

# پژوهشهای حقوقی

شماره ۲۰

هزار و سیصد و نود - نیمسال دوم

## مقالات

- تفاوت اشتباه و جهل نسبت به موضوع قرارداد
  - ورشکستگی به تقلب و تقصیر؛ از قانون تجارت تا قانون مجازات اسلامی
  - معاونت در جرایم غیر عمدی
  - تحلیل تئوری متحدالشکل سازی حقوق قراردادهای تجاری فراملی
  - مفهوم و ماهیت قراردادهای آتی
  - صلح و حقوق بشر در برنامه درسی با تأکید بر اسناد بین المللی
- موضوع ویژه: حقوق میراث فرهنگی: ظرفیت‌ها و چالش‌ها
- شمشیر کند عدالت در صیانت از میراث فرهنگی
  - ساخت، معرفی، حمل، نگهداری و خریداری نمونه تقلبی آثار فرهنگی - تاریخی
  - حمایت کپی رایت از آثار معماری
  - برخی تحولات راهبردی استرداد اموال فرهنگی در نظام بین المللی معاصر
  - تحولات جدید اعاده اموال فرهنگی با نگاهی به بازگرداندن اموال فرهنگی به بومی‌ها
  - حمایت از اموال فرهنگی در هنگام مخاصمات مسلحانه
  - تکامل مفهوم «کارکردی» اموال فرهنگی در پرتو انسانی‌تر شدن حقوق بین الملل
  - آسیب شناسی قوانین حمایت از میراث فرهنگی
  - حق بر نام تاریخی خلیج فارس در آیین حقوق بین الملل
  - تأملی در حل و فصل اختلافات راجع به اموال فرهنگی





## تحولات جدید اعاده اموال فرهنگی با نگاهی به بازگرداندن اموال فرهنگی به بومی‌ها

دکتر علیرضا آرش پور\* - سارا بلخی\*\*

چکیده: بیداری و آگاهی فرهنگی کشورها، موضوع اعاده اموال فرهنگی را به گونه فزاینده‌ای مورد توجه قرار داده است. این مهم در حالیست که با توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و تبدیل شدن حقوق بشر به یکی از معیارهای سنجش عملکرد دولت‌ها، اصول و تقسیم‌بندی‌های پیشین دستخوش دگرگونی‌هایی شده و مبنای جدیدی، توجیه کننده دعای مرتبط با اعاده شده است. در پرتو این چنین تغییراتی بازیگران دیگری چون جوامع بومی پا به عرصه وجود نهاده و در کنار انواع قدیمی به ایفای نقش می‌پردازند تا این گونه تنوع فرهنگی تداوم یابد. کلیدواژه‌ها: اموال فرهنگی، اعاده، حقوق فرهنگی، حقوق بشر، جوامع بومی

### مقدمه

اموال فرهنگی نمادهای تمدن جامعه‌ای هستند که به آن تعلق دارند. فرض وجود رابطه مادی و معنوی میان مال فرهنگی و محل مبداء آن، نتیجه مسلم چنین نگرشی می‌باشد که علی‌رغم اهمیت موضوع تهدیداتی همچون مشخص شدن ارزش مادی این آثار از جانب سودجویان، وقوع حفاری‌های غیر قانونی و ناامنی‌های پس از جنگ در کنار عوامل متعدد دیگری منجر به قطع این پیوند می‌شوند. در کنار این مسأله، پی بردن به ارزش واقعی میراث فرهنگی در سال‌های اخیر که اموال فرهنگی نمایانگر جنبه ملموس آن محسوب می‌شود، اعضای جامعه بین‌الملل را بر آن داشت تا از طریق طرح مبنای مختلفی، به توجیه اعاده اموال دور افتاده خود بپردازند. در چنین بستری اصول قدیمی حقوق بین‌الملل در کنار انواع جدید حقوق بشری قرار گرفته‌اند که منجر به تغییراتی

\* عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان

\*\* کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

چون دگرگونی تقسیم‌بندی‌های پیشین و سنتی در قالب امکان خروج انحصار طرح دعوا از جانب دولت‌ها و گسترش دامنه حق به بازیگرانی مانند بومی‌ها می‌باشد. پرداختن به حق اعاده بومی‌ها به عنوان گروهی محدود، دشواری‌ها و مشکلات خاص خود را به دنبال دارد که این امر تفاوت‌هایی را در چگونگی به کارگیری حق ایجاد می‌نماید.

در این نوشتار برای رسیدن به مطالب مورد نظر برآنیم که، در ابتدا به بررسی مفاهیم ضروری پردازیم و پس از آن مبانی جدید و قدیمی توجیه کننده امکان اعاده اشیاء فرهنگی را مورد اشاره قرار دهیم و در نهایت نگاهی اجمالی به چگونگی حق مورد بحث در خصوص افراد بومی که نتیجه مسلم تأثیر حقوق بشر بر حقوق بین‌الملل است، مطرح می‌گردد تا مشخص شود که جمعیت‌های محدود چگونه بر فرهنگ تأثیر می‌گذارند.

### مبحث اول: تعاریف

حقوق بین‌الملل کمتر تمایلی در ارائه تعاریف واضح و روشن از مفاهیم دارد. علت امر را شاید بتوان تکامل نیافتن این شاخه از حقوق دانست که این مهم عدم پذیرش بسیاری از مباحث را در میان اعضای جامعه بین‌الملل به دنبال دارد. از این رو با در نظر گرفتن محدودیت‌ها و چالش‌های پیش رو سعی در مطرح ساختن تعاریف چند بعدی می‌شود که مورد پذیرش اکثریت قرار گرفته و نکات اشتراک متفاوتی را در بر گیرد. بر این اساس برای رسیدن به ادبیات واحد از اصطلاحات کلیدی موضوع مورد بحث، به بررسی تعاریف مرتبط می‌پردازیم.

### گفتار اول: اموال فرهنگی

در آغاز اسناد خاص حمایت از میراث فرهنگی عمده توجه خود را بر آن دسته از آثار قرار دادند که قابل لمس و مشاهده بودند و این‌گونه هر سند داخلی و بین‌المللی مبادرت به ارائه ضوابط و تعاریف متفاوتی نمود. در این میان اکثریت بر این عقیده بودند که «منظور از اموال فرهنگی آن دسته از اشیایی است که موزه‌داران جمع می‌کنند و مجموعه‌داران به معرض نمایش می‌گذارند».<sup>۱</sup> فقدان تعریف واحد زمینه ایجاد اسناد خاصی جهت حمایت از اموال مورد بحث را بر پایه این چنین نظریات و حداقل‌هایی فراهم ساخت.<sup>۲</sup> از این رو بهترین راه تکیه بر نکات کلیدی و مهمی است که حداقل اشتراکاتی را ایجاد می‌نماید. اکثر اسناد حمایتی به خصوص کنوانسیون‌های خاص میراث فرهنگی اموالی را مورد توجه قرار داده‌اند که از بالاترین درجه اهمیت از زوایای گوناگون برخوردار بوده به نحوی که جدا شدن آن از کشور مبدأ متصور نمی‌باشد. یکی از بهترین اسنادی که به صورت خاص مبادرت به ارائه تعریف از اموال فرهنگی نموده است «کنوانسیون‌اتخاذ تدابیر

1. John H. Merryman, "Cultural Property Internationalism", *Intl. J. Cult. Pro*, 2005, p. 11.

۲. برای مطالعه بیشتر در رابطه با مفهوم و انواع آن، نک:

V. Prott and J. Okeef, "Cultural Heritage or Property?" *Intl. J. Cult. Prop*, 1992.

برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور انتقال اموال فرهنگی ۱۹۷۰ می‌باشد که با هدف یافتن راه کارهایی در راستای ممانعت از ورود و صدور انتقال اموال فرهنگی به تصویب رسیده است. بر اساس بند الف ماده ۱ منظور از اموال فرهنگی انواعی است که «اعم از مذهبی یا غیرمذهبی به وسیله هر دولت، اهمیت آنها از نظر باستان‌شناسی ما قبل تاریخ، تاریخی، ادبی، هنری یا علمی مشخص شده...». بر این اساس سه شرط کلی: مال بودن (اعم از مذهبی یا غیرمذهبی)، اهمیت باستان‌شناسی و تأیید اهمیت در دولت، لازم است.

