیاه رستمی

دستیار تحقیقاتی فصلنامه مطالعات بین‌المللی (ISJ)

عضو دبیرخانه کمیته ملی حقوق بشر دوستانه

Jean-Mary Henckaerts (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 5032 pages.

در دسامبر سال ۱۹۹۵ بیست و ششمین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ خواست تا گزارشی در مورد قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی که قابل اعمال در درگیریهای مسلحانه غیر بین‌المللی باشند تهیه و ارائه کند. کتاب حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی که در سال ۲۰۰۵ به چاپ رسید دستاورد آن پژوهش است.^۱

هدف این پژوهش در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی، به باور برنامه‌ریزان آن، این است که بر برخی

بین‌المللی است.

بین‌الملل عرفی نیازمند وجود دو عنصر است: نخست عملکرد دولتها و دوم باور حقوقی یعنی باور به اینکه آن عملکرد بر حسب نوع قاعده به عنوان یک امر حکمی، لازم، ممنوع یا مجاز بوده است. رهیافتی که در این پژوهش اتخاذ شده تا عرفی بودن یک قاعده اثبات شود، این است که پس از معرفی هر قاعده عرفی، عملکرد موجد عرف و باور حقوقی ناظر بر آن مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته‌اند.

یکم- عملکرد دولت

در انتخاب عملکرد دولتها بر اساس معیارهای ذیل عمل شده است:

۱. هم عملکردهای شفاهی و هم عملکردهای فیزیکی دولتها مورد توجه قرار گرفته‌اند.

۲. عملکرد قوای مجریه، مقننه و قضاییه یک دولت می‌تواند به ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی کمک کند.

۳. اگر عملی هرگز به طور عمومی علنی نشده باشد، هیچ کمکی به ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌کند.

این پژوهش نشان می‌دهد که بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در همه درگیریهای مسلحانه اعم از بین‌المللی و غیر بین‌المللی قابل اجرا و در مقابل همه دولتها قابل استناد هستند. آگاهی از این قواعد برای بسیاری از فعالان در زمینه های اجرا، ترویج و اشاعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه مفید است و به کاهش مباحثات و تردیدها در زمینه حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی کمک می‌کند. آگاهی از این قواعد همچنین در تسهیل فعالیت محاکم ملی و بین‌المللی و همچنین سازمانهای بین‌المللی به کار می‌آید.

روش شناسی

روشی که این پژوهش به کار می‌گیرد این است که پس از شناسایی و معرفی قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه (در جلد یکم)، به جستجو و ارایه عناصر سازنده هر قاعده عرفی (در جلد دوم) می‌پردازد. وجود یک قاعده حقوق

داده باشند. معنای گسترده و نمایانگر بودن این است که عمل مورد نظر باید «عمومی» شده باشد. لازم نیست شمار دقیقی از دولت‌ها آن عمل را انجام داده باشند. آنچه در این زمینه اهمیت دارد کیفیت عملکرد دولت‌هاست نه کمیت آن. یعنی این نکته که «کدام» دولت‌ها آن عملکرد را داشته‌اند بیشتر از اینکه «چه تعداد» از آنها عمل مذکور را انجام داده‌اند اهمیت دارد. به عبارتی عملکرد موجود، باید مشتمل بر عملکرد دولت‌های ذینفع باشد.

سومین مشخصه مربوط به زمان لازم برای ایجاد یک قاعده عرفی است. در این زمینه باید گفت که زمان خاصی لازم نیست، بلکه عملکرد یکسان، گسترده و نمایان دولت‌ها است که اهمیت دارد.

دوم- باور حقوقی

دومین عنصر لازم برای ایجاد یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی، باور حقوقی است. منظور از باور حقوقی باوری است که دولت‌ها هنگام ارتکاب عملی به حقوقی بودن آن عمل و لزوم اجرا و اجبار آن دارند.

۴. آرای محاکم بین‌المللی از آنجا که این محاکم ارگانهای دولتی نیستند، جزو عملکرد دولت‌ها تلقی نمی‌شود.

۵. سازمانهای بین‌المللی شخصیت حقوقی بین‌المللی دارند و عملکرد آنها به ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی کمک می‌کند.

۶. مذاکرات انجام شده در سازمانها و کنفرانسهای بین‌المللی و قطعنامه‌های حاصل از این مذاکرات جزو عملکرد دولت هستند.

۷. عملکرد گروههای مسلح مخالف دولت، مانند دستور العملهای نظامی آنها، جزو عملکرد دولت نیست.

