

در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی*

فرانچسکو فرانکیونی**

مترجمان: علیرضا ابراهیم‌گل*** و فرزانه آقاشاهی****

چکیده

از نیمه دوم قرن بیستم به این سو، حقوق بین‌الملل حمایت از اموال فرهنگی به‌ویژه از طریق معاهدات و اسناد حقوقی نرم توسعه یافته است. اما وضعیت حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه چگونه است؟ آیا تعهداتی با ویژگی کلی قابل اعمال بر تمام دولت‌ها در زمینه احترام و حفظ میراث فرهنگی وجود دارد؟ این مقاله رویه بین‌المللی اخیر در زمینه رفتار با اموال فرهنگی را در چهار بخش مختلف مخصصات مسلحانه، اشغال، همکاری علیه تجارت غیرقانونی و میراث معنوی مورد مطالعه قرار می‌دهد و به این نتیجه می‌رسد که هسته‌ای از تعهدات ماهوی و شکلی در حقوق بین‌الملل در حال شکل‌گیری است که پیامد آگاهی از این امر است که حفظ تنوع گسترده میراث فرهنگی جهان، قسمتی از منفعت کلی بشریت است.

*. مشخصات و مأخذ اصل مقاله بدین شرح است:

Francioni. Francesco, Au-Dela Des Traites: L'Emergence D'un Nouveau Droit Coutumier Pour La Protection Du Patrimoine Culturel, Revue General De Droit International Public, Tome 111, No. 1, 2007, pp. 19-41.

** استاد حقوق بین‌الملل در دانشگاه سین و مؤسسه دانشگاهی اروپایی فلورانس.

*** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

**** کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل.

حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر اموال فرهنگی، در پنجاه سال اخیر، پیشرفت مستمر و قابل ملاحظه‌ای کرده است. از زمان ایجاد یونسکو- سازمان فرهنگی، علمی و تربیتی ملل متحد- معاهدات چندجانبه زیادی منعقد شده‌اند که به یافتن تعریف دقیقی از مفهوم «میراث فرهنگی» که سابق بر آن گیج‌کننده^۱ و پراکنده بود کمک کرده‌اند.^۲ حقوق بشردوستانه متضمن قواعد خاصی راجع به حمایت از اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه، خواه بین‌المللی، خواه داخلی است.^۳ تعهداتی برای پیشگیری و مقابله با تجارت غیرقانونی اموال فرهنگی منقول^۴ توسط تعداد روزافزونی از کشورهای صادرکننده و واردکننده [این اموال] به رسمیت شناخته شده است.^۵ مفهوم بدیع «میراث جهانی» مبنای گسترش یک نظام همکاری بین‌المللی برای محافظت و ارتقای اهمیت و ارزش برخی از اموال فرهنگی و طبیعی است که دارای ارزش استثنایی جهانی هستند.^۶ اخیراً و در آغاز قرن ۲۱ حمایت بین‌المللی از میراث فرهنگی در سطح معاهداتی به میراث فرهنگی زیر آب^۷ و میراث فرهنگی معنوی نیز گسترش یافته است.^۸ با توجه به اینکه تقریباً تمامی دولت‌ها به عضویت برخی از این معاهدات درآمده‌اند، برخی از آنها نظیر کنوانسیون ۱۹۷۲ راجع به حمایت از میراث جهانی فرهنگی و طبیعی که امروزه ۱۸۳ کشور به عضویت آن درآمده‌اند ویژگی تقریباً جهانی یافته‌اند. دیگر معاهدات، اگرچه ارزش حقوقی جهانی به دست نیاورده‌اند، اما با رشد مستمر و روزافزون تعداد دولت‌های عضو مواجه شده‌اند؛ از جمله کنوانسیون ۱۹۷۰ پاریس «راجع به تدابیر لازم برای ممنوعیت و جلوگیری از واردات، صادرات و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی» و کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه راجع به حمایت از اموال

۱. Elusif، با مراجعه به فرهنگ‌های مختلف فرانسوی معنای دقیقی برای این کلمه پیدا نشد، لذا ما واژه گیج‌کننده را به جای آن گذاریم.

۲. اصطلاح ترکیبی «اموال فرهنگی»، نخستین بار توسط کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه راجع به حمایت از اموال فرهنگی در مواقع بروز مخاصمات مسلحانه به کار رفت. در اسناد بین‌المللی قبلی، مفهوم واحدی از اموال فرهنگی وجود نداشت، اما به اشیا که دارای ارزش تاریخی، ماندگار یا بشری هستند و باید در برابر اقدامات جنگی مورد حفاظت قرار گیرند، اشاره‌ای کلی شده بود. در این خصوص رجوع کنید به مواد ۲۷ و ۵۶ قواعد منضم به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و ماده ۵ کنوانسیون نهم لاهه.

۳. رک. کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های ۱۹۷۷ الحاقی به آنها، به‌ویژه بند ۱ ماده ۵۲ و مواد ۵۳ و ۸۵ پروتکل شماره ۱ و مواد ۱ تا ۱۶ پروتکل شماره ۲.

۴. کنوانسیون مربوط به تدابیر اتخاذ شده برای ممنوعیت و جلوگیری از صادرات، واردات و انتقال غیرقانونی اموال فرهنگی، مصوب ۱۴ نوامبر ۱۹۷۰ پاریس.

۵. این کنوانسیون شامل ۱۱۰ دولت متعاقد از جمله عمده‌ترین واردکنندگان اموال فرهنگی، مانند ایالات متحده، انگلستان، سوئیس، ژاپن و فرانسه است.

۶. کنوانسیون مربوط به حمایت میراث جهانی، فرهنگی و طبیعی، مصوب ۱۶ نوامبر ۱۹۷۲ پاریس.

۷. کنوانسیون مربوط به حمایت از میراث فرهنگی زیر آب، مصوب ۲ نوامبر ۲۰۰۱ پاریس.

۸. کنوانسیون حمایت از میراث فرهنگی معنوی، مصوب ۱۷ اکتبر ۲۰۰۳.

فرهنگی در مخاصمات مسلحانه^۹ و پروتکل‌های الحاقی منضم به آن.^{۱۰}

اما آیا امروزه در کنار این مجموعه از معاهدات، هسته‌ای از اصول کلی حقوق بین‌الملل عام قابل اعمال در حمایت از میراث فرهنگی که مستقل از تعهدات ناشی از آن معاهدات برای تمام دولت‌ها الزام‌آور باشد، وجود دارد؟ دیوان بین‌المللی دادگستری هیچ‌گاه مجال آن را نیافته که راجع به این مسئله اظهارنظر کند. دعوای لیختن اشتاین علیه آلمان در مورد استرداد برخی آثار هنری مصادره شده پس از جنگ جهانی دوم در کشورهای ثالث، از مرحله ایرادات مقدماتی فراتر نرفت و دیوان خود را فاقد صلاحیت برای رسیدگی اعلام کرد.^{۱۱} در قضیه دیگری نیز که دیوان اروپایی حقوق بشر فرصت یافت به ایجاد تعادل گاه دشوار میان حقوق خصوصی و منافع عمومی نسبت به اشیای فرهنگی بپردازد، رأی صادر شده از اعمال خشک و دقیق مقررات پروتکل اول راجع به حمایت از اموال خصوصی فراتر نرفت.^{۱۲} از سوی دیگر، در کنار کاستی و قلت رویه قضایی بین‌المللی، مستمراً مشاهده می‌شود که رویه بین‌المللی و دکترین در این حوزه تا یافتن اصول کلی قابل مقایسه با آنهایی که برای حمایت از دیگر «منافع عمومی بین‌المللی» پذیرفته شده‌اند راه درازی دارد، منافی همچون حقوق بشر و حقوق محیط زیست که امروزه عموماً به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی شناخته شده‌اند.^{۱۳}

علی‌رغم این تأخیر در سطح دکترین و رویه قضایی بین‌المللی، بعضی تجلیات و مظاهر رویه دولت‌ها و رویه قضایی، حاکی از آن است که حمایت از میراث فرهنگی، بیش از پیش به یک دغدغه جامعه بین‌المللی تبدیل شده است و به‌منظور حمایت از میراث فرهنگی دیگر کشورها در قلمروهای خارج از حوزه قضایی ملی و حتی داخل در قلمروها و مناطق تحت صلاحیتشان، برخی تعهدات در زمینه حقوق عرفی به دولت‌ها تحمیل می‌شوند.

در محدوده این مقاله مختصر، سعی خواهیم کرد به شیوه‌ای ترکیبی، اصول در حال ظهوری را که به اعتقاد من، حدود حقوق بین‌الملل عرفی در این حوزه هستند، طرح‌ریزی کنم. دیدگاه اساسی که مرا به بازسازی این اصول برانگیخت، احترام و حمایت اموال فرهنگی است که بخشی از منافع عمومی جامعه بین‌المللی را تشکیل می‌دهد، چرا که تخریب یا ویرانی قسمتی از میراث

۹. ۱۱۵ کشور عضو این کنوانسیون هستند.

۱۰. پروتکل الحاقی بر کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه راجع به حمایت از اموال فرهنگی در صورت وقوع مخاصمات مسلحانه و پروتکل شماره دو ۱۹۹۹ بر کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه به‌منظور حمایت از اموال فرهنگی در صورت مخاصمات مسلحانه.

11. *Certains Biens (Liechtestein c. Allemagne)*, arrêt du 10 février 2005, voir à <http://www.icj-cij.org/cij/www/edocket/cla/claframe.htm>.

12. *Beyclerc. Italy*, Application no. 33202/96, decision 5 January 2000.

13. B. Simma, *International Human Rights and General International Law: a Comparative Analysis*, Collected Courses of the Academy of European Law, 1993, vol. IV- 2, pp. 153- 256; F. Francioni, *Customary International Law and the European Convention on Human Rights*, IYIL, 1999, p. 11 ss.

فرهنگی، همان‌طور که در مقدمه کنوانسیون ۱۹۷۲ یونسکو آمده «... فقر شوم میراث تمام ملل جهان است». برای تسهیل مطالعه منظم و سیستماتیک این مسئله، این اصول در چارچوب‌های مختلف (جنگ یا صلح) که در آنها مسئله حمایت از گونه‌های مختلف اموال فرهنگی (چه منقول یا غیرمنقول)، با توجه به موقعیت و ماهیت آنها (سرزمینی یا فراسرزمینی، مادی یا معنوی) مطرح می‌شود مورد بازسازی قرار می‌گیرند.