در ادامه دسته‌هایی از اموال بیان شده<sup>۳</sup> که برای ورود به دامنه تعریف علاوه بر شرایط مذکور تعلق به آنها نیز ضروری می‌نماید. این دسته‌ها به نحوی دربرگیرنده مصادیق جزئی تعریف می‌باشند که در ضمیمه «کنوانسیون وحدت ۱۹۹۵ در خصوص اعاده بین‌المللی فرهنگی مسروقه یا غیر قانونی خارج شده»، نیز تکرار شده‌اند با این تفاوت که سند اخیر احراز شرط تأیید اهمیت توسط دولت را لازم نمی‌داند. بنابراین اموال مورد بحث را در انحصار دولت مربوطه قرار نداده و دامنه حمایتی وسیع‌تری را تحت پوشش قرار می‌دهد.<sup>۴</sup>

فعالیت‌های «کمیته بین‌الدول ارتقای اعاده اموال فرهنگی به کشور مبدأ یا اعاده در موارد تصاحب غیرقانونی»<sup>۵</sup> نیز از این ضابطه پیروی کرده و عمده توجه خود را بر اعاده این دسته قرار

۳. «الف) مجموعه‌ها و نمونه‌های نادر جانورشناسی، گیاه‌شناسی و اشیاء واجد اهمیت دیرین‌شناسی.

ب) اموال مربوط به تاریخ از جمله علوم و فنون، تاریخ نظامی و اجتماعی و همچنین زندگی رهبران متفکران، دانشمندان و هنرمندان ملی و رویدادهای مهم ملی.

ج) دست آوردهای کاوش‌های باستان‌شناسی (قانونی یا پنهانی) و اکتشافات باستان‌شناسی.

د) عناصر حاصل از تجزیه و تفکیک بناهای هنری یا تاریخی و محوطه‌های باستان‌شناسی.

ه) اشیاء عتیقه که بیش از صد سال قدمت دارند از قبیل کتیبه‌ها، سکه‌ها و مهره‌های کنده کاری شده.

و) اشیاء مردم‌شناسی.

ر) اموالی که واجد اهمیت هنری هستند مانند: ۱. تابلوها، نقاشی‌ها و طرح‌هایی که کاملاً با دست بر روی هر نوع زمینه و تکیه‌گاه یا با موضوع ماده ساخته شده‌اند (به جز طرح‌های صنعتی و مواد ساخته و تزیین شده با دست).

۲. آثار اصیل هنر پیکرتراشی و مجسمه‌سازی با هر نوع ماده‌ای.

۳. کنده کاری‌ها، مهره‌ها و چاپ‌های سنگی اصیل.

۴. ترکیب و جور و سوار کردن اشیاء که جنبه هنری اصیل دارند و با هرگونه‌ای ساخته شده باشند.

ج) نسخ خطی نادر و آثار اوایل صنعت چاپ، کتاب‌ها، اسناد و انتشارات قدیمی که واجد اهمیت ویژه هستند (از نظر تاریخی، هنری، علمی، ادبی و...) به طور مجزا در مجموعه‌ها.

ط) تمبرهای پستی، تمبرهای درآمد و تمبرهای دیگر، مجزا یا در مجموعه‌ها.

ی) پایگانی‌ها، از جمله پایگانی‌های صدا، عکاسی، سینمایی.

ک) اثاثیه‌ای که بیش از یکصد سال قدمت دارند و ابزار موسیقی قدیمی».

4. Gao Shenge, "International Protection of Cultural Property: Some preliminary Issue and the Role of International Law", 12 SYBIL, 2008, p. 59.

5. Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation.

داده است. این نگرش بسیار منطقی است، چراکه در غیر این صورت با دعاوی مواجه می‌شویم که هزینه طرح و رسیدگی آنها بیشتر از ارزش خود شیء می‌باشد!

### گفتار دوم: کشور مبدأ

در معنای کلی مقصود از کشور مبدأ، کشوری است که با جدا ساختن برخی اموال فرهنگی خود از طریق راه‌هایی چون دسته‌بندی در آثار ملی و یا ثبت در فهرست مخصوصی، اقدام به شناسایی اشیایی به عنوان میراث فرهنگی خود می‌نماید.<sup>۶</sup>

مفهوم کشور مبدأ از دیدگاه دیگر رابطه واقعی جامعه و شیء فرهنگی را مدنظر قرار می‌دهد. بر این مبنا است که قطعنامه اعاده اشیاء فرهنگی مؤسسه حقوق بین‌الملل و اسنادی چون کنوانسیون‌های وحدت ۱۹۹۵ و منع واردات و صادرات و انتقال غیرقانونی مالکیت ۱۹۷۲، نیز احراز نزدیک‌ترین پیوند فرهنگی شیء با کشور را مورد توجه قرار داده‌اند.

تعیین کشوری به عنوان مبدأ مال دشواری‌های خاص خود را دارد و ضوابط مذکور همواره راه گشا نیستند. در برخی موارد مسأله تاجایی پیش می‌رود که میان افراد کشوری به غیر از کشور مبدأ مال با شیء مورد ادعا پیوندهای عمیق فرهنگی وجود دارد. در چنین حالاتی مسأله انتخاب ضابطه مناسب می‌باشد اما به راستی کدامیک از ضوابط بر دیگری ترجیح دارد؟

رسیدن به پاسخ سوال فوق به راحتی امکان‌پذیر نیست و یافتن آن جز در پرتو بررسی ماهیت اشیای فرهنگی میسر نمی‌گردد. در چنین مواردی مقام رسیدگی کننده از طریق پرداختن به طبیعت اشیاء مورد ادعا و رابطه آن با کشورها، کشور مبدأ را مشخص می‌نماید، بر این مبنا رسیدن به پاسخ مناسب درخصوص اشیاء مختلف متفاوت می‌باشد.<sup>۷</sup>

### گفتار سوم: بومی‌ها

«بندیکت گینزبری»<sup>۸</sup> صاحب نظر مسائل مردمان بومی بیان می‌دارد که بحث درباره معنا و اعمال مردمان بومی به عنوان مفهوم بین‌المللی دیدگاه‌های متعارضی را درباره هنجارهای قابل اعمال و روابط آنها با دولت‌ها و افراد، همچنین نقش بالقوه مؤثر نهادهای بین‌المللی، در برمی‌گیرد. اما مشکل بنیادین تفاوت‌های عمیق توجیحات برای برنامه‌های «هنجاری» و «نهادی» بین‌المللی به شناسایی یک طبقه متمایز مردمان بومی است. او برای حل این مشکل دو روش متناقض را به کار می‌گیرد: روش اثبات‌گرا، که «مردمان بومی» را به عنوان یک طبقه حقوقی متمایز که نیاز به تعریف

۶. این ضابطه، تعریف پذیرفته شده در شورای دستورالعمل 93/7/EE در ۱۵ مارس ۱۹۹۳ پیرامون اعاده اشیاء

غیرقانونی خارج شد، اعضا از قلمرو آنها می‌باشد.

7. Marie- Renold Corno, Marc-Andre, "New Development in the Restitution Of Cultural Property: Alternative Measures of Disputes Restitution", *International Journal of Cultural Property Society*, 2010, N. 17, p. 16.

