

حمایت از میراث فرهنگی جهانی در رویه دیوان بین‌المللی کیفری

| امیرساعد وکیل* | استادیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران
| افشین قشلاقی نیگجه | دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده
پیشگیری از جرم و اصلاح و تربیت، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران

چکیده

میراث فرهنگی در تمام دنیا دارای منزلت بالایی هستند به گونه‌ای که در حقوق بین‌الملل کیفری حمله و تخریب آن‌ها جنایت قلمداد شده است. در حقوق بین‌الملل، قواعدی درباره حمایت از میراث فرهنگی جهانی نظیر کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه وجود دارد. میراث فرهنگی علاوه بر حمایت‌های عام در حقوق بین‌الملل به‌طور ویژه در چارچوب نظام حقوق بین‌الملل کیفری نیز طی اساسنامه و سند عناصر جنایات دیوان مورد التفات قرار گرفته‌اند. با لازم‌الاجرا شدن «اساسنامه ژم» در ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۲ و ایجاد «دیوان بین‌المللی کیفری»، جهان برای نخستین بار، به یک سازوکار قضائی بین‌المللی مستقل با اختیار محاکمه افرادی که دارای بیش‌ترین مسئولیت در رابطه با تخریب مهارناشدنی اموال فرهنگی در جریان مخاصمات مسلحانه هستند، مجهز شد. جهان برای نخستین بار در طول تاریخ محاکمات دیوان بین‌المللی کیفری، شاهد محاکمه فردی به اتهام جنایت جنگی علیه اموال فرهنگی در پرونده احمد الفقی المهدی بود. رویکرد دیوان در این پرونده، متأثر از اساسنامه خود «رویکرد تفسیر به نفع غیرنظامیان» است.

واژگان کلیدی: میراث فرهنگی، دیوان بین‌المللی کیفری، جنایات جنگی، رویکرد ارزش فرهنگی میراث فرهنگی، رویکرد تفسیر به نفع غیرنظامیان، پرونده المهدی.

مقدمه

در چند دهه گذشته، شاهد جنگ‌هایی بوده‌ایم که سبب رنج و تخریب وصف‌ناپذیری شده‌اند که با غارت و تخریب آثار باستانی همراه بوده است. حملات عمدی به «پل قدیمی شهر موستار» که امروزه در بوسنی و هرزگوین قرار دارد؛ بوداهای مخدوش و معیوب «بامیان» در مرکز افغانستان (۲۰۰۱)؛ هتک حرمت اماکن مذهبی و بناهای تاریخی در «تیمبوکتو» در مالی؛ و اخیراً، اماکن باستانی در «موصل» عراق (۲۰۱۴) و «پالمیرا» در سوریه (۲۰۱۵)، همگی به روندی نگران‌کننده اشاره دارند.

یونسکو اقدامات مناسبی به منظور حفظ این میراث برداشته است که از آن جمله می‌توان به کنوانسیون‌های متعدد چون کنوانسیون ۱۹۵۴ ناظر بر حمایت از اموال فرهنگی در جریان مخاصمات مسلحانه و پروتکل الحاقی ۱۹۹۹ برای حمایت از میراث فرهنگی و باستانی درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی اشاره کرد. نمونه‌های تخریب اموال فرهنگی و تاریخی، نمایشگاه نوعی اشاعه سیاست و راهبرد جنگی است که باید با آن مقابله شود.

در این زمینه، نقش دیوان بین‌المللی کیفری بسیار حائز اهمیت است. با لازم‌الاجرا شدن «اساسنامه ژم» در ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۲ و ایجاد «دیوان بین‌المللی کیفری»، جهان برای نخستین بار، به یک سازوکار قضائی بین‌المللی مستقل با اختیار محاکمه افرادی که دارای مسئولیت در رابطه با تخریب اموال فرهنگی در جریان مخاصمات مسلحانه هستند، مجهز شد. در این مقاله، سعی داریم با تحلیل پرونده المهدی، رویکرد دیوان بین‌المللی کیفری را در مقابله با جنایت علیه میراث فرهنگی تجزیه و تحلیل کنیم. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که با توجه به رویه‌ای که دیوان بین‌المللی کیفری در پرونده المهدی از خود برجای گذاشته است، چه شاخص‌هایی در خصوص حمایت از میراث فرهنگی در قلمرو نظام حقوقی بین‌المللی کیفری قابل اعمال است؟

۱. حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل

افزون بر اینکه در حقوق بین‌الملل ناظر بر حمایت از میراث فرهنگی، تعریف جهانی پذیرفته شده‌ای از میراث موضوع حمایت ارائه نشده، همواره جدالی سخت برای انتخاب عنوان اموال فرهنگی و میراث فرهنگی در اسناد و معاهدات بین‌المللی وجود داشته است (Frigo, 2004: 367). با اینکه اسناد بین‌المللی ابتدا از واژه اموال فرهنگی استفاده می‌کردند، در سالیان اخیر یونسکو تمایل بیش‌تری برای کاربرد عبارت میراث فرهنگی نشان داده است. به نظر می‌رسد واژه اموال فرهنگی با وجود اینکه محدود به اموال منقول نیست و هر شیء دارای وصف فرهنگی را دربرمی‌گیرد، ولی واژه

میراث فرهنگی دارای دامنه کاربرد گسترده‌تری است و حتی ماهیت‌های غیر ملموس فرهنگی را نیز زیر این عنوان می‌توان برشمرد. لازم است معنای فرهنگ را در ذهن خود تبیین کرده باشیم. کنوانسیون حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخصصات مسلحانه مصوب ۱۴ می ۱۹۵۴ از سوی سازمان یونسکو وضع شد، با اذعان به اینکه تمام اموال در فرهنگ جهانی سهیم هستند و لطمه به اموال فرهنگی هر قوم به منزله لطمه به اموال کل بشر است، رویکرد «بین‌المللی‌گرایی فرهنگی» را در تعریف میراث فرهنگی مورد پذیرش قرار داده است (Merryman, 1986:832).