۱. تعهد به محافظت از اموال فرهنگی در صورت وقوع مخاصمه مسلحانه

حقوق بین‌الملل کلاسیک بر آزادی دولت‌ها در انهدام یا غارت اموال هنری یا تاریخی دولت‌های دشمن در صورت جنگ، محدودیت‌های بسیار ناچیزی قائل شده است. بدون اینکه نیازی به اشاره به دوران کلاسیک باشد که در آن مثال‌های قابل توجهی از انهدام کامل میراث فرهنگی دشمن به چشم می‌خورد،^{۱۴} کافی است یادآور شویم که حتی در دوران «رنسانس» که موفقیت هنر و زیبایی را به‌عنوان نمادهای قدرت در خدمت دولت و کلیسا می‌بیند، پدر علم سیاست مدرن، «ماکیاولی» بر لزوم انهدام کامل شهرهای فتح شده تأکید می‌کرد.^{۱۵} یک قرن بعد، «آلبریکوس جنتیلی»، از پدران علم مدرن حقوق بین‌الملل برای فصل ششم اثر اصلی‌اش با نام «De jure belli Libri tres» عنوان معنادار «حق تصاحب اشیا در زمان جنگ» را انتخاب کرده بود. به نظر می‌رسد غارت و چپاول رم توسط ارتش آلمانی شارل پنجم، جنگ ۳۰ ساله قرن هفدهم^{۱۶} و غارت سازماندهی شده توسط ناپلئون به‌ویژه در طول جنگ با ایتالیا، همگی به‌گونه‌ای مؤثر، حاکی از توجه به هشدار ماکیاولی به همراه نقش جدیدی است که به میراث فرهنگی به‌عنوان عنصری برای اشتهار قدرت‌های اروپایی اختصاص یافته است.

تنها در نیمه قرن نوزدهم بود که مشروعیت انهدام و غارت در هنگام جنگ در معرض تردید قرار گرفت. در ایالات متحده، نخستین گام به سوی محدودیت ابزارها و وسایل جنگی و نحوه مبادرت به جنگ با کد «لیبر» و به نام استاد دانشگاه کلمبیا آغاز شد که در طول جنگ داخلی آمریکا نگاشته و در سال ۱۸۶۳ توسط ارتش متحد مورد قبول واقع شده بود. اصول کد «لیبر» در

14. S. Nahlik, La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1967, vol. 1, L'invasion de Corinthe par les Turcs en 1715 est évoquée par chief judge Bauer dans sa décision Greek Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Goldberd, 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990).

15. چطور می‌توان بر دولت‌هایی حکومت کرد که قبل از فتح آنها، زیر سلطه قوانین خود زندگی می‌کردند.
16. یکی از مثال‌های خیلی معروف، تصرف کتابخانه «پلاتین دو هدلبرگ» است که بعد از آن توسط امپراتور «باوارا ماکسیمیلین» به پاپ گریگور پانزدهم اهدا شد. رک.

F. Ch. De Visscher, International Protection of Works of Art and Historic Monuments, US Department of State, Documents and State Papers, June 1949, p. 823.

«اعلامیه بروکسل» ۱۸۷۴ نیز که در پایان یک کنفرانس بین‌الدولی پذیرفته شد قید شده و در مواد ۸ و ۱۷ آن ممنوعیت حمله یا غارت اموال و مؤسسات مذهبی، آموزشی، هنری و علمی توسط متخاصمین مقرر گردیده است. اگرچه اعلامیه بروکسل به علت مخالفت انگلستان، هیچ‌گاه از لحاظ حقوقی الزام‌آور نشد، اما تأثیر قابل توجهی بر تحول حقوق و رویه بعدی داشت. این اصول که تقریباً عیناً در «دستورالعمل آکسفورد» راجع به جنگ زمینی مصوب سال ۱۸۸۰ مؤسسه حقوق بین‌الملل تکرار شده‌اند و در مواد ۳۴ و ۵۳ ممنوعیت اعمال جنگی علیه مجسمه‌های تاریخی، آرشیو و آثار هنری را مورد تأیید قرار می‌دهند، متعاقباً در معاهدات الزام‌آور ناشی از کنفرانس‌های صلح ۱۸۹۹^{۱۷} و ۱۹۰۷^{۱۸} گنجانده شده‌اند.

علی‌رغم پیشرفت چشمگیری که با پذیرش این اسناد کنوانسیون‌ها به چشم می‌خورد، هنوز نمی‌توان در ابتدای قرن بیستم وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی که دولت‌ها را به احترام به میراث فرهنگی در زمان جنگ ملزم کند، تأیید کرد. چیزی که هنوز در این دوران جایش خالی است، تعریف قاعده‌مندی از آن چیزی است که ما آن را میراث فرهنگی تلقی می‌کنیم. حمایت به یک گروه خاص از «اموال فرهنگی» اعطا نمی‌شود، بلکه به صورت پراکنده شامل برخی اموال می‌شود که با استفاده از روش تجربی به‌عنوان مراکز تاریخی، مذهبی و آموزشی شناسایی شده و شایسته حمایتند؛ زیرا بی‌دفاعند و در مالکیت خصوصی یا عمومی قرار دارند و یا همچون بیمارستان‌ها، کارکردی بشردوستانه دارند.^{۱۹} نهایتاً این حمایت نیز با قیود «تا حد امکان» و «در صورت تمایل» مشروط می‌شود^{۲۰} و این امر، خصیصه قاعده‌مندی و هنجاری این مقررات معاهداتی را به میزان قابل توجهی تضعیف می‌کند.

تنها بعد از جنگ جهانی دوم^{۲۱} و با پذیرش منشور ملل متحد و ممنوعیت توسل به زور، اعلام اصول اساسی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در اعلامیه جهانی ۱۹۴۸، و کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ شرایط تاریخی مناسبی در سطح جهانی برای تدوین اصول کلی در زمینه حمایت از اموال فرهنگی در هنگام مخاصمات مسلحانه فراهم شد. در این اوضاع و احوال، یونسکو نقش

۱۷. ماده ۵۶ قواعد منضم به کنوانسیون دوم لاهه ۱۸۹۹ راجع به جنگ زمینی.

۱۸. مواد ۲۷ و ۵۶ قواعد منضم به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ راجع به جنگ زمینی.

۱۹. ماده ۲۲ قواعد لاهه راجع به جنگ هوایی.

۲۰. رک. ماده ۲۷ قواعد منضم به کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه راجع به جنگ زمینی و ماده ۲ کنوانسیون چهارم لاهه.

۲۱. قابل ذکر است در سال‌های پیش از جنگ جهانی دوم، دو ابتکار عمل مهم برای حمایت بین‌المللی از اموال فرهنگی اتخاذ شد. اولین آن پیمان «دوربیچ» مصوب ۱۵ آوریل ۱۹۳۵ واشنگتن بود که برای نخستین بار این اندیشه که اموال فرهنگی، میراث مشترک فرهنگ تمام ملل را تشکیل می‌دهند در آن مطرح شد. دومین ابتکار طرح پیشنهادی جامعه ملل برای یک کنوانسیون عام راجع به حمایت از اشیای فرهنگی بود که با توجه به غارت‌هایی که در این دوره در جنگ داخلی اسپانیا انجام شده بود، ارائه شد. اما ارزش این دو ابتکار برای بازسازی اصول کلی محدود باقی می‌ماند؛ چرا که نخستین سند، یک ویژگی منحصرأ منطقه‌ای داشت و دومین ابتکار به تصویب سندی هنجاری منتهی نشد.

اصلی را به عهده داشت. از ابتدای دهه ۱۹۵۰، یونسکو در اتخاذ کنوانسیون‌های بین‌المللی، و توصیه‌ها و اعلامیه‌هایی که در مجموع به توسعه حقوق بین‌الملل عام کمک می‌کنند، مشارکت داشته است. این مشارکت در سطوح مختلفی قابل بررسی است.

سطح نخست، مربوط به مفهوم‌سازی گروه «اموال فرهنگی» به‌عنوان یک گروه حقوقی مستقل است که به دلیل ارزش ذاتی فرهنگ، نه به‌عنوان پیامد غیرمستقیم حمایت از مالکیت یا حاکمیت، باید مورد حمایت بین‌المللی قرار گیرند. کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه نیز مؤید این تلقی مفهومی براساس سه معیار حقوقی است و تعریف اصیل و یکنواختی از «اموال فرهنگی» ارائه داده است:

۱. «اهمیت زیاد» آن اموال برای تمدن ملل،

۲. معیار رده شناختی که بر شناسایی سه گروه از اموال مبتنی است،^{۲۲} و

۳. معیار ثبت در فهرست حمایت ویژه که به اموال دارای ارزش و اهمیت استثنایی اعطا می‌شود.

در سطح دوم و در کنار تعریف حقوقی آن، کنوانسیون لاهه این مفهوم را طرح کرد که اموال فرهنگی، نه به‌خاطر ارزش مادی آنها، بلکه به‌عنوان عناصر منفعت بشری در حفظ مشارکت گسترده تمام ملل در فرهنگ و تمدن جهانی باید مورد حمایت قرار گیرند. این اندیشه در عبارت مشهوری که در مقدمه کنوانسیون ۱۹۵۴ آمده، بیان شده است: «با اعتقاد به اینکه خسارت به اموال فرهنگی متعلق به هر ملت به هر روش، خسارت به میراث کل بشریت تلقی می‌شود، زیرا هر ملت سهم خویش را در فرهنگ جهانی دارا است».

در سومین سطح، عملکرد یونسکو به تقویت حمایت از میراث فرهنگی در صورت وقوع مخاصمات مسلحانه از طریق توسعه تدریجی اصل مسئولیت بین‌المللی کیفری فردی برای اعمال جدی تخریب و خسارت زدن به اموال فرهنگی کمک کرده است. پروتکل دوم الحاقی ۱۹۹۹ به کنوانسیون لاهه که در سال ۲۰۰۴ لازم الاجرا شد، بخش چهارم خود را به این اصل اختصاص داده و مقرر می‌کند که دولت‌های متعاقد ملزمند مقررات کیفری را در حقوق داخلی خویش برای مجازات مسئولین ایراد خسارات و صدمات «جدی» به میراث فرهنگی وضع کرده یا چنین مقرراتی را در صورت وجود حفظ کنند. برای نقض‌های شدیدتر همچون تخریب اموال ثبت‌شده در فهرست اموال مورد «حمایت مشدد»^{۲۳} یا تخریب اموال مورد حمایت پروتکل در

۲۲. اولین دسته، شامل اموال منقول و غیرمنقول، بناهای تاریخی، مراکز باستان‌شناسی، آثار هنری و مجموعه‌های علمی است که معیار «اهمیت زیاد» را محقق می‌کنند. دومین دسته، شامل بناهایی است که اموال فرهنگی را در خود جای داده‌اند، مانند موزه‌ها، کتابخانه‌ها و آرشیوها و سومین دسته شامل مراکز تاریخی و یادبود می‌شود (ماده ۱).