8. Bendict Kingsbury

دقیق دارند، در نظر دارد و روش مؤثر-سازنده-اعتباری که قابل انعطاف بوده و بومی‌ها را به وسیله معیارهای قابل اعمال جهانی و فرایندهای مستمری که ادعاها و رویه‌های آنها را در موارد خاص بی‌شمار به کار رفته در نهادهای وسیع‌تر جامعه بین‌المللی، تعریف می‌نماید.<sup>۹</sup>

در میان اسناد موجود هم، تعریف هماهنگی از بومی‌ها وجود ندارد اما این امر مانعی در ارائه تعریف محسوب نشده و سازمان‌های بین‌المللی به منظور روشن نمودن نسبی مفهوم تلاش‌هایی کرده‌اند. یکی از بهترین این تعاریف، تعریف گزارشگر مخصوص سازمان ملل متحد، ماتیئز کوبو، است که به نام خود او شناخته شده و به عنوان جامع‌ترین تعریف در نظر گرفته شده است. بر این اساس «مردمان، ملت‌ها و جوامع بومی آن‌هایی هستند که دارای تداوم تاریخی با جوامع قبل از حمله و قبل از استعمار که در سرزمین مردمان بومی توسعه یافته‌اند، می‌باشند و خود را از بخش‌هایی از جامعه که هنوز در آن سرزمین حاکم است، متمایز می‌دانند. آنها در حال حاضر بخش غیرمسلط جامعه را تشکیل می‌دهند و قصد حفظ، توسعه و انتقال سرزمین اجدادی خود را به نسل‌های آینده و هویت قومی‌شان به عنوان بنیانی برای وجود مستمر به عنوان مردم، مطابق با الگوهای فرهنگی خود، نهادهای اجتماعی و نظام‌های حقوقی، دارند».<sup>۱۰</sup>

تعریف کوبو، تعریفی است که به جای تمرکز بر خصایص هر گروه بومی توجه خود را بر خصایص مشترک در میان بومی‌ها قرار داده است تا از این طریق جنبه‌ها و خصوصیات مورد نیاز آنها را مشخص ساخته و علاوه بر ایجاد تمایزی با اقلیت‌های مذهبی و قومی، به حمایت از آنها بپردازد.

سازمان ملل متحد هم اگرچه به واسطه تنوع تعریف موفق به رفع مشکل نگردیده اما مفهوم نوینی را بر اساس شرایط چندگانه زیر ارائه نموده است:

۱. شناسایی خود به عنوان بومی در سطح فردی و پذیرش از جانب جوامعی که عضو آن هستند.

۲. دارا بودن سابقه تاریخی با دولت استعمارگر پیشین و یا دولت جایگزین آن

۳. داشتن رابطه‌ای قوی با قلمرو و منابع طبیعی افراد

۴. دارا بودن نظام‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاست‌های متفاوت

۵. دارا بودن زبان، فرهنگ و عقاید متفاوت

۶. جزء گروه غالب نبودن جامعه

۷. حفظ محیط و نظام اجدادی به عنوان افراد و جوامعی متمایز».

همان طور که ملاحظه می‌شود، تعریف سازمان ملل در مقایسه با تعریف کوبو از دقت بیشتری برخوردار است، اما در معنای کلی و بر اساس اشتراکات موجود منظور از بومی‌ها را می‌توان،

9. Benedic Kingsbury, "Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy Source", *The American Journal of International Law*, July, 1998, Vol. 92, No. 3, pp. 414-415.

10. Martinez-Cobo, United Nations Special Reporter to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 1984.

جمعیتی دانست که از نظر تاریخی تعلق آنها به مناطق و یا کشورهای باز می‌گردد که در آینده مورد استعمار و یا الحاق قرار گرفته‌اند و دارای فرهنگ، سنت، زبان و سایر مشخصه‌های متفاوت و اغلب بی‌نظیری هستند که با فرهنگ غالب دولت حاکم متمایز است.

## مبحث دوم:

### اصول موجود در حقوق بشر

بهره‌مند شدن از حقوق بشر واقعی، نیازمند شناسایی جوانب مختلفی همچون بعد فرهنگی است. این مهم در پرتو برخورداری از زندگی فرهنگی تجلی یافته که در صورت وجود همزمان رابطه مادی و معنوی آثار فرهنگی در جامعه به وضعیت مطلوب می‌انجامد. در غیر این صورت آن مال جنبه معنوی خود را از دست داده و تنها به واسطه قدمت و یا زیبایی در محل جدید قرار می‌گیرد. پیرامون مبنای اعاده مال فرهنگی به کشور مبدأ، دلایلی چند از زاویه حقوق بشر مطرح شده است: دیدگاه اول نجات بخشیدن رابطه مقدس میان زمین، مردم و میراث فرهنگی را عنوان می‌نماید و دومین نظرهم به لغو اعمال غیر انسانی و اخلاقی مانند تبعیض و نسل‌کشی می‌پردازد و در نهایت رسیدن مردم به اموال متعلق به خود به مانند جزء ضروری از حق آنان برای حفظ توسعه مبنای سومین نگرش را به خود اختصاص داده است.<sup>۱۱</sup> «همین ویژگی اخلاق مداری هنجارهای حقوق بشری است که به نظریه پردازان ادعای جهان شمولی آن را داده است. در حقیقت نزاع در مورد جهان شمولی هنجارهای حقوق بشری، نزاع بر سر وجود یا فقدان هنجارهای جهان شمولی اخلاقی است. اگر حق‌های جهان شمولی اخلاقی وجود داشته باشند که وجود دارند، پس ناگزیر حق‌های جهان شمولی حقوقی نیز باید به رسمیت شناخته شوند و مورد حمایت نظام‌های حقوق قرار گیرند».<sup>۱۲</sup>

هر یک از نظریات را ملاک اصلی قرار دهیم، نتیجه به این ختم می‌شود که اموال فرهنگی آیین تمام‌نمای تاریخ و هویت مردمانی است که به آنان تعلق دارد. از این رو درک کامل تمام جوانب اثرات حضور فیزیکی مال تنها در میان آن مردم میسر می‌گردد.

### گفتار اول: حق مشارکت در زندگی فرهنگی<sup>۱۳</sup>

مشارکت در زندگی فرهنگی و اجتماعی به منزله کمکی است که دربرگیرنده هدف حضور افراد با فرهنگ‌های مختلف در زندگی اجتماعی آنهاست که به واسطه آن توانایی شرکت در فعالیت‌های

11. Ana Filipa Vrdoljak, *International Law: Museum and the Return of Cultural Objects*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 299-300.

12. سیدمحمد قاری سید فاطمی، «مبانی توجیهی - اخلاقی حقوق بشر معاصر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۸۱،

ش ۳۵-۳۶، ص ۱۱۷.

13. The Right to Participate in Cultural Life

فرهنگی، و دسترسی به پیشرفت اطلاعات و برقراری ارتباط را می‌یابند.<sup>۱۴</sup> حمایت از اموال فرهنگی توسط حقوق بشر، انواع مختلفی را دربرمی‌گیرد که به بهره‌مند شدن انسان از جنبه‌های متفاوت زندگی فرهنگی اش مربوط می‌شود.<sup>۱۵</sup> فقدان تعاریف مشخص به خصوص در رابطه با حقوق نسل سوم رسیدن به دامنه حق مورد بحث را وابسته به واژه‌شناسی و تفسیر ما از واژه پویای «فرهنگ» می‌نماید. چنین نگرشی محدودیت‌هایی را به دنبال دارد که مهم‌ترین آن رسیدن به تعریف بدون در نظر گرفتن میراث فرهنگی می‌باشد که خطرات برابر پنداشتن زندگی فرهنگی را با فعالیت‌های تفریحی و همچنین نامشخص بودن چگونگی شکل‌گیری هویت یک جامعه توسط عرف را به دنبال دارد. این مشکلات هدف اسناد مرتبط با حقوق بشر را بر بسط دامنه مفهوم نهاده تا از طریق آن درک غنی از آزادی انسان مورد توجه قرار گیرد و به تمام زوایای اساسی بحث پوشش داده شود. در «معنای وسیع فرهنگ قلب خودمختاری انسان است که مرز تفاوت‌های روحی، مادی، فکری و اثراتی را ایجاد می‌نماید که موجب تمایز جامعه یا گروهی خاص می‌شود. فرهنگ همچنین شامل دستاوردهای هنری، کلمات، روش‌های زندگی، حقوق اساسی سایر انسان‌ها، نظام‌های ارزشی و سنن می‌گردد».<sup>۱۶</sup> در این راستا «بیانیه ۱۹۷۶ زندگی فرهنگی» را شامل، تمام انواع خلاقیت و بیان گروه‌ها و افراد، در روش‌های زندگی و فعالیت‌های هنری آنها می‌داند.<sup>۱۷</sup>

«حق مشارکت در زندگی فرهنگی» به عنوان یکی از پایه‌های اساسی حقوق بشر در تفسیر میراث فرهنگی به عنوان حق توسعه هویت فرهنگی دارای اهمیت خاص است که با چالش‌های بسیاری رو به روست. بررسی دقیق موضوع نیازمند پرداختن به حقوق فرهنگی است؛ چرا که مشارکت در زندگی فرهنگی یکی از بارزترین مصادیق برخورداری از حقوق فرهنگی می‌باشد.