فرهنگ به مثابه «شیوه زیست» در قالب نمادهای مادی و غیرمادی جلوه‌گری می‌کند. بُعد مادی آن در صور اموال مادی اعم از منقول و غیرمنقول قرار دارند، در حالی که بُعد غیرمادی آن در قالب آداب و رسوم، سنت‌ها، ادبیات عامه و در یک معنا فرهنگ ناملموس تجلی می‌یابند.

هرچند کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه که به حمایت از میراث فرهنگی در هنگام مخصصات مسلحانه می‌پردازد، به‌عنوان نخستین معاهده بین‌المللی در خصوص حمایت از میراث فرهنگی، فلسفه وجودی خود را ناشی از آثار مخرب جنگ‌ها بر این میراث اعلام می‌کند که با پیشرفت فناوری‌های جنگ، نابودی این میراث در مرحله بحرانی‌تری در مقایسه با گذشته قرار می‌گیرد و لطمه به میراث فرهنگی هر مردمی به منزله صدمه به میراث فرهنگی نوع بشر است، اما گام‌های دیگری نیز در چارچوب حقوق بین‌الملل برای حمایت از میراث فرهنگی برداشته شده است. می‌توان به توصیه‌نامه مورخ ۱۹۵۶ یونسکو در مورد کاوش‌های باستان‌شناسی، زیبایی منظره‌ها (۱۹۶۲) و حفاظت از اموال فرهنگی در معرض خطر به‌واسطه کارهای دولتی (۱۹۶۸) اشاره کرد. سند الزام‌آور حقوقی دیگر، کنوانسیون حمایت از فرهنگ جهانی و میراث طبیعی مورخ ۱۹۷۲ است. جنبه‌های ناملموس میراث فرهنگی هم ابتدا در توصیه‌نامه یونسکو درباره فرهنگ سنتی و عامه (فولکلور) در ۱۹۸۹ و کنوانسیون میراث زیر آب مورخ ۲۰۰۱ و کنوانسیون میراث ناملموس مورخ ۲۰۰۳ و بالاخره کنوانسیون ۲۰۰۵ تنوع مظاهر تنوع فرهنگی منعکس شد.

اگرچه آرای محاکم حقوقی بین‌المللی در مورد حمایت از اموال فرهنگی چندان دلگرم‌کننده نمی‌کنند، اما نوید حمایت از این اموال را می‌توان در آرای محاکم بین‌المللی کیفری تا حدودی مشاهده کرد. در این میان نباید از تصویب قطعنامه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت غافل بود. در کنار این قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و دکترین نیز حائز اهمیت است.

۱-۱. میراث فرهنگی جهانی

میراث فرهنگی هر کشور بخشی از میراث فرهنگی بشریت و جهانی است. آنچه که مفهوم میراث جهانی را استثنا می‌سازد، کاربرد جهانی آن است. مجموعه اموالی که به تاریخ فرهنگی مربوط

می‌شوند، میراث فرهنگی یک ملت را تشکیل می‌دهند و اگر دارای ارزش برجسته و منحصر به فردی باشند، میراث جهانی و متعلق به تمام بشریت خواهند بود. مفهوم میراث جهانی، به مرور در طول سده‌های هجدهم و نوزدهم تکوین یافت و در قالب کنوانسیون‌ها و توافق‌نامه‌های بین‌المللی، شکل رسمی به خود گرفت (نصرالهی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱-۲).

در سال ۱۹۷۲ م. یونسکو در رویارویی با خطر فزاینده‌ای که میراث فرهنگی و طبیعی بشر را تهدید می‌کرد، معاهده میراث جهانی را به وجود آورد. این معاهده از چند جنبه نوآور است: نخست اینکه حفظ میراث فرهنگی و طبیعی را با هم پیوند می‌دهد. دوم اینکه به سبب ارزش منحصر به فردی که برخی از میراث‌های فرهنگی و طبیعی دارند، باید آن‌ها را میراث جهانی قلمداد کرد. امروزه این معاهده، مهم‌ترین ابزار حقوقی بین‌المللی برای حفظ میراث جهانی است (دروست، ۱۳۷۱: ۳۸). کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، بازتابی از عزم جدی برای به حداقل رساندن خسارات وارده به اموال فرهنگی در جریان مخاصمات است، اما کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو در خصوص برگرداندن اموال فرهنگی، نوعی نگرش ملی‌گرایانه را نسبت به میراث فرهنگی در خود جای داده است که با در نظر گرفتن خساراتی که این میراث در دوران استعمار دیده‌اند، قصد دارند از این میراث به عنوان یک پایه هویت ملی خود استفاده کنند. این عهدنامه تلفیقی از نگرش‌های ملی‌گرایی و بین‌المللی‌گرایی فرهنگی است. در مقابل، کنوانسیون ۱۹۷۲ میل به آن دارد که برخی میراث‌های فرهنگی را متصف به میراث فرهنگی نوع بشر کند که در این صورت شایسته برخورداری از حمایت بین‌المللی هستند.

آنچه در مجموع میراث فرهنگی تلقی می‌شود، دربرگیرنده آثار، مجموعه‌ها و محوطه‌های با ارزش جهانی است که عبارت‌اند از: آثار معماری، مجسمه‌سازی یا نقاشی در بناها، عوامل و بناهایی که جنبه باستانی دارند، کتیبه‌ها، غارها و مجموع عواملی که از نظر تاریخی، هنری و علمی دارای ارزش جهانی استثنائی هستند. مجموعه‌ها: مجموعه بناهای مجزا یا مجتمع که از نظر معماری، منحصر به فرد بودن یا بستگی و موقعیت آن‌ها در یک منظره طبیعی، به لحاظ تاریخی، هنری و علمی دارای ارزش جهانی استثنائی هستند. محوطه‌ها: آثار انسانی یا آثاری که توأم با به وسیله انسان و طبیعت ایجاد شده است و نیز شامل مناطق و محوطه‌های باستانی است که به لحاظ تاریخی، زیبایی‌شناسی، نژادشناسی یا مردم‌شناسی دارای ارزش جهانی استثنائی هستند (دبیری و دیگران، ۱۳۹۳: ۳).