۲۳. این نوع حمایت توسط پروتکل و به‌منظور علایجی برای شکست «حمایت ویژه» باب شد که توسط مواد ۸ تا ۱۱ کنوانسیون لاهه پیش‌بینی شده‌اند. نوآوری اصلی پروتکل شامل اختصاص صلاحیت ثبت اموال فرهنگی دارای اهمیت بسیار

مقیاس وسیع، ماده ۱۶ مشروط بر این که شخص تحت تعقیب در قلمرو مقر دادگاه یافت شود صلاحیت جهانی را مقرر می‌کند.^{۲۴} در کنار اسناد یونسکو، اسناد مؤسس محاکم کیفری بین‌المللی و رویه قضایی آنها نیز به اصل مسئولیت کیفری برای صدمات و خسارات شدید به تمامیت میراث فرهنگی در چارچوب مخاصمات مسلحانه پرداخته‌اند. بند «د» ماده ۳ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی مقرر می‌کند که «تخریب، غارت و ایراد خسارت عمدی به مؤسسات مذهبی و آموزشی، بناهای یادبود، و آثار هنری و علمی، از جمله جنایات جنگی تلقی می‌شود». در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز مقررات مشابهی وجود دارد (شق ۹ قسمت «ب» بند ۲ ماده ۸ و شق ۴ قسمت «ج» بند ۲ ماده ۸). دادگاه یوگسلاوی تاکنون مقررره خاص بند «د» ماده ۲ را در مجموعه‌ای از قضایا که مهم‌ترین آنها مربوط به حمله به شهر تاریخی «دوبرونیک»^{۲۵} بود، اعمال کرده است. در این قضیه، دادگاه فرصت یافت این مطلب را تأیید کند که «جرم تخریب یا ایراد خسارت عمدی به مؤسساتی که به اهداف مذهبی، خیریه‌ای، آموزشی، هنری و علمی اختصاص داده شده‌اند و تخریب بناهای یادبود تاریخی و آثار هنری و علمی، نقض ارزش‌هایی است که مورد حمایت ویژه جامعه بین‌المللی است».^{۲۶} رویه قضایی آن دادگاه از مقررره خاص مندرج در بند «د» ماده ۳ فراتر رفته و در یک سری قضایا پذیرفته است که تخریب عمدی اموال مذهبی و فرهنگی یک ملت یا یک گروه می‌تواند جنایت «علیه بشریت» به‌خصوص جنایت آزار و اذیت باشد که در بند «ح» ماده ۵ اساسنامه پیش‌بینی شده است: «... در واقع، تمام بشریت از تخریب یک فرهنگ مذهبی منحصر به فرد و اشیای فرهنگی مربوط به آن دچار صدمه و زیان می‌شود».^{۲۷} سرانجام آن که مسئله مهم‌تری که این ماده به آن می‌پردازد آن است که رویه قضایی دادگاه یوگسلاوی صراحتاً پذیرفت که جرم انگاری تخریب عمدی میراث فرهنگی توسط حقوق بین‌الملل عرفی تأیید شده است.^{۲۸} دیگر تجلیات رویه بین‌المللی معاصر،

برای بشریت که تحت حمایت مؤثر حقوق ملی بوده و توسط دولت ذی‌ربط برای مقاصد نظامی استفاده نشده‌اند در فهرست موضوع ماده ۲۷ است.

۲۴. برای بررسی انتقادی این مقررات رجوع کنید به:

A. Gioia, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: The Second Protocol to the 1954 Hague Convention*, IYIL, 2001, p. 25 ff., at pp. 53-55.

25. Dubrovnik

26. Prosecutor c. Jokic, ICTY Case No. IT-01-42-1S, 18 mar. 2004, par. 46. Voir aussi le cas Prosecutor c. Strugar, ICTY Case No. IT-01-42, 31 jan. 2005.

27. Procceutor c. Kordic & Cerkez, ICTY Case No. IT-95-14/2-1, 26 feb. 2001, par. 207.

۲۸. گرچه در ابتدا به نظر می‌آید که رویه قضایی دادگاه با استناد به ویژگی تکراری و سیستماتیک تخریب اموال فرهنگی و مذهبی از این اصل نسبت به یک طرف و خصوصاً در قضایای Kordic و Cerkez تفسیر مضیق‌تری به عمل می‌آورد، می‌توان گفت که نسبت به اعمال منفرد نیز مسئولیت وجود دارد، مشروط بر آنکه حاکی از قصد تبعیض‌آمیز اذیت و آزار باشند.

❖ ۱۳۳ در فراسوی حقوق معاهدات ...

نشان می‌دهند که چگونه ممنوعیت اقدامات اعمال تخریب عمدی اموال فرهنگی دارای اهمیت بسیار و بدون هرگونه توجیه ضرورت نظامی توسط حقوق بین‌الملل عرفی در حال تأیید است. کنفرانس عمومی یونسکو در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۳ اعلامیه راجع به تخریب عمدی میراث فرهنگی را که چه در زمان جنگ و چه در زمان صلح اعمال می‌شود با کنسانسوس اتخاذ کرد.^{۲۹} یک سال پس از این اعلامیه مهم، تخریب عمدی یک مال دارای اهمیت تاریخی و فرهنگی مهم در حقوق بین‌الملل عرفی و از طریق رویه قضایی بین‌المللی، غیرقانونی توصیف شده است. در مورد تخریب استل‌های ماتارا^{۳۰} در چارچوب مخاصمه بین اریتره و اتیوپی در سال‌های ۱۹۹۸-۲۰۰۰ کمیسیون دعوی که به موجب توافقات صلح منعقد در ۱۲ دسامبر ۲۰۰۰ در الجزایر تأسیس شده بود رأی داد که اتیوپی به‌عنوان دولت اشغالگر، مسئول تخریب عمدی استل‌ها است، شیئی که از منظر تاریخی برای اریتره اهمیت بسیاری دارد. از آن جا که هیچ‌یک از اتیوپی و اریتره عضو کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه نبودند، این تصمیم برای بازسازی حقوق بین‌الملل عرفی که توسط کمیسیون در زمینه حمایت از اموال فرهنگی در صورت وقوع مخاصمات مسلحانه انجام شد از اهمیت زیادی برخوردار بود. کمیسیون در بند ۱۱۳ تصمیم خویش، صراحتاً تأیید می‌کند که «سقوط استل نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی است».^{۳۱}

به این ترتیب، براساس داده‌های رویه بین‌المللی و برخلاف آنچه برخی نویسندگان همچنان از آن حمایت می‌کنند،^{۳۲} می‌توان نتیجه گرفت که امروزه یک اصل کلی حقوق بین‌الملل شکل گرفته که تمام دولت‌ها را ملزم می‌کند در صورت وقوع مخاصمات مسلحانه، از اقدام به تخریب عمدی اموال فرهنگی که از اهمیت ویژه‌ای برای یک ملت یا به‌طور کلی جامعه بین‌المللی

۲۹. متن اعلامیه در پایگاه اطلاعاتی یونسکو به نشانی <http://www.unesco.org> قابل دسترسی است. رک.

F. Lenzerini, The UNESCO Declaration Concerning the International Destruction of Cultural Heritage: One Step Forward and Two Steps Back, IYIL, vol. XIII, 2003, p. 131, sss.

۳۰. استل‌ها، ستون‌های سنگی هستند که در شهر آکسوم در کشور اتیوپی واقع بوده و به‌منظور مشخص کردن قبرها و یا تزیین ساختمان‌های باشکوه مورد استفاده قرار می‌گرفته‌اند. مهم‌ترین آنها ۳۳ متر طول داشته، روی آنها با علامت شاه یا اشراف حکاکی می‌شده است.

31. Voir "Partial Award, Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22", 28 Avril 2004, sur le site <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/EECC/ER%20partial%20Award.pdf> (Dernière visite, le 1er October 2006), para. 113. Le texte est aussi reproduit avec un commentaire critique dans B.W. Daly. The Potential for Arbitration of Cultural Property Disputes; Recent Developments at the Permanent Court of Arbitration, in The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Leiden, 2005, p. 261 ff.

کمیسیون این نتیجه را بر مبنای تفسیری که از عناصر مختلف رویه بین‌المللی و به‌ویژه ماده ۵۶ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه و ماده ۵۳ کنوانسیون چهارم ژنو و ماده ۵۲ پروتکل الحاقی شماره یک ۱۹۷۷ به عمل آورد، اتخاذ کرد. Partial Award, Central Front., Eritrea's Claims 2,4,6,7,8 and 22, 28 Avril 2004.

32. Carducci, l'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé, cette Revue, 2000, p. 290 ss.

برخوردار است، خودداری کنند.