حقوق فرهنگی به عنوان نسل دوم از حقوق بشر که در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ مورد اشاره قرار گرفته، حق انسان را در به کارگیری و شرکت در زمینه‌های فرهنگی بیان می‌نماید که در این راستا دولت‌ها موظف به استفاده از حداکثر امکانات موجود به منظور رساندن افراد به آن هستند. (بند ۱ از ماده ۲) این حقوق در حال حاضر در سطح جهان به صورت حقی در جهت مشارکت در زندگی فرهنگی که دربرگیرنده چگونگی شیوه زندگی جمعی<sup>۱۸</sup> و نیز به عنوان گونه‌ای از حق آموزش شناخته شده است که توسط فرهنگ، آزادی‌های

14. Laide pour la Participation a la vie culturelle et Social et que Activites Sportives et le s Mesures Specifiques dans le Card de la Lutte Contre la Fracture Numerique, 2010, Version NO: I, p. 8

۱۵. «زندگی فرهنگی» در اسناد مختلف حقوق بشری از جمله «اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸» میثاق حقوق

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، «مقدمه کنوانسیون منع جلوگیری از ورود و صدور غیرقانونی اشیاء فرهنگی ۱۹۷۰» و

«بیانیه مشارکت در زندگی فرهنگی ۱۹۷۶» به عنوان مشارکت آزادانه در زندگی فرهنگی مورد تأیید قرار گرفته است.

16. Le Droit de Chacun de Participer a la vie Culturelle, Assemblée Parlementaire, 7 Juilliet 2009, Doc. 11981.

17. Recommendation on Participation of the People at Large in Cultural Life and their Contribution to it, UNESCO Doc. 19/C/Resolution, Annex I p. 29ff, para. 3(a) 18.

18. Katja Zieger, Cultural Heritage and Human Rights, the Factualy Law of Oxford University, September 2007, Working Paper NO 26, pp. 9-10.



کلاسیک و کلیت حقوق بشر مورد تأیید قرار می‌گیرد.<sup>۱۹</sup>

«افرادی که در فقر مطلق به سر می‌برند به ما نشان می‌دهند که حقوق فرهنگی دریاچه‌ای به سمت حقوق بشر بوده و تمامیت کمال انسان انسجام بخش تمامی حقوق بشر می‌باشد و تمامی انواع حقوق بشر دارای بعد فرهنگی هستند. علت این چنین فقر مستمری پذیرش این واقعیت است که افراد بسیار فقیر بعد فرهنگی ندارند و ما با در اختیار قرار دادن حقوق غیر ضروری دیگر به آنها سعی در پر کردن این خلأ داریم».<sup>۲۰</sup>

نکته قابل تأمل اینست که برخی از مصادیق حقوق فرهنگی فردی بوده و برخی دیگر جمعیتی می‌باشند که بررسی هر یک ما را در فهم بهتر مطالب یاری می‌دهد.

### الف) حقوق فرهنگی فردی<sup>۲۱</sup>

هر فرد تحت شرایطی می‌تواند موضوع حقوق قرار گیرد که به علت داشتن اراده، از حالت تابع صرف بودن خارج و به فاعل تبدیل می‌شود. در این حالت معمول است که علاوه بر برخورداری از حقوق طبیعی، از انواع دیگر از جمله حق فرهنگی بهره‌مند شود. این امر به عنوان دستاویزی برای شناسایی نقش افراد و بازیگران غیر دولتی است که می‌تواند به منزله اهرمی جهت به اجرا در آوردن حقوق بین‌الملل تلقی شود.<sup>۲۲</sup> کمیته حقوق بین‌الملل نیز آزادی عقیده و تفکر را شامل درک میراث فرهنگی اعم از ملموس و ناملموس در کنار دسترسی آزادانه به ایجاد مدرسه، تولید و انتشار مطالب می‌داند.

هدف از طرح چنین مصادیقی یافتن اشتراکاتی در میان حقوق بشر و حقوق میراث فرهنگی به منظور حمایت از زندگی و هویت فرهنگی افراد می‌باشد. این مسأله در حالیست که اولین گام در راستای پیدایش حقوق فردی تعدیل موضوعات مربوط به حاکمیت دولت‌هاست؛ اما بیشتر اسناد موجود به خصوص آن‌هایی که به حقوق جنگ مربوط می‌شوند مانند «کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه حمایت از امال فرهنگی در برابر جنگ» عمده توجه خود را بر حمایت ملی از آثار فرهنگی قرار داده و تنها به مطرح ساختن همکاری‌های بین‌المللی بسنده کرده‌اند و در این میان حق افراد بر آثار

۱۹. در کنار این همکاری‌ها، تعارضاتی نیز به وجود می‌آید و در چنین مواردی حقوق فرهنگی تا جایی اعمال می‌شود که به نقض حقوق بشر نینجامد.

20. Droit a de Participer a la Vie Culturelle, Comite de Droit Economiques, Sociaux et Culturelle, Quarantieme session, Geneve 28 Avril- 16 Mai 2002/EC.12/40/14

21. 22 The Individual Cultural Rights

۲۲. در این میان بسیاری از نهادهای بین‌المللی از جمله مجمع عمومی سازمان ملل و دیوان بین‌المللی دادگستری توجه به اجرا شدن حقوق مورد بحث را در زمان جنگ مورد تأکید ویژه‌ای قرار داده‌اند و اهمیت موضوع به حدی است که شورای حقوق بشر در سال ۲۰۰۷ حمایت از حقوق و میراث فرهنگی را از طریق اسناد موجود در حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، مجدداً مطرح ساخت.

See for example: GA Res 2675, 9 December 1970; also: Human Rights Committee, General Comment NO29, Art 4ICCPR States of Emergency, 31 August 2001, UNDoc CCPR/c/21/REV.1/Add.11, at 3. And HRC Res 6/1, 27 September 2007, Protection of Cultural Rights and Property in Situation of Armed Conflict, UN Doc 4/HRC/RES/6/1.

مور بحث نادیده گرفته می‌شود. در واقع هویت فرهنگی به واسطه داشتن رابطه با سعادت و جایگاه انسان، بخشی از شخصیت و زندگی او را تشکیل می‌دهد و ضروری است که دولت‌ها تمامی سعی خود را جهت حفظ و انتقال آن انجام می‌دهند. «حق داشتن زندگی شخصی و خانوادگی»، «حق آزادی بیان»، «حق آموزش و توسعه شخصیت انسانی» و «حق آزادی عقیده و مذهب» از جمله حقوق فردی هستند که برای رسیدن به هدف مورد توجه واقع شده‌اند.<sup>۲۳</sup>

### (ب) حقوق فرهنگی جمعی<sup>۲۴</sup>

حق بر میراث فرهنگی می‌تواند به عنوان مشتقی از حقوق جمعی افراد در قالب نسل سومی از حقوق بشر در کنار حقوق حاکمیتی بر منابع طبیعی و حق بر توسعه نگریسته شود، چراکه هویت گروهی افراد هسته تعریف میراث فرهنگی را تشکیل می‌دهد که محتوای آن از طریق توسعه فرهنگ شکل می‌گیرد.