اصل «میراث مشترک بشریت» در حقوق بین‌الملل معاصر در رابطه با وضعیت منابع فضاها و مشترک، به ویژه اعماق دریاها و گره ماه و مناطق وسیعی از قطب جنوب 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 نظر، مفهوم میراث مشترک قابل اعمال بر اموال فرهنگی به اصل «دغدغه مشترک بشریت»^۱ که در رابطه با اموال عمومی محیط‌زیستی مطرح شد، نزدیک‌تر است تا به اصل «میراث مشترک بشریت» که مربوط به منابع فضاها و مشترک و فضای ماورای جو است. حوزه‌هایی که در آن‌ها این اصل پذیرفته شده یا در حال شکل‌گیری است، به ترتیب عبارت‌اند از: اموال فرهنگی با اهمیت استثنائی جهانی و میراث زیر آب که می‌توانند در فضاها و ماورای صلاحیت ملی ملت‌ها یافت شوند (فرانکیونی، ۱۳۸۸: ۱۴۱).

۲-۱. حقوق بین‌الملل موضوعه در حمایت از اموال فرهنگی

حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر اموال فرهنگی، در پنجاه سال اخیر، پیشرفت قابل ملاحظه‌ای کرده است. در حقوق بین‌الملل موضوعه مقرراتی در قالب معاهدات و عرف و دکترین در رابطه با حمایت از میراث فرهنگی در مخاصمات مسلحانه وجود دارد که نقش برجسته‌ای را در حفظ و حراست از اموال فرهنگی و تاریخی ایفا می‌کنند.

۱-۲-۱. معاهدات

حقوق بین‌الملل کلاسیک محدودیت‌های کمی در مقابل آزادی دولت‌ها در تخریب یا غارت اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه ایجاد کرده بود. کنوانسیون چهارم ژنو به خودی خود تأثیر چندانی بر تقویت نظام حمایت از اموال فرهنگی در جریان مخاصمات ندارد و صرفاً تخریب اموال شخصی را اعم از آنکه مالکیت خصوصی یا دولتی باشند، ممنوع می‌کند. با این حال، پروتکل اول ۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که به پروتکل حمایت از قربانیان هنگام بروز مخاصمات مسلحانه بین‌المللی شهرت دارد، در ماده ۵۳ خود، عملیات خصمانه علیه بناهای تاریخی، آثار هنری و عبادتگاه‌ها را که بخشی از میراث فرهنگی و مذهبی مردم محسوب می‌شود، ممنوع کرده است.

نقطه عطف در این خصوص انعقاد کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه و پروتکل اول آن است. در این معاهده، تلاش شده چارچوبی پدید آید که به‌نحوی مؤثر و جامع حمایت از اموال فرهنگی را در جریان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی تضمین کند. کنوانسیون لاهه همچنین مفهومی را

۱. مفهوم «دغدغه یا نگرانی مشترک بشریت» لزوماً محدود به حوزه میراث فرهنگی نیست و این مفهوم در مورد حوزه‌های دیگری مثل حقوق بشر، تغییرات اقلیمی، تنوع زیستی و محیط زیست نیز به کار می‌رود.

پذیرفته است که طبق آن اموال فرهنگی نه به‌خاطر ارزش مادی خود، بلکه به‌عنوان بخشی از منابع بشریت باید مورد توجه و حمایت قرار گیرند و حفظ آن‌ها نوعی مشارکت در حفظ تمدن جهانی است. برای حفظ بیش‌تر اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه وجود ضمانت اجرای قوی ضروری می‌گردد که پروتکل دوم منضم به این کنوانسیون در سال ۱۹۹۹ با طرح مسئولیت کیفری فردی و درخواست از دولت‌ها برای پیش‌بینی آن، تلاش کرد چنین ضمانت‌اجرائی را به‌وجود آورد (David, 1994:246-262). البته مسئولیت کیفری فردی در اسناد دیگری نیز یافت می‌شود که از آن جمله ماده ۳ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است (David, 2004:1010-1023, 1198-1256). پروتکل دوم علاوه بر مقررات حمایت‌های «ویژه» که در کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه مذکور افتاده بود، مفهوم حمایت‌های «تقویت‌شده» را نیز پدید آورد. این امر به‌دلیل شکست سازوکاری بود که بر ثبت اموال فرهنگی مبتنی بود. در پروتکل دوم دامنه تعهدات دولت‌ها براساس کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه در خصوص اقدامات مقدماتی در زمان صلح گسترش یافته است. در پروتکل دوم لاهه مفهوم مترقیانه ارزش فرهنگی اموال و میراث فرهنگی مطرح شده است. مبتکرین کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، قصد حمایت از بخش خاصی از اموال فرهنگی که در کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو از آن‌ها حمایت ویژه به‌عمل نیامده بود، یعنی اموال دارای ارزش فرهنگی جهانی که در مفهوم واضح‌تری از میراث فرهنگی قرار می‌گیرند را داشتند. به‌همین جهت، عقیده حمایت از این نوع اموال به‌خاطر خود آن‌ها و به‌دلیل ارزش ذاتی و اهمیت‌شان برای بشریت و جدا از استفاده روزمره غیرنظامیان از آن‌ها، تلفات و صدماتی که به‌واسطه اعمال صورت گرفته علیه اموال فرهنگی به غیرنظامیان وارد می‌شود، پدیدار شد (Dormann, 1993:230). به‌نظر می‌رسد که کنوانسیون چهارم ژنو متأثر از رویکرد بشردوستانه قائل به انتفاع غیرنظامیان است که منتج به تفسیر مضیق به‌نفع متهم می‌شود، درحالی‌که کنوانسیون ۱۹۵۴ به‌ویژه پروتکل دوم آن متأثر از رویکرد مبتنی بر ارزش فرهنگی اموال است که می‌تواند مقابل تفسیر مضیق به‌نفع متهم قرار گیرد.