۲- تعهد به خودداری از تصاحب و انتقال اموال فرهنگی در سرزمین‌های اشغال‌شده نظامی و تعهد مربوط به استرداد

جدا از تخریب اموال فرهنگی بر اثر اقدامات جنگی، خطر مهم برای میراث فرهنگی از ناحیه مخاصمات مسلحانه، تصاحب و انتقال غیرمجاز اموال فرهنگی در طول دوره‌های اشغال نظامی است. در گذشته، این خطر در رویه رسمی غارت توسط ارتش‌های اشغالگر متبلور می‌شد. امروزه، اگرچه این رویه رسماً محکوم شده، اما عوامل دیگری نظیر تقاضا در بازار بین‌المللی برای اموال فرهنگی و نفرت نژادی برای حفظ و تقویت آن تصمیم می‌گیرند. فراز و نشیب‌های اخیر در مورد اموال فرهنگی مسروقه از موزه‌ها و کلکسیون‌ها در افغانستان و عراق طی حمله و اشغال نظامی که بعداً در موزه‌ها و نزد اشخاص خصوصی در قسمت‌های مختلف دنیا یافت شده‌اند،^{۳۳ و ۳۴} نشان‌دهنده تأثیر بی‌اندازه بازار بین‌المللی است که بیش از پیش متقاضی اشیای هنری و قدیمی است. از سوی دیگر، جنگ بالکان در سال‌های دهه ۱۹۹۰ با بی‌رحمی‌های بی‌شمارش نشان داد که تا چه اندازه نفرت نژادی، بهترین محرک برای شعله‌ور ساختن بدترین تعصبات روح بشری است، تعصباتی که با هدف تبعیض‌آمیز و ستمگرانه محو فرهنگ کسانی که آنها را تولید کرده‌اند یا مالک آنها هستند، برخی مؤسسات مذهبی، فرهنگی و اشیای هنری را نشانه رفته‌اند.^{۳۵}

در مقابل این خطرات فزاینده، پاسخ حقوق و رویه بین‌المللی چیست؟

در سطح حقوق معاهداتی، منع غارت اموال فرهنگی در سرزمین‌های اشغالی توسط قواعد منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه راجع به جنگ زمینی (مواد ۴۷-۴۶) پذیرفته شده بود. این قواعد، دولت‌های عضو را متعهد می‌کرد، روش‌های قانونی نقض این ممنوعیت را تضمین کنند (ماده ۵۶).^{۳۶} پس از جنگ جهانی اول، تعهد به استرداد برخی اشیای فرهنگی در معاهدات صلح

۳۳. برای مطالعه دقیق این وقایع و تدابیری که یونسکو اتخاذ کرد رجوع کنید به:

L.V. Prott, The Protection of Cultural Movables from Afghanistan: Developments in International Management, in Art and Archaeology of Afghanistan: Its Fall and Survival (van Krieken-Peters ed.), Leiden-Boston, 2006, p. 189.

34. Voir Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik, la protection international des biens culturels, C. Borjes, 2005, Pedone.

۳۵. کافی است که در اینجا صرفاً به حمله و آتش زدن کتابخانه ساریوو، همچنین تخریب عمدی کلیساها، مساجد و مراکز تاریخی اشاره کنیم. از دیگر مثال‌های بسیار قابل توجه، انهدام پل موستار و بمباران شهر تاریخی «دوبرونیک» است. رک. پاورقی شماره ۲۶.

36. Pour le texte de ces dispositions, voir J.B. Scott (ed.), The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907, Oxford University Press, New York, 1918.

گنجانده اما در عمل، اجرای این تعهد آشکارا مشکل ساز شده بود؛ همچنان که اتریش از استرداد اموال به مجارستان با این استدلال قابل بحث خودداری می‌کرد که این اموال بخشی از یک کلکسیون عمومی شده و باید یکدستی آن حفظ شود.^{۳۷} علی‌رغم این سوابق، در مدت جنگ جهانی دوم نیز اغلب سرزمین‌هایی که توسط آلمان، اشغال نظامی شدند با هدایت و کنترل نهاد رسمی، تحت یک غارت برنامه‌ریزی شده و علمی آثار هنری قرار گرفتند. اما در سال ۱۹۴۳ دولت‌های متحدی که اعلامیه لندن را پذیرفته بودند، اعلام کردند هر آنچه در توان دارند برای ابطال تحصیل اموال از جمله اموال فرهنگی که توسط آلمان و متحدانش در سرزمین‌های اشغال شده رخ داده است، به کار خواهند گرفت، حتی اگر آن اقدامات ظاهراً قانونی و مشروع باشند.^{۳۸}

مسئله اعلامیه لندن نتوانست اثر معجزه‌آسای بطلان تمامی اقدامات مربوط به تحصیل غیرقانونی اموال فرهنگی را سبب شود، اما دعاوی اقامه شده در دادگاه نورمبرگ علیه جنایتکاران مهم نازی را تحت تأثیر قرار داد و برخی از آنها به‌خاطر جنایات ارتكابی علیه میراث فرهنگی محکوم شدند.^{۳۹} این اعلامیه موجب شد که اصل اساسی مندرج در آن - تعهد به اجتناب از ضبط اموال فرهنگی در سرزمین‌های تحت اشغال نظامی - در کارهای مقدماتی یونسکو برای تدوین کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه و در نگارش متن کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو راجع به قاچاق اموال فرهنگی درج شود.^{۴۰} در هنگام پذیرش کنوانسیون لاهه، به‌منظور مقابله با درخواست‌های برخی کشورها، به‌ویژه بریتانیا و ایالات متحده، این اصل از متن خود کنوانسیون جدا گردید و در اولین پروتکل الحاقی به کنوانسیون گنجانده شد.^{۴۱} پروتکل مزبور که هم‌زمان با کنوانسیون مورد پذیرش واقع شد، اصل مندرج در اعلامیه لندن را مورد تأیید قرار داده، به‌طرز بی‌سابقه‌ای دیگر مقررات آن را کامل و طرف‌های متعاقد را ملزم می‌کند: «... اموال فرهنگی را که به‌صورت

37. Pour cette pratique, voir L.V. Prott & P. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Vol. 3, London, 1989, p. 804 ss.

38. متن اعلامیه لندن در نشانی ذیل قابل دسترسی است.

<http://www.lootedartcommission.com/loo-tedart_interallied-declaration.htm>.

39. برای بررسی قضایی دادگاه نورمبرگ راجع به جنایات ارتكابی علیه میراث فرهنگی رک.

J. Nowlan, *Cultural Property and the Nuremberg War Crimes Trial*, *Humanitaeres Voelkerrecht*, 1993, n. 4, p. 221-223.

40. حتی اگر این کنوانسیون مربوط به گردش اموال فرهنگی در زمان صلح باشد، خود ماده ۱۱ آن پیش‌بینی می‌کند که انتقال مالکیت اشیای فرهنگی تحت اجبار ناشی از اشغال سرزمینی توسط یک قدرت خارجی، عملی غیرقانونی تلقی می‌شود.

41. برای کارهای مقدماتی کنوانسیون لاهه رک.

Pour les travaux préparatoires de la Convention de La Haye, voir J. toman, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, Paris UNESCO, 1994, p. 39 ss.

مستقیم یا غیرمستقیم از یک سرزمین اشغال شده وارد قلمرو آنها شده است نزد شخص ثالثی به امانت بگذارند و در پایان مخاصمات، آنها را به مقامات صالح در سرزمینی که قبلاً تحت اشغال بود، مسترد کنند» (بند ۲ و ۳ ماده ۱).

نه اعلامیه لندن و نه مقررات پروتکل الحاقی به کنوانسیون لاهه، هیچ‌کدام نتوانستند مانع غارت و انتقال اموال فرهنگی طی جنگ جهانی دوم و مخاصمات مسلحانه بعدی به خارج از سرزمین‌های اشغالی شوند. ضعف این اسناد تا جایی که به اعلامیه لندن مربوط است ناشی از ماهیت صرفاً سیاسی آن و در مورد پروتکل الحاقی به کنوانسیون لاهه ناشی از این خطر بود که امکان داشت این مقررات به صورت غیرمستقیم در موارد درخواست استرداد توسط قاضی داخلی، قابل اعمال قلمداد شود. این گفته در مورد قاضی هلندی، نمادین باقی ماند؛ چرا که او اعمال مقررات خاص پروتکل را که برای استرداد موزائیک‌های بالارزشی که به طور غیرقانونی از منطقه تحت اشغال ترکیه خارج شده بودند و مورد استناد کلیسای ارتودکس قبرس قرار گرفته بود با این استدلال که این مقررات، تعهداتی با ماهیت کاملاً بین‌الدولی ایجاد می‌کنند و قادر نیستند از مقررات قانون مدنی در زمینه تحصیل مالکیت اموال تخطی کنند، رد کرد.^{۴۲}

اما علی‌رغم این نقاط ضعف، رویه بین‌المللی در مورد اشیای فرهنگی مسروقه یا اشیایی که به طور غیرقانونی از سرزمین‌های اشغالی خارج شده‌اند، نشانگر پیشرفت مستمر به سوی شناسایی یک اصل کلی است که این نوع انتقال را منع کرده، تعهد به استرداد را مقرر می‌کند. در سطح معاهداتی، تعداد قابل توجه و رو به افزایشی از دولت‌ها، کنوانسیون لاهه را تصویب کرده‌اند (۱۱۳ دولت به کنوانسیون و ۹۱ دولت به پروتکل نخست منضم بر آن ملحق شده‌اند). برخی دولت‌های مهم نظیر ایالات متحده که به کنوانسیون نپیوسته‌اند، تأکید کرده‌اند که اصول آن را به‌عنوان حقوق عرفی اعمال خواهند کرد.^{۴۳} یونسکو در حال تدوین یک مجموعه اصول راهنما در زمینه استرداد [اموال فرهنگی] است.^{۴۴} رویه قضایی ملی در حال ظهور است که تفسیری از قواعد حقوق داخلی ارائه می‌دهد که ملهم از تمایل به استرداد اموال فرهنگی به مالکین اصلی یا به

42. Greek Orthodox Church of Cyprus v. Lans, Rotterdam Civil Court, 4403HAZ95/2403, 4 fevr. 1999.

۴۳. در مورد ایالات متحده، عدم تصویب کنوانسیون لاهه بیشتر به دلیل تردیدهای سنا بود تا مخالفت واقعی قوه مجریه. بخش بین‌المللی خدمات حقوقی پنتاگون یا دفتر دادستان کل در برنامه‌های جذب پرسنل، اهمیت زیادی برای احترام به اموال فرهنگی در کشوری که در آن عملیات نظامی انجام می‌گردد قایل می‌شود و دستورالعمل‌های نظامی و قواعد استخدامی مندرج در کتابچه قانون عملیاتی، اکثر مقررات مندرج در کنوانسیون لاهه و پروتکل را همچون قواعد عرفی الزام‌آور برای تمام اعضای جامعه بین‌المللی محسوب کرده، در نتیجه آن‌ها را برای فرماندهان نظامی امریکایی نیز لازم‌الاجرا می‌دانند.

۴۴. آخرین گردهمایی گروه کارشناسان دولت‌ها در ۱۹ و ۲۱ جولای ۲۰۰۶ برگزار شد و قرار است کارهایش را در مدت لازم برای تصویب اصول در کنفرانس عمومی ۲۰۰۷ به پایان برساند.