نگریستن به حقوق فرهنگی به عنوان گونه‌ای از حقوق جمعی، مناسب‌تر به نظر می‌رسد، زیرا «اساس وجود تنوع‌های فرهنگی، ضروریاتی است که مشارکت جوامع توسعه‌یافته را در آفرینش صنایع و تمایلات فرهنگی خود به عنوان حقی مسلم مورد تأیید قرار می‌دهد که درکنار این مسأله تأثیر خط مشی‌های سیاسی و فرهنگی کشورهای توسعه نیافته نیز غیر قابل انکار است».<sup>۲۵</sup> به علاوه با توجه به شیوه نگارش اسناد حقوقی و مخاطب قرار دادن دولت‌ها به نظر می‌رسد که اعمال حمایت از حقوق فرهنگی جمعی با واقعیات موجود بیشترین سازگاری را دارد.

جمعی پنداشتن حقوق فرهنگی به واسطه مصادیقی چون «حق بر توسعه فرهنگی»، «حق تعیین سرنوشت» و «حق مشارکت در زندگی فرهنگی» تقویت می‌شود.

بنابر آنچه گفته شد، با وجود فردی بودن برخی از حقوق فرهنگی و جمعی بودن موارد دیگر، تعیین مطلق ضابطه بسیار مبهم است؛ چرا که احراز محتوای دقیق حقوق مذکور و تطبیق آنها با تعهدات دولت‌ها به راحتی امکان‌پذیر نیست و در بسیاری از موارد دولت متخاصم از طریق هدف قرار دادن حقوق مورد اشاره، آزادی افراد و اجتماعات را با تهدیداتی جدی مواجه می‌سازد.

### گفتار دوم: حق تعیین سرنوشت<sup>۲۷</sup>

پس از ۱۹۶۰ به بعد، حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، به عنوان یکی از پایه‌های اساسی حق توسعه

۲۳. این حقوق برای مثال به ترتیب در مواد، ۱۲، ۱۹، بند ۲ ماده ۲۶، ۱۸ از اعلامیه جهانی حقوق بشر مورد اشاره

قرار گرفته‌اند.

24. The Collective Cultural Rights

25. Antonios Vlassis, bilatéraux et diversité culturelle, Bulletin d'information, Édition special., 15 janvier 2010, p. 8.

۲۶. این حق برای مثال در بند ۲ ماده ۱ بیانیه یونسکو درباره اصول همکاری فرهنگی بین المللی ۱۹۶۶، مورد اشاره

قرار گرفته است.

27. Right to Self-determination

مورد توجه قرار گرفت و به مردم رهایی یافته از استعمار اجازه بهره‌مند شدن از جنبه‌های مختلف حقوق فرهنگی را اعطا می‌نمود. این حقوق را می‌توان به نحوی همان حق توسعه و ارتقای هویت فرهنگی افراد یک جامعه دانست که به صورت جمعی تبدیل شده است و دارای دو جنبه بیرونی و درونی است: «حق تعیین سرنوشت بیرونی به عنوان پایه و اساس نظام بین‌المللی به معنی حاکمیت مردم در بعد خارجی و بین‌المللی، استقلال و عدم مداخله بیگانه در امور آنها بوده و حق تعیین سرنوشت درونی به معنی مردم سالاری و حق حاکمیت ملت در برابر ملت‌های خود می‌باشد».<sup>۲۸</sup>

میراث فرهنگی دست به دست و از نسل به نسل توسط افراد یا گروه‌ها انتقال یافته که مبنای آن می‌تواند فردی یا جمعی باشد. این امر ناشی از وجود ارتباط میان میراث فرهنگی و هویت فرهنگی است که به ایجاد رابطه‌ای بس عمیق با «حق تعیین سرنوشت» می‌انجامد. این مسأله تا حدی است که حتی اگر اصل مورد اشاره فی نفسه مملو از تردیدهای پیرامون قلمرو دارنده حق باشد، هویت فرهنگی می‌تواند به عنوان یکی از اساسی‌ترین معیارهای تعیین کننده گروه داخل در حق، توصیف شود.

### گفتار سوم: حق بر مالکیت فرهنگی<sup>۲۹</sup>

داشتن حق مالکیت بر اموال فرهنگی یکی دیگر از انواع حقوق بشری می‌باشد که در اسناد منطقه‌ای، جهانی و ملی مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۳۰</sup> از این رو مقبولیت آن تردید ناپذیر خواهد بود و در این میان آن چه قابل توجه می‌باشد، متفاوت بودن تعاریف ارائه شده از آن در اسناد مختلف است. بر این اساس می‌توانیم بگوییم محتوای حق بر مال در نهایت مانند سوالی باقی می‌ماند که پاسخش توسط نهادهای ناظر داده می‌شود.<sup>۳۱</sup>

حق بر اموال فرهنگی به عنوان «حق افراد در راستای بهره‌مند شدن صلح آمیز از اموال شامل تصرف موجود یا امکان دسترسی به آن توسط قانون و یا ادعاهایی که دارای پشتوانه قانونی هستند، شناخته شده که برای حمایت از زندگی انسانی و حفظ تمامیت حقوق دارنده لازم شمرده می‌شود».<sup>۳۲</sup> البته این حق در قالب فردی و یا دسته جمعی نمود می‌یابد که با در نظر گرفتن تلاش دولت‌ها جهت اعاده اموال فرهنگی منقول شان معنا پیدا می‌کند.<sup>۳۳</sup>

۲۸. بیژن عباسی، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، تهران، انتشارات دادگستر، پاییز ۱۳۹۰، صص ۳۷۷ و ۳۷۸.

29. Right to Property

۳۰. برای مثال ماده ۱۷ «اعلامیه جهانی حقوق بشر»، پروتکل اول «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های

اساسی»، ماده ۱۵ «منشور آفریقایی حقوق مردمی و بشری» و ماده ۲۷ «کنوانسیون حقوق بشر آمریکایی»، ماده ۲۱ «اعلامیه حقوق و وظایف انسان» از جمله اسنادی هستند که به شناسایی آن پرداخته‌اند.

31. C. Krrause, A. Rossa, *The Right to Property, Economics, Social and Cultural Center: A text book*, 2<sup>nd</sup> revised ed., 2001, p.169.

32. Christophe Colay and Loana Cismas, *The Right to Property from a Human Rights Perspective*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2010, p. 29.

33. Ana Filipa Vrdoljak, *THE NEW DIMENSIONS OF CULTURAL HERITAGE LAW: Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects*, University of Western Australia, 2011, p. 6.

محروم شدن افراد از اموال فرهنگی خود امری محتمل است و این درحالیست که «توانایی شرکت در شیوه زندگی بر توانایی دسترسی به کالای فرهنگی بستگی دارد که چگونگی روش‌ها را مشخص می‌کند. هنگامی که افراد از این مهم محروم می‌شوند و یا مقدار کالای متنوع به آنها نمی‌رسد، توانایی استفاده، انتقال و تقسیم فرهنگ را از دست می‌دهند. بنابراین دسترسی به کالای فرهنگی می‌تواند به عنوان عامل تعیین کننده حق مشارکت در زندگی فرهنگی تلقی گردد».<sup>۳۴</sup>

### گفتار چهارم: حق بر تنوع بیان فرهنگی<sup>۳۵</sup>

رسیدن به تنوع فرهنگی و بقای فرهنگ‌های متفاوت تنها از طریق بهره‌مند شدن همگان به واسطه مبادله و تقسیم گونه‌های موجود موجب غنای فرهنگی بشریت می‌گردد. «این مسأله از جمله مهم‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل مربوط به حقوق بشر است و به طور مستقیم در ارتباط با موضوع جهان‌گرایی و منطقه‌گرایی در قلمرو تشویق و حمایت از حقوق بشر قرار دارد. در عین حال این مسأله موضوع مورد اختلافی است که فعلاً پایانی بر آن متصور نیست».<sup>۳۶</sup>

شایان ذکر است حقوق اقلیت‌ها به عنوان دومین ستون فعال حقوق بین‌المللی در رابطه با تنوع فرهنگی محسوب می‌شود که مشکلات خاص خود را به دنبال دارد. یکی از مهم‌ترین این مشکلات بروز اختلاف نظراتی پیرامون تلقی حق به عنوان گونه‌ای از حقوق فرهنگی فردی یا جمعی است که در این میان پرداختن به مسأله حقوق اقلیت‌ها در چارچوب حقوق بشر فرضیه فردی بودن آن را تقویت می‌کند<sup>۳۷</sup> و در تضمین حقوق جمعی آنان کارایی مضاعف دارد.<sup>۳۸</sup> این درحالیست که این جمعیت خود گروهی از افراد را تشکیل می‌دهند.