حقوق فرهنگی مفهومی است که شناخت و تعیین قلمرو آن ارتباط تنگاتنگی با معنی دریافتی از واژه فرهنگ دارد و به‌همین جهت به‌طور نزدیکی با تعاریف ارائه‌شده از فرهنگ در ارتباط است. به‌همین جهت گزارشگر ویژه حقوق فرهنگی سازمان ملل در سال ۲۰۱۰، طی گزارش خود به‌منظور روشن‌شدن موضوع حقوق فرهنگی، این‌طور بیان داشته است که تعریف رسمی از حقوق فرهنگی وجود ندارد. اما در ادامه بیان می‌دارد که حقوق فرهنگی شامل حقوقی است که در زمینه فرهنگ هستند و برشمردن آنان به جهت گستره وسیع فرهنگ در همه ابعاد انسانی تقریباً غیرممکن به‌نظر می‌رسد (Shaheed, 2010: 4-5).

اصطلاح حقوق فرهنگی، نخستین بار در مذاکرات تدوین اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ مجمع عمومی ملل متحد مورد بحث و گفتگو قرار گرفت. در میثاق ۱۹۶۶ حقوق مدنی و سیاسی، میراث غیرمادی بومیان بخشی از حقوق فرهنگی آن‌ها به‌شمار می‌رود (رنجریان و سعیدی، ۱۳۹۵: ۱۳-۱۴). گام بعدی در توسعه حقوق فرهنگی با تصویب میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ برداشته شد. در سال‌های اخیر، تلاش‌های گسترده‌ای در سطح جهانی صورت گرفته تا نگاهی همه‌جانبه به حقوق فرهنگی انجام پذیرد. طی یک جلسه کارشناسی در یونسکو در سال ۱۹۶۸ فرهنگ به‌عنوان اساس وجود انسان که بدون تردید مرتبط با حقوق بشر است، شناخته شد (Paris: UNESCO, 1970). مشابه این رویکرد را می‌توان در اعلامیه فرایبورگ درباره حقوق فرهنگی دریافت که بیان می‌کند فرهنگ، مشتمل بر ارزش‌ها، باورها، زبان‌ها، دانش، هنرها، سنت‌ها، نهادها و روش‌های زندگی است که از آن طریق یک فرد یا یک گروه، انسانیت خود را ابراز می‌کند و به موجودیت و توسعه خود معنا می‌بخشد (Fribourg Declaration, 2007, Art. 2).

۱-۲-۲. عرف

از آنجایی که عرف یکی از منابع مهم حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، لازم است تا به نقش عرف در زمینه حمایت از اموال فرهنگی هم پرداخته شود.

ممنوعیت کلی خسارت به اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه: اصل حفظ و حمایت از اموال فرهنگی در کنوانسیون لاهه بر حسب اعلام کنفرانس عمومی یونسکو، به‌عنوان انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد می‌شود.

ممنوعیت هدف حمله قرار دادن اموال فرهنگی: در چارچوب حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه، این قاعده که اهداف غیرنظامی مورد هدف حملات قرار نخواهند گرفت، به‌عنوان اعمال بنیادین اصل اساسی تفکیک، به‌عنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شد (ICJ, 1996, 78-79).

ممنوعیت ایراد خسارات جانبی به اموال فرهنگی: هرچند مسائل متعددی در خصوص تفسیر و اعمال دقیق این قواعد به‌صورت حل‌نشده پابرجا است، اما در مقابل تردیدی نیست که در چارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بین‌الملل عرفی در پرتو قاعده تناسب، به تنظیم خسارات جانبی وارده بر اموال و اهداف غیرنظامی از جمله اموال فرهنگی در مفهوم وسیع آن می‌پردازد. وزارت دفاع آمریکا، پیشگیری از «خسارت‌های تبعی به اهداف غیرنظامی ... که به‌وضوح با مزیت نظامی حاصله در حمله به این اهداف نامتناسب است» را به‌عنوان قاعده عرفی شناسایی کرده است (Department of the Army, 1976: 41).

۱-۲-۳. دکترین

در خصوص حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در دکترین به‌طور کلی دو دیدگاه وجود دارد: ۱. دیدگاه ناسیونالیسم فرهنگی؛ ۲. دیدگاه انترناسیونالیسم فرهنگی. در خصوص دیدگاه ناسیونالیسم فرهنگی، اعتقاد بر این است که اموال فرهنگی و تاریخی جنبه ملی دارند و متعلق به یک ملت و یک کشور هستند. عهدنامه ۱۹۷۰ یونسکو برای برگرداندن اموال فرهنگی، تلفیقی از دیدگاه‌های ناسیونالیسم و انترناسیونالیسم فرهنگی است. دیدگاه دیگر که امروزه از حمایت و استقبال زیادی در اسناد بین‌المللی برخوردار است، دکترین انترناسیونالیسم فرهنگی است که نمود آن را می‌توان به‌طور خاص و ویژه در کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه مشاهده کرد. این دکترین معتقد است که اموال فرهنگی جهانی و متعلق به تمام بشریت هستند. در واقع از نظر این دکترین همه مردم جهان دارای علایق و منافع در حفظ و برخورداری از اموال فرهنگی هستند، در هر کجا و از هر ریشه فرهنگی یا جغرافیایی که باشند (Merryman, 2005: 1-2). به‌ویژه ماده ۲۸ این سند که مسئولیت فردی را برای محاکمه متخلفان مقرر می‌دارد و فحوای آن قائل به صلاحیت اجباری اعضا برای محاکمه متخلفان است و آن را محدود به دولت متبوع متهم نمی‌داند (Merryman, 1986: 845). در واقع نگاه این سند به میراث فرهنگی، بیانگر تجویز صلاحیت جهانی در رابطه با جرایم علیه اموال فرهنگی است. البته مسئولیت کیفری فردی در این زمینه قبلاً در جریان محاکمه آلفرد روزنبرگ در دادگاه نورنبرگ محقق شده بود.

۲. حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل کیفری

حقوق بین‌الملل موضوعه نظر به وضعیت پرمخاطره اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه، دست به تدوین و اتخاذ قواعد و مقرراتی در باب حمایت اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه زده است، لکن ثابت شده است که به‌دلیل عدم کفایت مقررات قراردادی، مقررات موضوعه حقوق بین‌الملل در این حوزه کارا نبوده‌اند.