مؤسساتی است که آن اموال در سرزمین‌های اشغالی از آنها خلع‌ید شده است.^{۴۵}

حوادث مربوط به حمله به عراق توسط نیروهای مسلح ایالات متحده و انگلستان و پذیرش تعهدات بین‌المللی در این رابطه توسط این دو دولت به‌عنوان نیروهای نظامی اشغالگر، پیشرفت دیگری در تأیید اصل ممنوعیت هرگونه اقدام به تصاحب اموال فرهنگی در کشور اشغال‌شده و تعهد به استرداد در صورت انتقال غیرقانونی آنها محسوب می‌شود.^{۴۶} شورای امنیت به‌موجب قطعنامه ۱۴۸۳ سال ۲۰۰۳ که طبق فصل هفتم منشور ملل متحد اتخاذ گردید، تصمیم گرفت که «تمام دولت‌های عضو» سازمان ملل متحد باید تدابیر مناسبی را به‌منظور اطمینان از استرداد اموال فرهنگی که به‌صورت غیرقانونی از موزه ملی، کتابخانه ملی و دیگر مراکز در عراق منتقل شده‌اند به مؤسسات عراقی به‌کار بندند. به‌موجب این قطعنامه که براساس فصل هفتم منشور برای تمام دولت‌های عضو الزام‌آور است شورای امنیت تعهد نیروهای اشغالگر در سطح حقوق بین‌الملل عام را یادآور می‌شود، مبنی بر اینکه آنها باید به‌گونه‌ای عمل کنند که اموال فرهنگی در سرزمین‌های اشغالی منتقل نشوند یا در صورت انتقال غیرقانونی و غیرمجاز مسترد شوند.^{۴۷}

۳. اصل همکاری در زمان صلح در زمینه پیشگیری و سرکوب قاچاق اموال فرهنگی منقول

یکی از خطرناک‌ترین و جدی‌ترین تهدیدات برای میراث فرهنگی، آن هم در عصر بازار جهانی،

۴۵. رک. قضیه معروف Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Golberg راجع به استرداد موزاییک‌های قدیمی کاناکاریا که پس از اشغال سرزمین قبرس شمالی توسط ترکیه به ایالات متحده صادر شده بودند. رأی بخش هفتم ۱۹۹۰ 917F3d278 و همچنین قضیه اخیر «آلمان» در دادگاه‌های فدرال ایالات متحده در دعوی عضو یک خانواده یهودی که اتریش را به علت اذیت و آزارهای نازی‌ها ترک کرده بود و در اتریش نقاشی‌هایی را که در اصل متعلق به خانواده خواهان بود به دست آورده بود. پس از آنکه دیوان عالی ایالات متحده مصونیت دولت اتریش در برابر محاکم ایالات متحده را رد کرد در سال ۲۰۰۶ از طریق داوری فیصله یافت. مراجعه شود به رأی ۱۵ ژانویه ۲۰۰۶ قابل دسترس به نشانی: www.adele.at

۴۶. متن بند ۷ قطعنامه به شرح زیر است:

«شورای امنیت تصمیم می‌گیرد که تمام اعضا باید اقدامات مقتضی به‌منظور تسهیل استرداد ایمن اموال فرهنگی عراق و دیگر اقلام باستانی، تاریخی، فرهنگی، علمی و مذهبی مهم را که به‌صورت غیرقانونی از تاریخ اتخاذ قطعنامه (۱۹۹۰) ۶۶۱ مورخ ۶ اگوست ۱۹۹۰ از عراق خارج شده‌اند به نهادهای عراقی از جمله از طریق وضع ممنوعیت‌هایی بر تجارت یا انتقال این اقلام و اقلامی که شک معقول وجود دارد که به صورت غیرقانونی خارج شده‌اند، انجام دهند و همچنین از یونسکو می‌خواهد که در صورت لزوم در اجرای این بند مساعدت کند».

۴۷. البته باید یادآور شویم که شاید در بعضی شرایط، انتقال اموال فرهنگی بهترین وسیله برای محافظت آنها در مقابل تخریب و غارت جنگی باشد. تجربه جنگ داخلی اسپانیا که طی آن آثار هنری موزه «پرادو» (Prado) به سوئیس منتقل شدند و در لهستان که در آن بعضی آثار هنری «کراکوی» قبل از حمله ۱۹۳۹ آلمان به کانادا منتقل شده بودند، حاکی از این امر است. اما در این موارد، این مرجع صالح دولت ذی‌نفع بود که تصمیم به انتقال اموال می‌گرفت، نه قدرت اشغالگر. رک.

L.V. Prott, *The Protection of Cultural Movables from Afghanistan: Developments in International Management*, cit. supra note 32.

تجارت غیرقانونی و مخفیانه اشیاء هنری و قدیمی است. اگرچه ما از یک سو، از سودمندی آزادسازی هرچه گسترده‌تر بازار اموال فرهنگی به منظور تبادلات فرهنگی و ارتقای شناخت‌های علمی جانبداری می‌کنیم،^{۴۸} با این حال، امروزه خرید و فروش مخفیانه و غیرمجاز اشیای هنری و قدیمی به پراکندگی میراث فرهنگی، تجزیه آن و تخریب اشیاء پیچیده و نابودی اطلاعات ضروری برای تحقیقات باستان‌شناسی منجر شده است. به علاوه، تجارت مخفیانه، اگرچه ممکن است قاچاقچیان بی‌وجدان را ثروتمند کند، نتیجه آن همیشه فقر میراث ملی کشورهای مبدأ است که خود را از منابع مهم صنعت فرهنگی و توسعه توریسم محروم می‌بینند. در نتیجه ضرورت همکاری بین‌المللی در اشکال مختلف در رویه بین‌المللی معاصر احساس می‌شود.

نخستین شکل این همکاری، پذیرش معاهدات چندجانبه‌ای است که دولت‌های عضو را به همکاری در سطح حقوق عمومی به منظور پیشگیری از قاچاق اشیای فرهنگی مسروقه یا اموالی که به طریق غیرقانونی به کشورهای دیگر صادر شده است ملزم می‌کند. مهم‌ترین نمونه از این قبیل، کنوانسیون ۱۹۷۰ پاریس است که ماده ۲ آن صراحتاً مقرر می‌کند: «... واردات، صادرات و انتقال غیرقانونی مالکیت اموال فرهنگی یکی از علل اصلی فقر میراث فرهنگی در کشورهای مبدأ این اموال است و همکاری بین‌المللی یکی از مؤثرترین طرق حمایت از اموال مربوط به ایشان در مقابل تمام خطرهایی است که پیامدهای آن محسوب می‌شوند». این کنوانسیون در ابتدا توسط دولت‌هایی تصویب شد که غالباً «صادرکننده» اموال فرهنگی بودند و بعداً مهم‌ترین کشورهای «واردکننده» از جمله ایالات متحده، فرانسه، سوئیس، انگلستان و ژاپن نیز به آن ملحق شدند.

تدریجاً و به میزانی که در سطح اخلاقی، سیاسی و حقوقی نسبت به قابل پذیرش نبودن وجود بازار بی‌قاعده‌ای از اموال فرهنگی آگاهی پیدا می‌کنیم، فکر همکاری پیشی می‌گیرد و بیش از پیش حداقل در سطح شکلی به یک اصل دارای محتوای حقوقی و الزام‌آور تبدیل می‌شود. اتحادیه اروپایی با دستورالعمل ۹۳/۷ مورخ ۱۵ مارس ۱۹۹۳ برای تضمین استرداد اموال فرهنگی که به‌طور غیرقانونی از قلمرو یک کشور عضو خارج شده‌اند ساز و کاری را برای آزادی جریان کالاها و تعهد دولت‌های عضو به همکاری در سطح دیپلماتیک و قضایی مقرر کرده که بسیار مستعد نقض است^{۴۹} و در عین حال، اخذ مجوزی از جامعه برای صادرات اموال فرهنگی به خارج از قلمرو گمرکی اتحادیه نیز در آن مقرر شده است.^{۵۰} در کنار این چارچوب حقوقی در

48. J. Merryman, Two Ways of Thinking about Cultural Property, AJIL, 1986, p. 831.

49. Voir Directive du Conseil 93/7, Journal Officiel, L 074, 27.03.1993, p. 0074.

50. Voir Règlement du Conseil 3911/92 du 9 décembre 1992, Journal Officiel L 395, 31.12.1992, p. 0001 ss.

سطح جهانی و منطقه‌ای، همکاری بین‌المللی در زمینه مبارزه با قاچاق اشیای فرهنگی در سطح عملیاتی نیز توسط «اینترپل» که از جمله وظایفش، تسهیل همکاری بین‌المللی برای بازیابی اموال فرهنگی مسروقه است^{۵۱} و همچنین ایکام (شورای بین‌المللی موزه‌ها) که سازمانی تخصصی در زمینه محافظت از میراث فرهنگی و مبارزه با قاچاق است و دبیرخانه و مرکز اطلاعات آن در مقر یونسکو در پاریس قرار دارد، تحقق می‌یابد.^{۵۲}

دومین تجلی اصل همکاری که در رویه اخیر مبارزه با قاچاق اموال فرهنگی خود را نشان می‌دهد، شبکه رو به گسترشی از توافقات دوجانبه است که به موجب آنها دولت‌های واردکننده می‌پذیرند برای کمک به دیگر دولت‌ها در تلاش‌های شان برای از بین بردن قاچاق فزاینده برخی اموال فرهنگی و به‌ویژه اشیای قدیمی، تدابیر فوری اتخاذ کنند. ایالات متحده در انعقاد این نوع توافقات پیشگام بوده است. از سال‌های دهه هفتاد به این سو، توافقاتی برای همکاری میان کشورهای آمریکای لاتین به‌منظور مبارزه با غارت فزاینده آثار هنری دوره پیش‌کلمبین منعقد شده‌اند و بعد از الحاق ایالات متحده به کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو، این شبکه به کشورهای دیگری همچون کانادا و ایتالیا نیز توسعه یافته است.^{۵۳}

سومین شکل همکاری در این حوزه که می‌تواند مهم‌ترین شکل آن نیز باشد، در سطح حقوق خصوصی و دقیقاً در زمینه شناسایی عنوان مالکانه برای اموال فرهنگی مسروقه یا اموالی که به‌طور غیرقانونی خارج شده‌اند خود را نشان می‌دهد. کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو به این حوزه نمی‌پردازد، زیرا حوزه اعمالش به معاملاتی محدود است که مورد توجه موزه‌ها و «دیگر مؤسسات مشابه» است (ماده ۷)، بدون اینکه به سایر وضعیت‌های تجارت اموال فرهنگی میان اشخاص خصوصی توجه کند. این خلأ با انعقاد کنوانسیون ۱۹۹۵ «یونیدروا»^{۵۴} راجع به اموال فرهنگی مسروقه یا صادر شده به طریق غیرقانونی رفع شده است که اصول بسیار پیشرفته‌ای را برای همکاری و هماهنگی میان نظام‌های حقوقی از طریق تثبیت قواعد یکنواخت در زمینه تحصیل عنوان مالکیت اموال فرهنگی ارائه می‌کند. این کنوانسیون ابتدا مقرر می‌دارد که: «متصرف مال فرهنگی مسروقه، باید آن را مسترد کند».^{۵۵} این مقرر بدین معنا است که دولت‌های دارای

51. INTERPOL, Mission Statement, <http://www.interpol.int/Public/lcpo/default.asp>.

52. ICOM, Mission, <http://icom.museum/mission.html>. Voir aussi le bulletin de Icom, "Cent objets disparus".

53. در مورد ایتالیا رجوع کنید به یادداشت تقاهم ۱۹ ژانویه ۲۰۰۱ میان دولت ایالات متحده و دولت جمهوری ایتالیا راجع به تحمیل محدودیت‌های گمرکی بر گونه‌هایی از اقلام باستانی متعلق به دوره پیش کلاسیک و رومی در ایتالیا. این توافقنامه در سال ۲۰۰۶ تمدید شد.