در ارزیابی عملکرد دولت‌ها این نکته باید مورد ارزیابی قرار گیرد که آیا آن عملکرد شرایط لازم را برای ایجاد یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل دارد یا نه. برای این منظور عملکرد دولت‌ها باید یکسان، گسترده و نمایانگر باشد، اما عامل زمان در آن اهمیتی ندارد. یکسان بودن عملکرد دولت‌ها به معنای آن است که دولت‌های مختلف نباید اعمال مختلفی انجام

به این نکته اشاره کرد که پیمان‌نامه‌ها می‌توانند یک عرف موجود را تدوین کنند یا سنگ بنای گسترش یک عرف جدید را بگذارند.

ساختار کتاب

کمیته بین‌المللی صلیب سرخ برای انجام این پژوهش در سال ۱۹۹۵ گروهی از برجسته‌ترین استادان حقوق بین‌الملل بشردوستانه از کشورهای گوناگون را دعوت کرد و یک کمیته تخصصی از آنها تشکیل داد. این کمیته طرح تحقیقی تنظیم کرد و کار خود را آغاز نمود.

کمیته تخصصی نخست مباحث را به شش دسته شامل موارد زیر تقسیم کرد:

- اصل تفکیک
- اشخاص و اهداف مورد حمایت خاص
- روشهای جنگی خاص
- سلاحها
- رفتار باغیر نظامیان
- اجرا

در جریان انجام این پژوهش ثابت شد که تفکیک میان عملکرد دولت و باور حقوقی بسیار دشوار است. وقتی عملکرد واجد شرایط لازم باشد، باور حقوقی عموماً در آن گنجانده شده و در نتیجه معمولاً لازم نیست وجود باور حقوقی به طور جداگانه ثابت شود. با این حال در مواردی که عملکرد مبهم باشد، بررسی باور حقوقی برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا آن عملکرد ایجاد کننده عرف هست یا نه اهمیت می‌یابد.

اثر حقوق قراردادی

پیمان‌نامه‌ها هم در تعیین وجود حقوق بین‌الملل عرفی موثرند، زیرا نشان می‌دهند که چگونه دولتها به برخی قواعد حقوق بین‌الملل می‌نگرند. تصویب، تفسیر و اجرای پیمان‌نامه‌ها و همچنین رزروها و اعلامیه‌های تفسیری که هنگام تصویب صادر می‌شوند می‌توانند در تحلیل عرفی شدن یا نشدن یک قاعده قراردادی موثر باشند. دیوان بین‌المللی دادگستری در رای خود در قضیه فلات قاره دریای شمال

عملکرد دولتها هم در طیف وسیعی از اسناد از جمله قطعنامه های صادره از ارکان ملل متحد و گزارشهای تقدیمی به کمیته های حقوق بشری، مذاکرات مقدماتی تصویب پیمان نامه ها و دادخواستهای دولتها به محاکم بین المللی و ملی، گزارشهای دبیر کل سازمان ملل و اسناد مشابه مورد بررسی قرار گرفت. همچنین کمیته بین المللی صلیب سرخ نیز اسناد موجود در آرشیو خود از بیش از ۴۰ درگیری در سراسر جهان را در اختیار پژوهشگران قرار داد.

پس از تحقیق در این اسناد جلد یکم و دوم کتاب به ترتیب ذیل تنظیم شدند:

جلد یکم (مشمول بر ۶۲۱ صفحه)

در جلد یکم که به معرفی قواعد عرفی حقوق بین الملل بشردوستانه می پردازد به ترتیب ذیل قواعد عرفی معرفی شده اند:

بخش اول - اصل تفکیک، با معرفی ۲۴ قاعده عرفی
بخش دوم - اشخاص و اهداف مورد

سپس به پژوهش در منابع ملی، بین المللی و آرشیو صلیب سرخ برای یافتن اسنادی از عملکرد دولتها در این شش موضوع پرداخت. برای تحقیق در منابع ملی کشورها، ۵۰ کشور (۹ کشور از آفریقا، ۱۵ کشور از آسیا، ۱۱ کشور از اروپا، ۱۱ کشور از آمریکا و همچنین استرالیا) را انتخاب کرد و در هر یک از این کشورها یک پژوهشگر یا گروهی از پژوهشگران را برای گزارش دهی در مورد عملکرد دولت انتخاب کرد. منابعی که مورد استفاده پژوهشگران بومی واقع شدند عبارتند از: دستورالعملهای نظامی، قوانین ملی، موارد مطرح در دادگاههای ملی، دستورالعملهای صادره خطاب به نیروهای نظامی و امنیتی، مکاتبات نظامی در هنگام جنگ، اعتراضات دیپلماتیک، نظرات مشاوران حقوقی، نظرات دولت در مورد پیش نویس معاهدات، آرای اجرایی و مقررات، دادخواستهای تقدیمی به محاکم بین المللی، اظهار نظرات در سازمانها و کنفرانسهای بین المللی و موضع گیری دولت در برابر قطعنامه های سازمانهای بین المللی.