۱-۲. بررسی موضوع در چارچوب حقوق بین‌الملل کیفری عرفی

سعی شده تا در چارچوب قواعد عرفی حقوق بین‌الملل کیفری به این پرسش پاسخ داده شود که آیا اعمال علیه اموال فرهنگی را می‌توان بر عناوین مجرمانه ژنوسید، جرایم علیه بشریت و جنایات جنگی انطباق داد.

۲-۱-۱. ژنوسید

کمیته ویژه ژنوسید در ملل متحد در هنگام تدوین پیش‌نویس اولیه کنوانسیون ژنوسید ماده ۳ آن را بدین‌گونه تدوین کرده بود: هرگونه عمل عمدی که به قصد نابودی یک گروه ملی، نژادی، مذهبی،

قومی ارتکاب می‌یابد (Summary Record of Meetings, 1948:6). تئوری ژنوسید فرهنگی حکایت از این دارد که ژنوسید تنها به معنای نابودی فیزیکی یک ملت نیست، بلکه علاوه بر آن، نابودی «بنیان‌های اساسی زندگی» یک گروه نژادی که به هدف نابودسازی خود گروه انجام شود را نیز در برمی‌گیرد. این رویکرد از دید برخی با نگاه رافائل لمکین، طراح اصلی کنوانسیون منع ژنوسید هم‌خوانی دارد (Koivunen, 2013:436). هرچند مفهوم ژنوسید فرهنگی در ماده ۳ پیش‌نویس کنوانسیون ژنوسید آمده بود، در متن نهائی به کلی حذف شد و انواع ژنوسید در قالب فیزیکی آن محدود شد. سایر اسناد بین‌المللی الزام‌آور و همچنین تا حدودی رویه قضائی بین‌المللی نیز تاکنون از پذیرش این مفهوم، سر باز زده‌اند (آرش‌پور و زحمتکش، ۱۳۹۶: ۵-۶).

۲-۱-۲. جنایات علیه بشریت

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده «بلاسکیچ» بیان داشت که جرم علیه بشریت مندرج در بند «ح» ماده ۵ اساسنامه دیوان «نه تنها آسیب‌های روحی و جسمی را که اعمالی ... نظیر هدف قرار دادن اموال آن‌ها تا جایی که قربانیان بر مبنای تعلق آن‌ها به اجتماعی خاص انتخاب شوند را در برمی‌گیرد» (ICTY, 1997: 703-4).

شعبه بدوی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی در پرونده «کاردیچ» بیان داشت که تخریب یا خسارت عمدی به بناهای مذهبی در صورتی که تبعیض‌آمیز باشد، جرم علیه بشریت محسوب خواهد شد (ICTY, 2001: 207). در پرونده برجائین نیز بر این نظر بود که نابودی و تخریب بناهای فرهنگی و مذهبی متعلق به کروات‌ها و مسلمانان بوسنیایی به صورتی که بر مبنای تبعیض باشد جرم علیه بشریت محقق می‌یابد (ICTY, 2004: 1022-3). البته در هر سه مورد یادشده، متهم مرتکب جنایت جنگی به مثابه جرایم علیه بشریت نیز شده است، چراکه تخریب و تاراج غیرقانونی اموال فرهنگی به موجب ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری جنایت جنگی بوده و در عین حال طبق شق «ح» بند اول ماده ۷ آن اساسنامه جرایم علیه بشریت است. در همه موارد یادشده، جرایم ارتكابی را می‌توان دارای مبنای عرفی فرض کرد.

۲-۱-۳. جنایات جنگی

در پرونده استراگار، شعبه بدوی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق، متهم را به ارتکاب جرم جنگی «نابودی یا تخریب عمدی انجام‌شده در مورد نهادهای اختصاص‌یافته به مذهب، خیریه و آموزش، هنر و علم، بناهای تاریخی و آثار هنری و علمی» مندرج در ماده ۳ اساسنامه دیوان به خاطر نقش او در بمباران شهر قدیمی دوبرونیک در ششم دسامبر ۱۹۹۱ گناهکار شناخت

(ICTY, 2005: 230). وضعیتی که توسط شعبه تجدیدنظر در پرونده هازیا سانویچ و کابورا نیز تأیید شد (ICTY, 2005: 44-48).

اعمال خصمانه غیرقانونی علیه اموال فرهنگی علاوه بر حمله، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی موجب پدیداری مسئولیت کیفری است. از حقوق بین‌الملل عرفی عناصر مادی لازم برای جرم تخریب یا آسیب به اموال فرهنگی قابل استخراج است. حقوق بین‌الملل عرفی همچنین مسئولیت کیفری در خصوص چپاول اموال فرهنگی را به رسمیت می‌شناسد (O'Keefe, 2006: 347-348).

۲-۲. حمایت از اموال فرهنگی در رویه دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق

بر اساس ماده ۳ اساسنامه، این دادگاه صلاحیت دارد تا اشخاص و افرادی را که مرتکب نقض قوانین یا عرف‌های جنگی شده باشند تعقیب کند. برای نمونه در شهر ووگوار (از شهرهای کرواسی) نیروهای تحت کنترل صرب‌ها مکان‌های باستانی و قدیمی و همچنین قلعه‌التر را شامل یک موزه بود، تخریب کردند (Karen, 1993: 66-67). در دوبروونیک، این نیروها کلیسای سنت آن و مرکز باستانی شهر را هدف حملات خود قرار دادند که در فهرست میراث جهانی بودند (Karen, 1993: 67-68).

کیفرخواست‌های مطرح‌شده در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به بررسی اموال فرهنگی تحت سه عنوان می‌پردازند: (۱) موارد نقض شدید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (۲) موارد نقض قوانین یا عرف‌های جنگی (۳) جنایت علیه بشریت، به‌ویژه آزار و اذیت به دلایل مذهبی و غیره.