54. Pour le texte et un commentaire, voir Commentaire relative à la convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995), Editions UNESCO, Paris, 2000.

55. بند ۱ ماده ۳.

سنت قاره‌ای حقوق نوشته که در نظم حقوقی خود تحصیل مال از غیرمالک توسط متصرف با حسن نیت را می‌پذیرند، باید قوانین خویش را در جهت منفعت برتر استرداد اموال مسروقه تغییر دهند. علاوه بر این، کنوانسیون مزبور همکاری بسیار دقیقی را در سطح قضایی اقتضا و این تعهد را برای قاضی مقرر دادگاه ایجاد می‌کند که به قوانین عمومی کشور مبدأ اموال فرهنگی در مواردی که آن قوانین، حفاری‌های غیرمجاز را همچون سرقت تلقی می‌کند، توجه نشان دهد. نتیجه این امر آن است که اشیایی که حاصل کاوش‌های باستان‌شناسی غیرقانونی هستند، حتی آنهایی که در زمین‌های خصوصی انجام گرفته‌اند، از نظر کنوانسیون باید همچون اشیای مسروقه تلقی شوند.

مسئله این اشکال بسیار خاص همکاری بین‌المللی که توسط کنوانسیون «یونیدروا» مقرر شده‌اند نمی‌توانند از هم اکنون و از پیش، قسمتی از حقوق بین‌الملل عام تلقی شوند. اما در زمینه مبارزه با تخریب و پراکندگی میراث فرهنگی، آنها یک جنبه بسیار متریقی از اصل کلی همکاری بین‌المللی هستند که در وجدان حقوقی معاصر شکل گرفته که ایجاب می‌کند که هر دولت با حسن نیت، منافع مشروع دیگر دولت‌ها و افراد برای حفظ میراث فرهنگی خود را در نظر بگیرد.

۴. اموال فرهنگی به منزله میراث مشترک بشریت

همان‌طور که می‌دانیم اصل «میراث مشترک بشریت» در حقوق بین‌الملل معاصر در رابطه با وضعیت منابع فضاها، مشترک، به‌ویژه اعماق دریاها و کره ماه، مطرح شد. در حوزه اموال فرهنگی، این اصل نقش کاملاً متفاوتی را ایفا می‌کند. این اصل بر وضعیت حقوقی اموال فرهنگی که ممکن است تحت حاکمیت دولت سرزمینی یا در مالکیت اشخاص خصوصی یا مؤسسات عمومی قرار گیرد، اعمال نمی‌شود، بلکه حاکی از آن است که در کنار عناوین مالکیت فردی و ملی، جامعه بین‌المللی نیز در حفظ و بهره‌مندی از این اموال منفعتی کلی دارد.

از این جهت، مفهوم میراث مشترک قابل اعمال بر اموال فرهنگی به اصل «دغدغه مشترک بشریت» که در رابطه با اموال عمومی محیط زیستی مطرح شد نزدیک‌تر است تا به اصل «میراث مشترک بشریت» که مربوط به منابع فضاها، مشترک است. حوزه‌هایی که در آنها این اصل پذیرفته شده یا در حال شکل‌گیری است به ترتیب عبارتند از: اموال فرهنگی با اهمیت استثنائی جهانی و میراث زیر آب که می‌توانند در فضاها، ماورای صلاحیت ملی ملت‌ها یافت شوند.

گروه نخست، شامل آن قبیل اموال فرهنگی است که در حوزه اعمال کنوانسیون یونسکو راجع به حفاظت از «میراث جهانی» قرار می‌گیرند. این کنوانسیون که در ۲۳ نوامبر ۱۹۷۲ و همزمان با کنفرانس استکهلم راجع به محیط زیست انسانی پذیرفته شد، میان حفاظت از اموال

فرهنگی و اماکن طبیعی با اهمیت فوق‌العاده رابطه برقرار می‌کند و برای حمایت از این اموال به‌منظور حفاظت از آنها و انتقالشان به نسل‌های آینده، یک سیستم چندجانبه همکاری را برقرار می‌سازد. کنوانسیون میراث جهانی به این اصل بسیار مترقی عینیت می‌بخشد که برخی از میراث فرهنگی و طبیعی، اهمیتی جهانی دارند و در نتیجه جامعه بین‌المللی در کل باید برای تضمین حفاظت از آنها همکاری کند. با توجه به اینکه اکنون ۱۸۳ دولت عضو کنوانسیون هستند واقعاً می‌توان گفت که اشاره به جامعه بین‌المللی در کل در اینجا دیگر یک فرض حقوقی محض نیست و در حال تبدیل شدن به یک واقعیت در سطح سیاسی و نهادی است. کمیته میراث جهانی، ارگان منتخب دولت‌های عضو این کنوانسیون، راجع به ثبت اموال فرهنگی دارای اهمیت استثنایی و جهانی در فهرست موضوع ماده ۱۱ که توسط دولت‌های عضو پیشنهاد شده‌اند، تصمیم می‌گیرد. این کمیته، صندوق میراث جهانی را اداره می‌کند که در آن، هم مشارکت‌های بودجه‌ای دولت‌ها و هم مشارکت‌های فوق‌العاده خارج از بودجه کنوانسیون (مواد ۱۵ تا ۱۸) با هم تلاقی دارند. وجود منابع مالی، امکان کمک و مساعدت بین‌المللی به کشورهای در حال توسعه را چه در سطح آمادگی، برای بقیه پرونده‌های پیشنهاد اماکن و محل‌ها، توسعه برنامه‌های مدیریت و غیره، چه در سطح پشتیبانی فنی از حفاظت و چه در موارد اضطراری (مخاصمات مسلحانه یا بلایای طبیعی) فراهم می‌سازد. منفعت کلی بشریت در مدیریت این سیستم همکاری از طریق مشارکت مستقیم ارگان‌های غیردولتی، علمی و تخصصی همچون، اتحادیه بین‌المللی حفاظت از طبیعت،^{۵۶} شورای بین‌المللی اماکن و بناهای یادبود،^{۵۷} و مرکز بین‌المللی مطالعه حفاظت و احیای اموال فرهنگی،^{۵۸} در فرایند تصمیم‌گیری تقویت می‌شود. در ۳۵ ساله که از تصویب کنوانسیون گذشته، کنوانسیون در طول زمان تحول یافته و خود را با واقعیت‌های جدید سازگار نموده است، حوزه اعمال کنوانسیون از سال‌های دهه ۹۰ به این سو به دورنمای فرهنگی که در کنوانسیون پیش‌بینی نشده بود، گسترش یافت. معیارهایی برای شناسایی ارزش «استثنایی و جهانی» تدارک دیده شدند که گوناگونی و تنوع فراوان میراث فرهنگی و طبیعی جهان را با ارزش تلقی می‌کنند و اخیراً به‌منظور محدود کردن تعداد اماکن و محل‌هایی که هر دولت می‌تواند ثبت آنها را در فهرست پیشنهاد دهد، ضوابط محدودکننده‌ای توسط کمیته وضع شده‌اند. در ابتدای سال ۲۰۰۶، تعداد اماکن و محل‌های این فهرست مشتمل بر ۶۲۸ مورد اموال فرهنگی، ۱۶۰ محل طبیعی و ۲۴ مورد واجد هر دو خصیصه اموال فرهنگی و محل‌های طبیعی بوده است. حتی اگر کنوانسیون ۱۹۷۲ مالکیت احتمالی و حاکمیت دولت سرزمینی را بر اموال ثبت شده در فهرست را تغییر

56. International Union for Conservation of Nature

57. International Council on Monument and Sites

58. International Center for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property

دهد، همین که این اموال به‌عنوان «میراث بشریت» شناخته می‌شوند، دلیل موجهی است بر اینکه دولت سرزمینی، نمی‌تواند به‌منظور توجیه هرگونه بهره‌برداری یا کنترل بر یک مال فرهنگی ثبت شده در فهرست که ممکن است ارزش جهانی استثنایی آن را در معرض خطر قرار دهد، به استثنای حیطة تحت صلاحیتش^{۵۹} استناد کند. حیطة تحت صلاحیت دولت باید تابع منفعت برتر حفاظت اموال دارای ارزش جهانی استثنایی باشد. دولت‌های عضو کنوانسیون - که تقریباً نمایانگر کل جامعه بین‌المللی دولت‌ها هستند- این محدودیت را پذیرفته‌اند که یکی از اشکال مداخله در حوزه صلاحیت ملی است که توسط کمیته میراث جهانی پیش‌بینی نشده است، خواه به صورت پیگیری مستمر دولت در مورد حفاظت از اموال بر مبنای گزارش‌های دوره‌ای موضوع ماده ۲۹ باشد، خواه در موارد خطرهای بالفعل یا بالقوه که می‌تواند تمامیت برخی اموال را به خطر اندازد و در نتیجه کمیته را به تصمیم‌گیری نسبت به ثبت یک مال در فهرست «میراث در معرض خطر» تحریک کند (موضوع بند ۴ ماده ۱۱).