بسیاری از اقلیت‌ها ادعا می‌کنند که فرهنگ آنها نمی‌تواند جدای از سایر جنبه‌های واقعیات اجتماعی مورد توجه قرار گیرد و میراث فرهنگی آنها همراه با محتوای فرهنگی است که معنا می‌یابد.<sup>۳۹</sup> از این رو حمایت از فرهنگ اقلیت‌ها در برابر دو چالش اصلی در دستور کار دولت‌ها قرار می‌گیرد: «اول آنکه در برابر تهدیدات جلوگیری از ادامه بقای فرهنگ و یا بیان‌های ذاتی، واکنش نشان می‌دهد و دوم آنکه رویه تمایل به مخالفت با ترویج فرهنگ‌هایی دارد که مستلزم مادون خواندن سایر انواع توسط فرهنگ غالب می‌باشند».<sup>۴۰</sup> همچنین ما باید در هنگام ارزیابی

34. Molly Beutzland, Intellectual Property Rights and the Right to Participate in Cultural Life, New York Law School, 2008, p. 8.

35. Right to Cultural Diversity

۳۶. هکتور گروس الپیل، «جهانشمولی حقوق بشر و تنوع فرهنگی»، ترجمه محمد بیگ‌زاده، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، ش ۳۸، ص ۲۳۱.

37. See for example: UN Doc: E/CN.4/Sub.2 para 125.

۳۸. سیدفاطمی، سید قاری، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم): جستارهایی تحلیلی از حق و آزادی‌ها،

مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۰۶.

39. Mohsen Alahar, Nichile Aylwin and Rosemary J. Coombe, Indigenous Cultural Heritage Rights in International Human Rights Law, 2009, p. 21.

40. Heritage and Cultural Rights: International Standards, Northern Ireland Assembly, research Paper,

حمایت از این شاخه بر اساس حقوق بین‌الملل و یا حقوق اقلیت‌ها توجه لازم را مبذول نماییم هرچند که دسته اخیر کمکی در حل معمای جمعی بودن حقوق نمی‌کند. به علاوه تحلیل مفهوم منجر به تضعیف جمعیت غالب شده و حقوق اقلیت‌ها را به عنوان حقوق فردی داوطلبانه جمعیت تلقی می‌نماید.<sup>۴۱</sup>

### مبحث سوم:

#### افراد و جوامع بومی

شناسایی حقوق افراد بومی، مسأله‌ای تازه در حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود که در طول سالیان متمادی نادیده گرفته شد و از اواخر نیمه دوم قرن بیستم بود که جامعه بین‌الملل در راستای ارتقاء و بهبود وضعیت این گروه اقداماتی را انجام داد. همان طور که اشاره کردیم، برخورداری از حقوق بشر واقعی نیازمند شناسایی ابعاد فرهنگی است که برای رسیدن به هدف، آثار ملموس نقش انکار ناپذیری را ایفا می‌نماید. در کنار این مهم تمامی افراد در برابر قانون مساوی بوده و بدون هیچ‌گونه تبعیضی استحقاق حمایت را هم می‌یابند (ماده ۲۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۹۶). بر این اساس بومی‌ها به عنوان وارثان فرهنگ ارزشمندی که با سرعت رو به نابودی است نیز مجوز دست یافتن به اموال فرهنگی خود را بر اساس حقوق بشر مورد اشاره، می‌یابند.

#### گفتار اول: مبنای شناسایی حقوق بومی‌ها

هدف از طرح مقدمه کوتاه در مطالب فوق، بیان این مطلب است که در این قسمت به دنبال یافتن مبانی شناسایی حقوق بومی‌ها در قواعد حقوق بین‌الملل هستیم که به منزله اولین گام برخورداری صاحب حق از حقوق خود تلقی می‌شود. به علاوه در پرتو این اسناد حدود و دامنه حقوق مورد بحث هم مشخص می‌گردد.

به رسمیت شناختن حق بومی‌ها نخستین بار در کنوانسیون «جمعیت بومی و قبیله‌ای»<sup>۴۲</sup> صورت پذیرفت که در سال ۱۹۸۹ مورد بازنگری قرار گرفت و به «کنوانسیون افراد بومی و قبیله‌ای»<sup>۴۳</sup> تغییر عنوان داد. هر دو کنوانسیون بر عدم تبعیض میان افراد و خودرایی بومی‌ها در قلمرو خود تأکید می‌کردند؛ اما برخلاف سند اول که تنها مشروعیت حقوق جمعی و فردی افراد مورد بحث را در این زمینه‌ها مورد شناسایی قرار داده بود، کنوانسیون دوم به مسائل فرهنگی نیز پرداخته است.

کنوانسیون «کنوانسیون اتخاذ تدابیر برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور انتقال

January 2011, NIAR 667-10, p.10.

41. Lucie Lamarch, Les Droits Culturels: Une Clé D'Analyse Favorisant Les Droits De La Personne À L'Heure Des Sociétés Complexes, Human Rights Education and Research Centre, 30 May, 2011, p. 7.

42. Indigenous and Tribal Population Convention. که در ۲ ژوئن ۱۹۵۹ لازم‌الاجرا شد.

43. Indigenous and tribal people که در ۵ سپتامبر ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا شد.

اموال فرهنگی ۱۹۷۰» هم به عنوان سند حمایتی خاص در رابطه با میراث فرهنگی، اموال فرهنگی یک ملت را اموال ساخته شده به وسیله افراد یا نبوغ جمعی ملیت‌های یک جامعه می‌داند (بند الف، ماده ۴) و به طور غیرمستقیم حق مورد بحث را در ورطه شناسایی قرار می‌دهد. این درحالیست که نسل‌های جدید اسناد حمایتی میراث فرهنگی شامل: «کنوانسیون حمایت از میراث فرهنگی ناملموس ۲۰۰۳» و «کنوانسیون حمایت و ارتقای تنوع بیان فرهنگی ۲۰۰۵» صراحتاً به این مسأله می‌پردازند. دو سند اخیر مسأله اعاده را مورد توجه قرار نمی‌دهند اما «کنوانسیون وحدت ۱۹۹۵ در رابطه با اعاده بین‌المللی اموال فرهنگی مسروقه یا غیر قانونی خارج شده» صراحتاً «ادعاهای اعاده اشیای مهم فرهنگی، مشترک یا خاص متعلق و مورد استفاده جوامع بومی و قبیله‌ای دول عصر را به عنوان جزئی از تشریفات مذهبی یا سنتی» (پاراگراف ۸، ماده ۳) را مطرح نموده و همچنین بازگشت آنها را در صورت «آسیب رساندن جدی» (بند د، پاراگراف ۳، ماده ۵) به منافع آن کشور خواستار شده است.