حمایت پیش‌بینی شده در ماده ۳ اساسنامه را می‌توان نوعی «حمایت مستقیم» برای اموال فرهنگی تلقی کرد. در این کیفرخواست‌ها به‌طور ویژه به بند (ت) ماده ۳ اساسنامه اشاره شده بود که مقرر می‌دارد: دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق اختیار تعقیب افرادی را دارد که قوانین یا عرف‌های جنگی را نقض کردند، از جمله: تصرف، تخریب یا ایراد خسارت عمدی به نهادهای اختصاص داده شده به مذهب، امور خیریه و آموزش و پرورش، هنرها و علوم، بناهای تاریخی و آثار هنری و عملی (Report of the Secretary-General, 1993: 37).

۳. تحلیل اساسنامه و سند عناصر جنایات دیوان بین‌المللی کیفری

با رشد مدنیت در کنار تأکید مذاهبی نظیر دین مبین اسلام بر ضرورت حفظ میراث فرهنگی و اجتماعی بشری تفکرات قائل به وجوه مشترک تاریخی و فرهنگی برای بشریت نضج یافته و حمایت و حفظ میراث مشترک بشری به یکی از تعهدات انسان‌ها در قالب یک کل تبدیل شد (همان تکلیفی که در اولین بند دیباچه اساسنامه دیوان تصریح شده است).

۱-۳. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری

در دیباچه اساسنامه تمایلات جامعه مدنی جهانی و نگرانی‌های آن‌ها نسبت به موضوعات مشترک جوامع بشری مورد اشاره قرار گرفته است. وقتی این سند را ملاحظه می‌کنیم در اولین بند آن دیدگاه حمایت محور از اموال فرهنگی را در قالب تبیین فلسفه اصلی تدوین و تصویب کلیت اساسنامه به‌وضوح مشاهده می‌کنیم؛ آنجا که اشعار می‌دارد: «آگاه از اینکه همه ملت‌ها با پیوندهای مشترک با یکدیگر متحدند، فرهنگ آنان با میراث مشترکی به هم گره خورده است و نگران از اینکه این پیوند ظریف هر لحظه امکان از هم پاشیدن دارد...». یکی از مصادیق بارز پیوند جوامع انسانی که با عنوان «میراث مشترک» از آن یاد شده، مظاهر فرهنگی و تاریخی متعددی است که سبب پیوند فرهنگ‌های انسانی با یکدیگر شده است.

شایان ذکر است که در دیباچه و ماده ۱ اساسنامه تصریح شده است که دیوان بین‌المللی کیفری «مکمل محاکم کیفری ملی» خواهد بود. بدین معنا که تنها در صورتی که دادگاه‌های ملی صلاحیت‌دار، قادر یا مایل به رسیدگی به جرایم موضوع اساسنامه نباشند، دیوان صلاحیت رسیدگی به آن جرایم را داشته باشد (شریعت باقری، ۱۳۷۷: ۸۳).

۱-۱-۳. جنایات علیه بشریت

عده‌ای معتقدند که حمایت از اموال تاریخی و فرهنگی به‌عنوان جنایت علیه بشریت جرم‌انگاری نشده است (gottlieb, 2005:670). گروهی دیگر از نویسندگان (abtani, 2001:26) معتقدند که نقض بین‌المللی حق یک گروه شناخته‌شده به‌صورت ممانعت از اجرای سنن و فرهنگ یا تخریب مظاهر مذهبی و فرهنگی خاص آن‌ها به مثابه «آزار» آن گروه به‌لحاظ فرهنگی و قومی یا مذهبی است. چنین آزاری به‌صراحت در جزء (ح) شق (الف) بند (۱) ماده ۷ اساسنامه به‌عنوان جنایت علیه بشریت محسوب شده است که در زمان صلح واقع می‌شوند. به‌طوری که اشعار می‌دارد: «تعقیب و آزار هر گروه یا مجموعه مشخص به‌جهت سیاسی، نژادی، ملی، فرهنگی، حقوقی، مذهبی، جنسیتی یا جهات دیگری که به موجب حقوق بین‌الملل در سراسر جهان نامشروع شناخته می‌شود...».

۲-۱-۳. جنایات جنگی

در ماده ۸ اساسنامه مصادیق متعددی از اعمال و اقدامات مغایر حقوق بشردوستانه بین‌المللی عرفی یا قراردادی با عنوان جنایت جنگی قابل تعقیب و مجازات شناخته شده‌اند؛ وقتی که در قالب یک برنامه یا سیاست یا در قالب ارتکاب گسترده صورت گرفته باشند. در این ماده دو نوع حمایت در صدر بند الف از بخش ۲ ماده از یکدیگر تفکیک شده، بدین‌صورت که «اشخاص» و «دارایی‌های» تحت حمایت در کنار یکدیگر آمده‌اند. با توجه به اینکه در این ماده به اموال به‌طور

مطلق، فارغ از وجوه متمایز آن‌ها، اشاره شده است، مسلماً اموال فرهنگی و تاریخی نیز در زمره اموال تحت حمایت قرار می‌گیرند.

۳-۲. سند عناصر جنایات دیوان بین‌المللی کیفری

عنصر قانونی جنایت جنگی علیه اموال فرهنگی و تاریخی، جزء (۴) قسمت (الف) بند (۲) ماده ۸، جزء (۹) قسمت (ب) بند (۲) ماده ۸، جزء (۴) قسمت (ه) بند (۲) ماده ۸ است. با عنایت به غیر بین‌المللی قلمداد شدن مخاصمه مسلحانه صورت‌گرفته در پرونده المهدی و به جهت احتراز از اطاله کلام، در این قسمت قصد داریم تا به‌طور مشخص به تحلیل عناصر جنایت جنگی علیه اموال فرهنگی و تاریخی در چارچوب قسمت (ه) که ناظر بر مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی است پردازیم.

برای تحقق جنایت موضوع جزء (۴) قسمت (ه) بند (۲) ماده ۸،^۱ باید عناصر ذیل احراز شود: الف) متهم مرتکب هدایت حمله شده باشد ب) هدف این حمله باید یک یا چند بنای اختصاص داده شده به امور مذهبی، آموزش، هنر، علوم و امور خیریه و بناهای تاریخی، بیمارستان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و مجروحان بوده باشد که اهداف نظامی نیستند پ) مرتکب، قصد حمله به این بناها را داشته باشد ت) عمل ارتكابی در چارچوب یک مخاصمه مسلحانه فاقد جنبه‌های بین‌المللی رخ داده باشد ث) مرتکب از شرایط وجود یک مخاصمه مسلحانه آگاهی داشته باشد (دورمن، ۱۳۹۳: ۶۳۹).