در چارچوبی متفاوت، اصل میراث مشترک بشریت، تحول و تکامل انواع قوانین و مقررات مربوط به تنظیم فعالیت‌های کاوش و بازیابی اشیای باستانی زیر آب را مشروط کرده است. حتی اگر با توجه به اینکه پذیرش کنوانسیون اخیر یونسکو راجع به میراث فرهنگی زیر آب (۲۰۰۱) با مخالفت و رأی ممتنع دولت‌های بسیاری رو به رو شده، آن کنوانسیون را اعلام‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی ندانیم، باز هم نمی‌توان انکار کرد که عنصر اصلی این کنوانسیون، یعنی شناسایی حمایت از میراث فرهنگی زیر آب به‌عنوان عنصری از منافع کلی بشریت، در رویه بین‌المللی تأیید شده است.^{۶۰} ماده ۱۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، حداقل تا جایی که به این هنجارهای بنیادین مربوط است و اعلام‌کننده حقوق بین‌الملل عام تلقی شده، مقرر می‌کند تمام اشیای دارای ماهیت باستانی و تاریخی واقع در عمق آب‌های بین‌المللی، باید حفاظت شوند و در جهت منافع بشریت در کل مورد استفاده قرار گیرند. ماده ۳۰۳ آن کنوانسیون با همان تفکر مقرر می‌کند، تمام دولت‌ها متعهدند از میراث فرهنگی زیر آب حفاظت و برای تحقق ملموس این حمایت با یکدیگر همکاری کنند. کنوانسیون ۲۰۰۱ یونسکو، با اعلان تعهد کلی حمایت از میراث فرهنگی که حداقل به مدت ۱۰۰ سال برای منافع بشریت در زیر آب باقی مانده است (ماده ۱) و به‌خصوص با [پیش‌بینی] تدابیر حفاظتی از آن اشیاء در محل (ماده ۲)، این اصول را تأیید می‌کند. به‌موجب این اصل، ماده ۴، حذف «قانون کالای بازیافتی» و «قانون کشف» را که قبلاً سوءاستفاده تجاری و قاچاق اموال فرهنگی زیر آب را تشویق می‌کرد مقرر می‌کند. ماده ۲

59. domaine reservee

۶۰ روسیه، نروژ، ترکیه و ونزوئلا علیه کنوانسیون رأی داده‌اند. برزیل، جمهوری چک، کلمبیا، فرانسه، آلمان، یونان، ایسلند، اسرائیل، گینه بیسائو، هلند، پاراگوئه، سوئد، سوئیس، انگلستان و اروگوئه رأی ممتنع دادند.

دولت‌ها را به اتخاذ تدابیر حمایتی منطبق با استانداردهای فنی و مندرج در پیوست کنوانسیون در مناطق مجاور ناحیه تحت صلاحیت ملی خویش ملزم می‌سازد. مواد ۹ تا ۱۱، آئینی را به‌منظور تضمین شفافیت و همکاری بین‌المللی در مورد فعالیت‌های مربوط به کاوش و بازیابی اشیای باستانی زیر آب از طریق اطلاع به مقامات ملی و یونسکو مقرر می‌دارد.

این دسته مقررات کنوانسیون به‌لحاظ پیچیدگی‌شان و اینکه نمی‌توان آنها را بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تلقی کرد، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند. در عین حال، با توجه به مدت زمان کوتاهی که از پذیرش کنوانسیون گذشته نمی‌توان پیش‌بینی کرد که آیا این سند به یک سند کنوانسیونی دارای ویژگی جهانی، همانند دیگر کنوانسیون‌های یونسکو تبدیل خواهد شد یا خیر. با این وجود، آنچه که در چارچوب بحث حاضر مهم است، شناسایی بی‌تردید منافع عمومی در حفاظت از اموال فرهنگی زیر آب در مقابل خطر انهدام و پراکندگی توسط جامعه بین‌المللی است که امکان دارد به سبب بهره‌برداری تجاری بی‌رویه از آن میراث، بسیار ناشناخته باقی بماند؛ امری که برای پیشبرد شناخت تاریخ بشریت و تمدن آن بسیار ضروری است.

۵. حمایت از فرهنگ‌های زنده

آن دسته از قواعد بین‌المللی که موضوع تحلیل پیشین بودند مطابق با تفکری که در دنیای غرب از میراث فرهنگی وجود دارد و آن را بیان هنری و جاودانه و در تمام موارد مادی، ابتکارات و خلاقیت‌های بشری می‌داند، همگی به اموال فرهنگی منقول یا غیرمنقول ولی مادی مربوط می‌شوند؛ اما می‌دانیم که حمایت از یک مال فرهنگی در سطح حقوقی با ماهیت غیرمادی آن تعارضی ندارد، همچنان که سیستم‌های تضمین بین‌المللی حقوق مالکیت فکری که تولیدات فرهنگی مانند موسیقی، ادبیات و هنرهای بصری را هم پوشش می‌دهند مؤید این گفته هستند. با این وجود اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق مالکیت فکری تمایل دارند که از منافع نویسنده یک اثر یا یک اختراع حمایت کنند تا از بهره‌برداری اقتصادی از آنها. این اسناد از ابرازات هنری یا فرهنگی، آن‌طور که باید حمایت نمی‌کنند و کمتر از آن ساختارها و نهادهای اجتماعی هستند که پایه و مبنای فرایند ابرازات بدیع و خلاقانه در یک جامعه خاص هستند.

به‌منظور رفع این خلأ در اواخر قرن گذشته، در سطح دیپلماتیک جهت توسعه حقوق بین‌الملل خاص برای حمایت از میراث فرهنگی معنوی و تجلیات زنده فرهنگ و تنوع آن، ابتکارات زیادی صورت گرفته‌اند. نخستین ابتکار عمل به سال ۱۹۸۹ بازمی‌گردد و آن توصیه یونسکو برای حمایت از فرهنگ سنتی و محلی بود.^{۶۱} این ابتکار عمل، یک سند حقوقی نرم است

۶۱. توصیه راجع به حمایت از فرهنگ سنتی و فولکلور مصوب کنفرانس ۱۵ نوامبر یونسکو در پاریس قابل دسترسی در نشانی: <http://unesdoc.unesco.org/images/>.

و نشان‌دهنده فضای جنگ سرد ناشی از تقابل میان فرهنگ برگزیده و فرهنگ بومی است. امروزه استفاده از عبارت «بومی» اشاره به سنت‌هایی دارد که شادابی و ظرفیت تکثیر دوباره خویش را از دست داده‌اند و در نتیجه برای دلایل اساساً تجاری باز تفسیر می‌شوند. در سال‌های دهه ۱۹۹۰، دو ابتکار عمل دیگر یونسکو، رویکرد جدیدی را در حمایت از فرهنگ‌های زنده ایجاد کردند. نخستین رویکرد شامل اتخاذ خطوط راهنما برای حمایت از گنج‌های انسانی زنده بود، برنامه‌ای که هدف از آن ترغیب توسعه یک قانون داخلی است که قادر به تضمین بقای هنرها و حرف قدیمی باشد که در یک اقتصاد جهانی شده در معرض خطر نابودی هستند، اما برای انسجام جامعه و محافظت از میراث فرهنگی مادی اهمیت بسیاری دارند.^{۶۲} دومین ابتکار عمل، برنامه تأیید شده کنفرانس عمومی ۱۹۹۷ یونسکو برای اعلام شاهکارهای میراث شفاهی و غیرمادی بشریت است. این ابتکار، برنامه‌ای است که هدفش، انتخاب اشکال و مکان‌های برپایی مراسم سنت‌های فرهنگی با کیفیت عالی در حوزه‌های تئاتر، رقص، نمایش‌های بدون کلام غم‌انگیز، موسیقی و دیگر حوزه‌ها از طریق یک رقابت بین‌المللی است. بر پایه این تجارب در اوایل سال ۲۰۰۰ در یونسکو تصمیم گرفته شد مذاکراتی برای پذیرش یک سند هنجاری چندجانبه به منظور حفظ میراث فرهنگی غیرمادی آغاز شود. نخستین گام در مارس ۲۰۰۱ و در گردهمایی کارشناسان در «گرینزان کاوور» در ایتالیا، به‌منظور ارائه تعریفی از مفهوم گمراه‌کننده «میراث معنوی» برداشته شد. تعریف پذیرفته شده توسط گروه کارشناسان، خصیصه‌ای بسیار مردم‌شناختی داشت و در مفهوم میراث معنوی، آیین‌ها، رویه‌ها و شناخت‌های مردم، هنرها و خلاقیت‌هایی که از الهاماتشان ناشی می‌شود را دربرمی‌گرفت، الهاماتی که نشانگر تحول و آثاری است که از آن ناشی می‌شوند و منابع، فضاها و چارچوب اجتماعی را که برای ماندگاری‌شان ضروری هستند دربردارد. این فرایندها به جوامع زنده مفهومی از استمرار را نسبت به نسل‌های قبلی اعطا می‌کنند و برای هویت فرهنگی خود و حفاظت از تنوع و خلاقیت فرهنگی بشریت مهم هستند. این تعریف مجدداً مورد بحث و بررسی قرار گرفت و با تغییرات مختصری در متن (ماده ۲) کنوانسیون حفاظت از میراث فرهنگی معنوی که توسط کنفرانس عمومی ۱۷ اکتبر ۲۰۰۳ یونسکو پذیرفته شده آمده است. این کنوانسیون در ۲۰ ژانویه ۲۰۰۶ لازم‌الاجرا شده است. اگرچه این کنوانسیون رسماً یک سند سنتی ایجادکننده اتفاق نظر راجع به تعهدات بین‌الدولی است، از نظر ماهوی، یک نظام تعهدات بین‌المللی را ایجاد می‌کند که دولت‌های متعاقد به‌منظور محافظت از سنت‌ها و فرهنگ زنده، نسبت به گروه‌های انسانی، جوامع فرهنگی در سرزمین‌های

62. Voir <[http://portal.unesco.org/culture/Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire](http://portal.unesco.org/culture/Recommandation%20sur%20la%20sauvegarde%20de%20la%20culture%20traditionnelle%20et%20populaire). adoptée à Paris par la Conférence générale le 15 novembre 1989, disponible à <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000846/084696f.pdf#page=250>>.