اسناد فوق شالوده‌پیدایش انواع جدی‌تری پیرامون حمایت از بومی‌ها شدند که آخرین تلاش به «اعلامیه ۲۰۰۷ جهانی ملل متحد در رابطه با بومی‌ها» باز می‌گردد. این سند حق حفظ، حمایت و دسترسی به مذهب و اماکن فرهنگی را در کنار استفاده و کنترل اشیاء مذهبی و بقایای انسانی متعلق به خود را به بومی‌ها می‌دهد (بند ۱، ماده ۱۲) و در این راستا دولت‌های عضو را ملزم به، به کار گرفتن تدابیری می‌نماید که امکان رسیدن و برگرداندن اموال مورد اشاره را به این گروه محدود، فراهم سازند. (بند ۲، ماده ۱۲). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، سند مورد بحث اعاده را به عنوان راهکاری پیشنهاد داده که جنبه حصری ندارد و می‌تواند همراه سایر روش‌ها مورد استفاده قرار گیرد. در کنار این چنین روشی ماهیت قطعنامه‌ای بودن آن غیر الزام‌آور بودن سند را مورد یادآوری قرار می‌دهد. بنابراین تنها راه باقیمانده را می‌توانیم احترام به چنین حقوقی از طریق تبادل پیشنهادها و مذاکرات اعضای جامعه بین‌الملل تلقی کنیم که برای رسیدن به هدف پشتیبانی عرف، می‌تواند نقش مهمی را بر عهده داشته باشد.

کنوانسیون شماره ۱۶۹ «سازمان بین‌المللی کار»<sup>۴۴</sup> در رابطه با «بومی‌ها و قبایل در کشورهای غیر وابسته»، یکی دیگر از اسنادی است که به حقوق بومی‌ها پرداخته است. اما بر خلاف سایرین تنها کنوانسیون بین‌المللی حقوق بشری محسوب می‌شود که صراحتاً مقوله شناسایی حقوق جمعیت مورد بحث را عنوان نموده است. از این رو به منزله جنبشی جدید در راستای جاودانه ساختن و پیشرفت جوامع بومی محسوب شده تا به آنها امکان دارا شدن تفاوت‌های اجتماعی، فرهنگی و منطقه‌ای را اعطا نماید.<sup>۴۵</sup> علی‌رغم تمام این نکات مثبت، موضوع مورد بحث به جبران خسارت ناشی از ضررهای وارده به منابع طبیعی و اکتشافی وابسته به زمین، محدود گشته و اعاده

44. International Labor Organization 44.

45. Luis Rodriguez-Pinero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford University Press, 2005, p.291

اموال فرهنگی آنها به عنوان نشانه‌های مسلم هویت آنها به مسامحه واگذار شده است.<sup>۴۶</sup>

### گفتار دوم: اهمیت اعاده به بومی‌ها

بنا بر اظهارات دبیر کل سازمان ملل «بان کی مون» در نشست ۹ اوت ۲۰۱۱ به مناسبت تقویت جایگاه بومی‌ها، این عده تنها ۰.۵٪ جمعیت جهان را به خود اختصاص داده‌اند. بنابراین طبیعی است اگر تأمل کنیم، نقش این چنین عده محدودی چیست که جامعه بین‌الملل را به خود فراخوانده است؟

وجود خصوصیات متمایز هر فرهنگ منجر به ایجاد هویت فرهنگی می‌شود که این امر تنوع میان فرهنگ‌ها را به وجود می‌آورد. تنوع فرهنگی که بر تعدد فرهنگ و یا هویت‌های فرهنگی اطلاق می‌شود، از طریق توسعه فرهنگ و تعامل با سایر نظام‌های موجود شکوفا شده و ارزش واقعی خود را نمایان می‌سازد. در این حالت بدیهی است که حمایت از آن در پرتو حفظ و گسترش فرهنگ‌های موجود و تضمین امکان برقراری ارتباط میان آنها صورت گیرد. از این رو بی‌توجهی مسؤولان امنیت آن را با چالشی جدی مواجه می‌سازد که برای رسیدن به هدف، قرار گرفتن شیء فرهنگی در جامعه خود امری ضروری می‌نماید. بازیگران فرهنگی نقش مهمی در ایجاد چارچوب اساسی برقراری تعادل و تعامل میان ارزش‌های فرهنگی داخلی و خارجی و نیز ارزش‌ها و رفتارهای گذشته و آینده، ایفا می‌نمایند و در این جاست که نقش بومی‌ها برجسته می‌شود، چراکه با رسوم و فرهنگ بی‌نظیر خود حمایت از این تنوع را به عمل می‌آورند. علی‌رغم اهمیت موضوع «بسیاری از گنجینه‌های فرهنگی و دانش بومی‌ها و حتی عواطف و نمادهایی که قرن‌ها در اذهان و رفتار و اعمال آنها تجلی یافته‌اند فدای استیفای نامشروع و بی‌رویه قرار می‌گیرند که همگی ویرانی‌ها دایر مدار حمایت اصولی این آثار می‌شوند».<sup>۴۷</sup>

### گفتار سوم: بومی‌ها و تفاوت‌های اعمال حق

علی‌رغم شناسایی حقوق بومی‌ها بر اساس قواعد حقوق بشری و یا قواعد خاص میراث فرهنگی، این حق با چالش‌های بسیاری رو به روست. در وهله اول پذیرش از جانب سایر اعضای جامعه بین‌الملل و حتی کشور متبوع آنها مورد تردید است که علت امر اختیاری بودن اسناد تعیین کننده حقوق آنها می‌باشد که حتی کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار هم به دلایلی چون ابهام مقررات مربوط به اعاده و عدم مقبولیت از جانب کشورهای غربی که عمده استعمارگران سابق را تشکیل می‌دهند، موفق به پر کردن این خلأ نگردید. ۴۸ در کنار این مشکلات تجربه‌های به دست

46. Art 15, para2, art 16, para 5.

۴۷. نجادعلی الماسی و بهنام حبیبی، «شیوه‌های حمایت از جلوه‌های حقوق فرهنگی عامه (فولکور)»، فصلنامه

حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۸۶، دوره ۴۰، ش ۱، ص ۴۴.

48. Karolina Kopretch, Human Rights Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation, Swiss National Center of Competence in Research, Working Paper NO 2009/34, p.7.

آمده نشان‌دهنده آن است که در موارد بسیاری خود قبایل به واسطه دیدگاه‌ها و عقاید متفاوت و متنوع خود، تمایلی بر باز پس گرفتن نشانه‌های خود و یا بازگرداندن اموال دیگران ندارند. در این حالات اختلافاتی پیرامون دارنده واقعی و مناسب نگهداری کننده از شیء حادث می‌شود و یا اعضا به علت ملاحظات سیاسی از اعاده اعراض می‌کنند.

در نهایت تعریف حمایت شده از برخی مفاهیم اساسی در نزد بومی‌ها «به واسطه وجود عناصر طبیعی، ذاتی، منابع موجود، عرف جمعی و بین‌المللی متفاوت از تعریف پذیرفته شده در نزد اکثریت می‌باشد؛ چرا که این عناصر به صورت عمدی و یا غیر عمدی توسط مخاطبین جهانی مورد تخریب قرار می‌گیرند و به سلب مالکیت جاری از آنها منتج می‌شوند».<sup>۴۹</sup> مفهوم اموال فرهنگی یکی از این مفاهیم است که به گونه‌ای متفاوت تعبیر می‌شود و علت اصلی تأثیر نگرش غرب‌گرایانه در سایر تعاریف موجود در راستای بین‌المللی می‌باشد. از این رو بومی‌ها ترجیح می‌دهند که اموال فرهنگی مهم خود را در قالب اصطلاحاتی چون «بقایای انسانی»، «اشیاء مقدس»، «اموال موروثی»، «اشیاء مردگان» توصیف کنند که به وضوح ارتباط موجود را با جامعه متعلق به آن به تصویر می‌کشند. زیرا اعاده و حضور این گروه که رابطه‌ای بس عمیق با دنیای اعتقادی و معنوی بومی‌ها دارند، غنای فرهنگی آنها را به دنبال دارد.