بخشی از مقررات مندرج در پروتکل الحاقی دوم متضمن قواعدی خاص، مربوط به آثار تاریخی، آثار هنری و یا مکان‌های عبادی است (دورمن، ۱۳۹۳: ۶۴۰-۶۴۱). درخصوص عنصر روانی جنایت مذکور لازم است که حمله با قصد و آگاهی انجام شود؛ معنای آگاهی اطلاع از شرایط موجود است. بر این اساس، متهم باید از روی قصد اقدام به هدایت حمله علیه یک هدف کند و آگاه باشد که آن هدف یک میراث فرهنگی محسوب می‌شود (اکیف، ۱۳۹۵: ۳۵۱).

۴. تحلیل رویه دیوان بین‌المللی کیفری با تمرکز بر پرونده المهدی

از آنجا که پرونده احمد الفقی المهدی اولین پرونده‌ای است که در رابطه با اموال فرهنگی در دیوان بین‌المللی کیفری مطرح شده، شعبه بدوی هشتم این دیوان به‌منظور تشریح هرچه بهتر مسائل

۱. جزء (۴) قسمت (ه) بند (۲) ماده ۸: هدایت عمدی حملات علیه بناهایی که برای مقاصد مذهبی، آموزشی، هنری، علمی یا خیریه اختصاص یافته‌اند و نیز علیه آثار تاریخی، بیمارستان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و مجروحین، مشروط بر آنکه آن مکان‌ها اهداف نظامی نباشند.

ماهوی و شکلی که حول محور فرایند رسیدگی به جنایت جنگی حمله به اموال فرهنگی قابل طرح است، نهایت تلاش خود را به عمل آورد.

۴-۱. سیر تاریخی پرونده

در ۳۱ ژانویه ۲۰۱۲، مخاصمه مسلحانه‌ای در قلمرو سرزمینی کشور مالی رخ داد و گروه‌های مسلح مختلفی شمال این کشور را تحت کنترل خود درآوردند. حدود اوایل آوریل ۲۰۱۲ پس از عقب‌نشینی نیروهای مسلح مالی، گروه «انصارالدین» و «القاعده در مغرب اسلامی» کنترل شهر تیمبوکتو مالی را در دست گرفتند. از آن زمان تا ژانویه ۲۰۱۳ این دو گروه، احکام مذهبی و سیاسی خود را در قلمرو تیمبوکتو و بر ساکنان آن تحمیل کردند. آن‌ها از طریق یک دولت محلی که شامل یک دادگاه اسلامی، یک نیروی پلیس اسلامی، یک کمیسیون رسانه‌ای و یک تشکیلات اخلاقی بود، اقدام می‌کردند؛ این تشکیلات اخلاقی حسب نامیده می‌شد (ICC, Prosecutor v. Ahmad al Faqi (al Mahdi), Trial Chamber, 2016: 31).

احمد الفقی المهدی پس از زندگی کوتاهی در الجزایر به مالی بازگشت و اوایل ماه آوریل ۲۰۱۲ به پشتیبانی از این گروه‌های مسلح پرداخت. او که یک متخصص دینی بود به‌عنوان مشاور با رهبران انصارالدین و القاعده در مغرب اسلامی از جمله عیاد آق قالی (رهبر انصارالدین)، یحیی ابو همام (رهبر القاعده در مغرب اسلامی)، ابو زید (فرماندار مستقرشده در تیمبوکتو از جانب گروه‌های مسلح) و عبدالله چینگوتی (عالم مذهبی القاعده در مغرب اسلامی) به‌صورت فعال در ارتباط بود و با آن‌ها همکاری می‌کرد. ابو زید از احمد الفقی المهدی خواست که رهبری حسب را برعهده بگیرد؛ وی نیز از آوریل تا سپتامبر ۲۰۱۲ رهبری حسب را برعهده گرفت. حسب قواعد اخلاقی را برای ساکنان تیمبوکتو تنظیم می‌کرد و دست به بازداشت و سرکوب می‌زد (ICC, 2016: 32-33).

هنگامی که ابو زید و همکارانش از نوع رفتار مردم نسبت به این آرامگاه‌ها آگاهی پیدا کردند از احمد الفقی المهدی خواستند که بر این آرامگاه‌ها نظارت داشته باشد؛ احمد الفقی المهدی این نظارت را برای مدتی حدود یک‌ماه اعمال کرد. در اواخر ژوئن ۲۰۱۲، عیاد آق قالی با مشورت آل چینگوتی و آل همام تصمیم گرفت که این آرامگاه‌ها را از بین ببرد. پیش از اتخاذ این تصمیم ابو زید با احمد الفقی المهدی نیز مشورت کرد. احمد الفقی المهدی اذعان کرد که همه فقیهان اسلام در رابطه با ممنوعیت هرگونه ساخت‌وساز روی یک مقبره متفق‌القول هستند، اما توصیه می‌شود برای حفظ ارتباط بین مردم و گروه‌های مسلح نباید آرامگاه‌ها از بین برده شوند. با این حال، عیاد آق قالی برای اجرای تصمیم اتخاذشده، دستورالعملی را صادر و به ابو زید منتقل کرد و او نیز این دستورالعمل را به احمد الفقی المهدی به‌عنوان رئیس حسب منتقل کرد. با وجود احتیاط و ملاحظه اولیه، احمد