که بر اساس آنها، عرف ایجاد شده در آن آمده است و پژوهشگر می‌تواند همانگونه که در ذیل هر قاعده عرفی ارجاع داده شده به جلد دوم، فصل و بخش مورد نظر رجوع کند تا از عملکردهایی که مبنای ایجاد آن قاعده بوده‌اند اطلاع یابد. دوم انتشار مجموعه اطلاعاتی که جمع آوری شده مفید به نظر می‌رسد و پژوهشگران و مجریان می‌توانند عملکردهای جمع آوری شده را در کارهای تخصصی خود به کار گیرند.

یک نمونه

برای نمونه نخستین قاعده ای که در جلد یکم کتاب و در ذیل عنوان اصل تفکیک به آن پرداخته شده این است:

« قاعده ۱. طرفهای درگیری باید همواره میان غیرنظامیان و رزمندگان تفکیک قایل شوند. حملات باید تنها علیه رزمندگان هدایت شوند. حملات نباید علیه غیر نظامیان هدایت شوند.»

حمایت خاص، با معرفی ۲۱ قاعده عرفی
بخش سوم - روشهای جنگی خاص،
با معرفی ۲۴ قاعده عرفی
بخش چهارم - سلاحها، با معرفی
۱۷ قاعده عرفی.
بخش پنجم - رفتار با غیر نظامیان و
اشخاصی که اسلحه بر زمین گذاشته‌اند، با
معرفی ۵۲ قاعده عرفی
بخش ششم - اجرا، با معرفی
۲۳ قاعده.

جلد دوم (مشمول بر دو جلد جمعاً بالغ بر ۴۴۱۱ صفحه)

پس از جمع آوری عملکردها همه آنها خلاصه، ویرایش و تنظیم شده و در قالب جلد دوم کتاب به چاپ رسید. دو هدف در انتشار این مجموعه وجود داشت: نخست اینکه کسانی که به این کتاب رجوع می‌کنند بتوانند از ریشه هر یک از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در عملکردها اطمینان یابند. چون هر قاعده ای که در جلد یکم کتاب آمده است به بخش و فصلی در جلد دوم ارجاع می‌دهد که عملکردهایی

عملکرد

جلد دوم، فصل یکم، قسمت الف.

ابتدا در پاراگرافی با عنوان چکیده این قاعده به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال در همه درگیریهای مسلحانه اعم از ملی و بین‌المللی معرفی شده است. سپس مورد اجرای آن در درگیریهای مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی شرح داده شده است. برای نمونه نوشته شده که در درگیریهای مسلحانه بین‌المللی اعلامیه سن پترزبورگ، ماده ۲۵ مقررات لاهه، مواد ۴۸، و بند ۲ مواد ۵۱ و ۵۲ پروتکل یکم الحاقی (که تاکنون هیچ رزروی هم به آنها وارد نشده است)، پروتکل دوم و سوم الحاقی به کنوانسیون سلاحهای متعارف و کنوانسیون اتاواراجع به ممنوعیت مینهای ضدنفر، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به اصل تفکیک اشاره و حمله به اشخاص و اهداف غیرنظامی ممنوع شده است. بسیاری از دستورالعملهای نظامی - مانند دستورالعمل نظامی سوئد - و آرای محاکم ملی - مانند رای دادگاه نظامی اسراییل در

قضیه کاظم در سال ۱۹۶۹ بر مصونیت غیرنظامیان در برابر حمله تاکید دارند. همچنین رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سلاحهای هسته‌ای اصل تفکیک را یکی از اصول بنیادین معرفی کرد.

در درگیریهای مسلحانه غیر بین‌المللی هم بند ۲ ماده ۱۳ پروتکل دوم الحاقی، پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون سلاحهای متعارف، همچنین پروتکل سوم الحاقی به این کنوانسیون که پس از اصلاح ماده ۱ آن در درگیریهای غیر بین‌المللی هم قابلیت اجرا یافته است، کنوانسیون اتاواراجع به ممنوعیت مینهای ضد نفر و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بر ممنوعیت حمله به اشخاص و اهداف غیرنظامی تاکید می‌کنند. دستورالعملهای نظامی، اعلامیه‌های رسمی راجع به درگیریهای غیر بین‌المللی، اظهار نظر دولتها نزد دیوان در قضیه سلاحهای هسته‌ای بر اعمال اصل تفکیک در درگیریهای غیر بین‌المللی صحه گذاشته‌اند.