خود یا در خارج برقرار می‌کنند. در این مفهوم، ایدهٔ محافظت از میراث فرهنگی معنوی به حمایت حقوق بشر بسیار نزدیک است. همانند حقوق بشر، هدف از حمایت از میراث فرهنگی، منابع دولتی نیست، بلکه برعکس ارزش انسانی ارادهٔ خلاق، آزادی ابراز باورها و اعتقادات، چه به صورت شخصی و چه به صورت جمعی، خواه عمومی یا خصوصی، ملت‌ها، گروه‌ها و اقلیتها است. در تعهدات بین‌المللی ناشی از این سند حمایت از میراث فرهنگی، مانند حقوق بشر، گرایش در این جهت است که در حیطه صلاحیت ملی دولت نفوذ و قواعدی را برای احترام و تعهداتی را نسبت به اشخاص و جوامع فرهنگی واقع در سرزمینش به او تحمیل کند. در نتیجه، علت وجودی کنوانسیون حمایت از میراث فرهنگی معنوی، تنها حمایت از منافع ملی هر دولت نیست، بلکه بیشتر به دنبال حفظ مال مشترک جامعه بین‌المللی در کل، یعنی تنوع و گوناگونی فرهنگ بشری است.^{۶۳} در عین حال، ارتباط این کنوانسیون و حقوق بشر در مستثنا کردن رویه‌ها و سنت‌هایی است که مغایر حقوق بشر پذیرفته شده در سطح بین‌المللی هستند - همچون رویه‌های تبعیض‌آمیز نسبت به زنان یا مغایر کرامت انسانی - از حوزه اعمال کنوانسیون، خود را نشان می‌دهد^{۶۴} و از طرف دیگر، این رابطه تلقی ضمنی و قوی میراث معنوی را به عنوان عنصر اساسی هویت گروه‌های انسانی که آن را به وجود آورده و امانت‌دار آن هستند آشکار می‌سازد. جنبه اخیر به خوبی در ماده ۲ راجع به تعاریف مورد تأکید قرار گرفته است، آن جا که می‌خوانیم: «... میراث فرهنگی معنوی که نسل به نسل منتقل شده و توسط جوامع و گروه‌ها در تعامل با محیط، طبیعت و تاریخشان بازسازی شده است و یک احساس هویت و پیوستگی برای آنها فراهم می‌آورد موجب مشارکت در احترام به تنوع فرهنگی و خلاقیت بشری می‌شود». هم‌راستا با این تعریف، کنوانسیون در سطح هنجاری، برای جوامع، گروه‌ها و حتی اشخاصی که در چارچوب تدابیر حفاظتی اتخاذ شده توسط هر دولت، میراث فرهنگی معنوی خویش را ایجاد و منتقل کرده‌اند، نقش مهمی را قائل می‌شود.^{۶۵} متأسفانه کنوانسیون در سطح نمادین تا اندازه‌ای ضعیف به نظر می‌رسد و نسبت به اهدافش در زمینه هنجاری، مأیوس کننده است. ماده ۵ ایجاد کمیته‌ای برای حفاظت از میراث فرهنگی معنوی را پیش‌بینی می‌کند. اما این نهاد که کارکردش ایجاد و انتشار فهرستی از میراث فرهنگی معنوی است، ارگانی دولتی است که جوامعی را که

۶۳. رک. مقدمه کنوانسیون.

۶۴. ماده ۲ تحت عنوان «تعاریف» صریحاً مشخص می‌کند که کنوانسیون منحصرأ به میراث فرهنگی که با اسناد بین‌المللی راجع به حقوق بشر و اصول احترام متقابل بین جوامع، گروه‌ها و افراد و همچنین توسعه پایدار سازگار است، اعمال می‌شود.

۶۵. رک. ماده ۱۵.

میراث فرهنگی مورد بحث کمیته را تشکیل می‌دهند، نمایندگی نمی‌کند.^{۶۶} در مورد این که در واقع چگونه میراث فرهنگی معنوی می‌تواند از دید یک ارگان دیپلماتیک محافظت شود شک و تردید وجود دارد، ارگانی که مشارکت نهادین نمایندگان جوامعی که این میراث را به‌وجود می‌آورند و حفظ می‌کنند، نمی‌پذیرد.

علی‌رغم این نقطه ضعف، کنوانسیون میراث معنوی، شایستگی آن را داشته که توجهات بین‌المللی را به تأثیر جهانی شدن بر تنوع فرهنگی در جهان جلب کند. این امر، محرکی شد برای مذاکراتی که در مدتی کوتاه به پذیرش کنوانسیون جدید یونسکو راجع به تنوع فرهنگی در ۲۰ اکتبر ۲۰۰۵ انجامید.^{۶۷} یکی از مهم‌ترین تلاش‌های این کنوانسیون، گنجاندن حفاظت از تنوع فرهنگی ملل در نظام سازمان جهانی تجارت است. رویه‌ای در گات وجود دارد که استثنای صریحی را بر آزادی مبادلات نسبت به حفاظت از میراث فرهنگی (بند «و» ماده ۲۰) راجع به گنجینه‌های ملی با ارزش هنری، تاریخی و باستان‌شناسی قائل می‌شود. با این حال، سازش میان آزادی تجارت و حفاظت از تنوع بی‌انتهای فرهنگ‌های زنده ملت‌ها، با توجه به خصیصه حقوقی «خدمات» و «صنعت» که در برگیرنده بسیاری از تجلیات فرهنگی مانند سینما، تلویزیون و تعلیم و تربیت در بافت یک اقتصاد جهانی است، مسئله‌ای بسیار دشوارتر به‌وجود می‌آورد. ماده ۲۰ کنوانسیون راجع به روابط با دیگر معاهدات به شیوه‌ای بسیار انعطاف‌پذیر و بر پایه اصول بسیار کلی حمایت متقابل، تکمیلی بودن و عدم تبعیت، به این مسئله می‌پردازد. در عین حال، بند ۲ این ماده مقرر می‌کند: «هیچ چیز در کنوانسیون حاضر نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که حقوق و تعهدات طرفین به‌موجب دیگر معاهداتی را که عضو آن هستند تغییر دهد». در نتیجه، این مسئله باید از طریق فرآیند سیاسی یکپارچه‌سازی تدریجی ملاحظات مربوط به حمایت از تنوع فرهنگی در نظام حقوقی تجارت جهانی حل و فصل شود. در عین حال، کنوانسیون می‌تواند از هم‌اکنون منبع الهامی برای مفسران و قضاتی باشد که باید راجع به یک مورد عینی تعارض تصمیم بگیرند که آیا باید برای حمایت از تنوع تجلیات فرهنگی اولویت قائل شوند یا به دیگر تعهدات بین‌المللی، یعنی تعهدات در زمینه آزادی تجارت ارجحیت دهند.

۶۶. با این حال ماده ۹، ساماندهی سازمان‌های غیردولتی ذی‌صلاح در حوزه میراث فرهنگی معنوی را مقرر می‌کند و بند ۴ ماده ۸ به کمیته اختیار می‌دهد از سازمان‌های خصوصی یا عمومی و همچنین افراد صلاحیتدار برای مشورت در زمینه‌های خاص دعوت کند.

67. Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 20 Oct. 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>.

نتیجه گیری

از این تحلیل کوتاه از نظام بین‌المللی حمایت از اموال فرهنگی، چه نتایجی قابل استنباط است؟ همان‌طور که ملاحظه کردیم، بخش اعظمی از این نظام پیچیده از معاهدات و در مقیاس کوچک‌تر از اسناد هنجاری «حقوق نرم» که در چارچوب یونسکو پذیرفته شده‌اند، تشکیل شده است. اما نظریه‌ای که در نوشته حاضر، رویه بین‌المللی را بر مبنای آن مورد بررسی قرار دادیم این است که در حال حاضر در زمینه حمایت از میراث فرهنگی، [مجموعه‌ای از] اصول کلی در سطح حقوق عرفی شکل گرفته یا در حال شکل‌گیری است. راجع به منشأ این اصول، این اندیشه وجود دارد که میراث فرهنگی هر ملتی موضوع منفعت کلی جامعه بین‌المللی در حفظ و بهره‌مندی از آن است و در نتیجه، احترام به آن، موضوع تعهدی با ویژگی عام‌الشمول و تابع یک منفعت عمومی است. اعمال این اصل در رویه بین‌المللی این امکان را برای ما میسر ساخت که کاربردهای عینی مختلف آن را بازسازی کنیم. اولین کاربرد آن، مربوط به ممنوعیت اعمال تخریب اموال فرهنگی با اهمیت در زمان جنگ، بدون هرگونه ضرورت نظامی است. همان‌طور که دیدیم، هنگامی که این تخریب با قصدی تبعیض‌آمیز نسبت به یک جامعه یا گروه خاص همراه باشد، می‌تواند مسئولیت کیفری بین‌المللی مرتکبان آن را به واسطه ارتکاب یک جنایت بین‌المللی در پی داشته باشد. دومین کاربرد، مربوط به تعهد به استرداد اموال فرهنگی است که به طریق غیرقانونی از سرزمین اشغال شده نظامی منتقل شده‌اند. سومین کاربردی که شناسایی شد راجع به تعهد شکلی همکاری در زمان صلح برای تسهیل استرداد اموال فرهنگی مسروقه یا اموالی است که به‌طور غیرقانونی صادر شده‌اند و همچنین تعهد به جلوگیری از تخریب و پراکنده‌سازی میراث فرهنگی در مناطق خارج از صلاحیت ملی و به‌ویژه میراث فرهنگی زیر آب است. تا جایی که به فرهنگ‌های زنده و تنوع فرهنگی مربوط است، از هم‌اکنون این امکان وجود ندارد که قواعد عرفی قابل‌اعمالی برای همه دولت‌ها بازسازی شود. با این حال، باید پذیرفت که ابتکارات معاهداتی اخیر در این زمینه به‌زودی دو نتیجه را در پی خواهند داشت:

۱. اینکه دولتی بتواند برای گریز از رویه‌های شوم یا خطرناک برای میراث فرهنگی معنوی جوامع و گروه‌های واقع در سرزمینش، در پشت مفهوم حوزه صلاحیت ملی پنهان شود را بسیار مشکل‌تر می‌سازد.
۲. تلاش برای سازش و ایجاد یکپارچگی میان حمایت از تنوع فرهنگی و دیگر تعهدات بین‌المللی به‌ویژه در زمینه آزادی تجارت را الزامی می‌کند.