«حق تعیین سرنوشت» نیز یکی دیگر از مفاهیم کلیدی است که در رابطه با گروه مورد بحث بسیار متفاوت اعمال می‌شود. در مباحث پیشین به این موضوع اشاره کردیم که در سایه این حق مردمان رهایی یافته از استعمار توانایی برخورداری از حقوق خود را می‌یابند.<sup>۵۰</sup> این مهم در حالیکه دولت‌ها تنها نظارت بر امور بومی‌ها را می‌پذیرند و ادعای تعیین سرنوشت آنها را به رسمیت نمی‌شناسند. این رویه در ماده ۳ «اعلامیه ۲۰۰۷» نیز انعکاس یافته و حق بومی‌ها را محدود به توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و در نهایت داشتن خود مختاری در امور محلی و داخلی، گردانده است. به عبارت دیگر گرایش‌ها به سمتی تمایل دارند که بومیان به جای بهره‌مند شدن از استقلال تنها در موارد مورد اشاره به خود مختاری می‌رسند.

موضوع اعاده اموال فرهنگی بومی‌ها در طول سالیان راهکار مناسبی جهت تضمین منفعت اموال فرهنگی آنها است که دارای رابطه‌ای بسیار نزدیک با تلاش‌های عمومی جهت جبران ناعدالتی‌های گذشته، تجدید فرهنگ بومی‌ها و ادعای آنها مبنی بر خودمختاری می‌باشد. ۵۱ در کنار این مهم برای مقابله با مشکلات مورد اشاره «حفظ تنوع فرهنگی را باید با ایجاد وفاق در خصوص نوعی اخلاق جهانی تضمین کرد. این اخلاق متشکل از حقوق بشر و مسؤولیت‌های او،

49. Ana Filipa Vrdoljak, *Repatriation for Cultural Loss*, Oxford University Pres, 2008, p. 200.

۵۰. موضوع احترام به تمامیت فرهنگی اصلی پذیرفته شده در حقوق بشر است که نسبت به تمامی آحاد آن و از جمله بومی‌ها قابل اجرا است. این مسأله در مقدمه اعلامیه ۲۰۰۷ نیز مورد تأیید قرار گرفته و آنان را با سایر اعضا برابر می‌داند.

51. Tamara Kagan, "Recovering Aboriginal Cultural Property at Common Law: A Contextual Approach", *University of Toronto Faculty Law Review* 63, pp. 6-7.



دموکراسی و جامعه مدنی، حمایت از اقلیت‌ها، تعهد به حل اختلافات از راه‌های صلح‌آمیز و مذاکرات منصفانه و رعایت انصاف در میان یک نسل و در میان نسل‌ها، در نظر گرفت.<sup>۵۲</sup> این نگرش موجب خروج انحصار قدرت و نظارت از دولت‌ها می‌شود و مداخله نهادهای بین‌المللی را به دنبال دارد.

### نتیجه‌گیری

اموال فرهنگی به مانند منابع تجدیدنشدنی هر جامعه محسوب می‌شوند که هویت و بی‌ظنیری گروهی را به تصویر می‌کشند. این اموال همان جنبه قابل لمس و مشاهده تمدن بشریت هستند که با محیط پیرامون او در تعامل می‌باشند. در برابر خطر جدا شدن اموال فرهنگی از کشور مبدا و از بین رفتن رابطه مادی و معنوی اثر، جامعه بین‌المللی از طریق اسنادی چند سعی در اعمال حمایت نموده است که برای رسیدن به هدف هر سند به دنبال آن است که اهداف خود را با تمسک به اصول و توجیهاتی به مرحله اجرا در آورد. در این میان برخی اصول قدیمی همچون «اصل مسؤولیت دولت»، «اصل خودمختاری» و «اصل شناسایی حاکمیت» دولت‌ها را دستاویز قرار داده‌اند که پرداختن به آنها خارج از حوصله بحث است، اما در مقابل بعضی دیگر اصول جدیدی را مطرح می‌سازند که از طریق حقوق بشر سعی در خارج ساختن این انحصار از دولت‌ها و گسترش آن بر سایر بازیگرانی دارند که نقش مهمی در حمایت از حقوق فرهنگی ایفا می‌نمایند. یکی از مهم‌ترین این گروه‌ها جوامع بومی است که علی‌رغم محدودیت‌های پیش رو و تفسیر متفاوت بسیاری از حقوق بنیادین از جانب دولت‌ها نقش مهمی در حفظ و گسترش تنوع گونه‌های فرهنگی بر عهده دارند. چرا که وقت آن رسیده از ظلم و استعمار به معنای واقعی رهایی یابند و همانند دیگر مردمان جهان به صورت برابر حق و با بهره‌مندی از مهارت‌های گذشته‌شان آینده‌ای روشن را برای خود فراهم سازند. این چنین نگرشی مرزها و محدودیت‌ها را پشت سر گذاشته و دغدغه حمایت از این آثار را به هدفی مشترک تبدیل می‌نماید که نیازمند همکاری کشورهای مختلف است، زیرا با توجه به عدم وجود ضمانت اجراهای مناسب تنها راه باقی مانده تراضی و مصالحه اعضای جامعه بین‌الملل می‌باشد. در کنار این مهم تبدیل شدن حقوق بشر به معیاری جهت سنجش دولت‌ها این روند را تسریع بخشیده و مجوزی برای مطالبه حقوق مختلف از جمله حق فرهنگی حتی از جانب جمعیت‌های محدود با توجه به برخی زمینه‌ها از جمله شناسایی حق تعیین سرنوشت، حق بر تمامیت فرهنگی، حق بر مالکیت و... محسوب می‌شود. از این رو مطالبه رژیم خاص حقوق بشری برای مردمان بومی به لحاظ مفهومی به وسیله ظهور مفهوم حقوق نسل سوم که به همبستگی بشری بنیان شده، حمایت می‌شود.

۵۲. مجید وحید، «کنوانسیون جهانی تنوع فرهنگی بررسی زمینه‌های فکری - تاریخی، موضوع و چشم‌انداز تصویب و تبعات در سیاست‌گذاری فرهنگی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۸۳، ش ۶۳، ص ۲۵۸.

# **New Developments in Restitution of Cultural Property with a View to Restitution of Indigenous People's Cultural Property**

Alireza Arashpour (Ph. D.) & Sara Balkhi

## **Abstract:**

Cultural awareness of countries has attentioned the issue of restitution of cultural property increasingly. This combined with the gradual development of international law and being human rights as one of the criteria of performance of governments the former divisions have been changed and new principles justify the claims related to restitution. In the light of such changes other actors like indigenous communities come into the input field and play roll beside the old ones 'to continue the species diversity.

**Keywords:** Cultural Property, Restitution, Cultural Rights, Human Rights, Indigenous Communities

# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

**VOL. X, No. 2**

**2011-2**

## **Articles**

- The Differences between Mistake and Ignorance to the Subject-Matter of Contract
- Bankruptcy in Fault and Fraud: From Commercial Code to Islamic Penal Code
- Complicity in Unintentional Crimes
- Concept and Nature of Future Contracts
- Analysis The Theory of the Unification of Transnational Commercial Contracts Law
- Peace and Human Rights in Curriculum under the International Instruments

## **Special Issue: Cultural Heritage Law: Capacities and Challenges**

- Unable Justice and Preservation of Cultural Heritage
- Islamic Penal Code of Iran on Crimes against Cultural Property: 566 bis Article
- Copyright Protection for Architectural Works
- Some Strategic Developments in Restitution of the Cultural Property in Contemporary International Law
- New Developments in Restitution of Cultural Property with a View to Restitution of Indigenous People's Cultural Property
- The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflicts: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
- "Functional" Concept Evolution of Cultural Property in a More Humanization of International Law
- Deficiencies in Legislations for Protection of Cultural Heritage
- Right on the Historical Name of the Persian Gulf from the Perspective of International Law
- Examining Various Mechanisms for International Disputes over Cultural Properties



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**

Research & Study

ISSN: 1682-9220