در سال ۱۹۳۸ مجمع جامعه ملل بمباران جمعیت غیرنظامی را غیرقانونی

از طرفهای درگیرهای مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی درخواست کرده است. پس از بررسی این قاعده در جلد یکم، پژوهشگر می‌تواند همانگونه که در ذیل این قاعده ارجاع داده شده به جلد دوم، فصل یکم، قسمت الف رجوع کند تا از عملکردهایی که مبنای ایجاد آن قاعده بوده‌اند اطلاع یابد. با مراجعه به آن قسمت ملاحظه خواهد شد که عملکردها به شکل ذیل طبقه بندی و معرفی شده‌اند:

۱. پیمان‌نامه‌ها و اسناد دیگر

- پیمان‌نامه‌ها (موادی از پروتکل یکم و دوم الحاقی ۱۹۷۷ و دیباچه کنوانسیون اتاوا)؛

- اسناد دیگر (موادی از کد لیبر، دستورالعمل اکسفورد ۱۸۸۰، یادداشت تفاهم بین کرواسی و یوگسلاوی سابق ۱۹۹۱، قرارداد اجرای IHL بین طرفهای جنگ در یوسنی ۱۹۹۲ و....).

۲. عملکردهای ملی

- دستورالعملهای نظامی (دستورالعمل

اعلام کرد. بیستمین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر در سال ۱۹۶۵ از دولتها خواست ممنوعیت حمله به جمعیت غیرنظامی را مدنظر قرار دهند، اعلامیه مجمع عمومی با عنوان رعایت حقوق بشر در درگیریهای مسلحانه سال ۱۹۸۶ بر لازم الاجرا بودن اصل تفکیک تاکید کرد، برنامه عمل سال ۲۰۰۳-۲۰۰۲ بیست و هفتمین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر از دولتها خواست به اصل تفکیک احترام بگذارند، شورای امنیت هم در قطعنامه شماره ۱۲۹۶ خود در سال ۲۰۰۰ نگرانی شدید خود را از نقض اصل تفکیک اعلام کرد.

عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سلاحهای هسته‌ای، دادگاه بین‌المللی جنایی برای یوگسلاوی سابق در قضایای Tadic, Martić, Kupreskić و کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در قضیه La Tablada در آرژانتین مدارک دیگری هستند که عرفی بودن اصل تفکیک را نشان می‌دهند. ضمن اینکه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ هم همواره رعایت این اصل را

۴. عملکرد نهادهای بین‌المللی قضایی و شبه قضایی

رای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سلاحهای هسته‌ای.
رای ICTY در قضیه Blaskic و...

۵. عملکرد نهضت بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر

تقاضای کمیته در سال ۱۹۷۹ در جنگ رودزیا - زیمباوه.
اعلامیه کمیته در سال ۱۹۸۴ در جنگ عراق و ایران و...

۶. عملکردهای دیگر

قطعنامه موسسه حقوق بین‌الملل در نشست ادینبورگ در ۱۹۶۹.

گزارش نیکاراگوئه از نقض IHL در ۱۹۸۵ و...

در این قسمت در مجموع ۸۲ نمونه عملکرد در تایید عرفی بودن اصل تفکیک آورده و شرح داده شده‌اند. به این ترتیب عملکردهای ناظر بر هر یک از ۱۶۱ قاعده‌ای که در جلد یکم - به ترتیب مذکور

نظامی حقوق جنگ آرژانتین، دستورالعمل نیروهای دفاعی استرالیا، دستورالعمل حقوق جنگ بلژیک و (...).

• قوانین ملی (قانون جزای نظامی (نروز)

• قضایای مطرح در محاکم ملی (سابقه ای یافت نشد)

• دیگر عملکردهای ملی (گزارش تسلیمی به سنای بلژیک در ۱۹۹۱، نظرات اکوادور و مصر در مورد قضیه سلاحهای هسته‌ای در دیوان و...).

۳. عملکرد سازمانها و کنفرانسهای بین‌المللی

• سازمان ملل متحد (قطعنامه های ۲۴۴۴ و ۲۶۷۵ مجمع عمومی و...).

• دیگر سازمانهای بین‌المللی (اعلامیه اتحادیه اروپا به مناسبت پنجاهمین سالگرد کنوانسیونهای ژنو و ...).

• کنفرانسهای بین‌المللی (بیستمین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر).

در صفحه پیش-آمده‌اند، در جلد دوم بر
شمرده شده و توضیح داده شده‌اند.

یادداشت:

۱. این کتاب در کتابخانه دبیرخانه کمیته ملی حقوق
بشر دوستانه، دفتر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، دفتر
فصلنامه مطالعات بین‌المللی (ISJ) و کتابخانه‌های
دانشکده‌های حقوق و مراکز مطالعات حقوقی موجود و
برای پژوهشگران قابل استفاده است.