الفقی المهدی با دریافت دستورالعمل مذکور، بدون تردید با انجام حمله موافقت کرد. وی در نماز جمعه خطبه‌ای در رابطه با تخریب آرامگاه‌ها ایراد کرد و از آغاز حمله به این مکان‌ها سخن گفت. وی شخصاً تعیین کرد که چه بناهای تاریخی باید مورد حمله قرار گیرند. حمله حدوداً بین ۳۰ ژوئن تا ۱۱ جولای ۲۰۱۲ رخ داد و ده مکان خیلی مهم و شناخته‌شده در تیمبوکتو به وسیله احمد الفقی المهدی و دیگر افرادی که به طرح مشترک پیوسته بودند، مورد حمله قرار گرفت و نابود شد؛ مکان‌های تخریب‌شده عبارت‌اند از: الف) آرامگاه سیدی محمود بن عمر محمد که در ۳۰ ژوئن ۲۰۱۲ در حضور احمد الفقی المهدی و آل چینگوتی با خاک یکسان شد. ب) آرامگاه شیخ محمد محمود که در ۳۰ ژوئن ۲۰۱۲ نابود شد. پ) آرامگاه شیخ سیدی آل مختار بن سیدی محمود آل کبیر که در ۳۰ ژوئن ۲۰۱۲ تحت نظارت احمد الفقی المهدی تخریب شد. ت) آرامگاه آلفا مویا که در ۳۰ ژوئن ۲۰۱۲ با مشارکت مستقیم احمد الفقی المهدی مورد حمله قرار گرفت و تخریب شد. ث) آرامگاه شیخ محمود آل مکی که در ۱ جولای ۲۰۱۲ به طور کامل ویران شد. ج) آرامگاه شیخ عبدل قاسم که در ۱ جولای ۲۰۱۲ تخریب شد. چ) آرامگاه شیخ سیدی احمد بن عمار که در ۱ جولای ۲۰۱۲ با حضور احمد الفقی المهدی به طور کامل نابود شد. ح) درب مسجد سید یحیی در ۲ جولای ۲۰۱۲ تخریب شد. خ) و د) دو آرامگاه مجاور مسجد دجینگریبر؛ یعنی آرامگاه احمد فولانه و آرامگاه بهابر بیادی که در ۱۰ و ۱۱ جولای ۲۰۱۲ تخریب شدند (ICC, 2016: 34-38).

در ۱۳ جولای ۲۰۱۲ کشور مالی وضعیتی را که از ژانویه ۲۰۱۲ در قلمرو سرزمینی خود حاکم شده بود به دیوان ارجاع داد و موضوع تخریب بناهای مذهبی و تاریخی، مورد توجه دادستان دیوان قرار گرفت؛ وی نیز تحقیقات خود را از ژانویه ۲۰۱۳ در این رابطه شروع کرد؛ پیرو درخواست دادستان، شعبه مقدماتی دیوان دستور بازداشت احمد الفقی المهدی در ۱۸ سپتامبر ۲۰۱۵ صادر کرد؛ احمد الفقی المهدی که در جمهوری نیجریه به سر می‌برد، در ۲۶ سپتامبر ۲۰۱۵ توسط مقامات این کشور به دیوان تحویل و به لاهه منتقل شد؛ وی در ۳۰ سپتامبر ۲۰۱۵ برای اولین بار در دیوان حاضر شد (ICC, 2016: 3-6). دفتر دادستانی دیوان در ۱۷ دسامبر ۲۰۱۵ اسناد حاوی اتهام وارد شده به احمد الفقی المهدی را که شامل اتهام مبنی بر ارتکاب جنایت جنگی در حمله به اموال تحت حمایت جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان بود، ثبت کرد؛ در ۱۸ دسامبر ۲۰۱۵ دادستان، سند مربوط به اتهام وارده و فهرستی از مدارک و شواهد خود را به شعبه مقدماتی تحویل داد (ICC, 2016: 3-8). در اول مارس ۲۰۱۶ جلسه تأیید اتهام وارده، در شعبه مقدماتی شروع شد و اتهام وارده در ۲۴ مارس ۲۰۱۶ مورد تأیید قرار گرفت. بر این اساس، شعبه بدوی هشتم در ۲ مه ۲۰۱۶ برای رسیدگی به اتهام تأیید شده، تشکیل جلسه داد (ICC, 2016: 4). این شعبه در ۲۴ مه

۲۰۱۶ اولین جلسه خود را برگزار کرد. در این جلسه، براساس توافق دادستان و احمد الفقی المهدی، شعبه بدوی تصمیم گرفت که در صورت محکومیت، صدور حکم و تعیین مجازات به‌طور هم‌زمان صورت خواهد گرفت. جلسه رسیدگی از ۲۲ تا ۲۴ اوت ۲۰۱۶ برگزار شد و با توجه به اظهارات شفاهی مربوط به محاکمه و تعیین مجازات و شهادت شهود، احمد الفقی المهدی گناهکار شناخته شد و در نهایت شعبه بدوی هشتم در تاریخ ۲۷ سپتامبر ۲۰۱۶ رأی خود را صادر کرد و وی را به جنایت جنگی حمله علیه اموال مورد حمایت جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه و با عنوان شرکت در ارتکاب جنایت (به‌موجب شق الف بند ۳ ماده ۲۵ اساسنامه)، به ۹ سال حبس محکوم کرد (ICC, 2016: 5-7).

۲-۴. تحلیل حقوقی پرونده المهدی

۲-۴-۱. رویکرد دیوان

براساس جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان، ارتکاب جنایت جنگی مستلزم آن است که هدف حمله «یک یا چند بنای اختصاص داده‌شده به امور مذهبی و آن قبیل بناهای تاریخی باشد، که اهداف نظامی نیستند». در این رابطه شعبه مقدماتی دیوان اظهار کرد که شکی نیست که بناهای شهر تیمبوکتو به امور مذهبی اختصاص داشته و بنای تاریخی محسوب می‌شده‌اند و هیچ‌یک از آن‌ها یک هدف نظامی نبوده‌اند (ICC, 2016:41). علاوه بر این، شواهد حاکی از این است که این بناها به‌دلیل ویژگی‌های مذهبی و تاریخی‌شان، به‌طور خاص مشخص و انتخاب شده و به‌عنوان اهداف مورد نظر مرتکبان، مورد هدف قرار گرفته‌اند (ICC, 2016:42). همچنین شعبه مقدماتی اذعان کرد که شیوه بیان مقرر مذکور روشن می‌سازد که قید «ممنوعیت»، به‌واژه حمله برمی‌گردد؛ صرف نظر از این واقعیت که این حمله ممکن است یا ممکن نیست که منجر به تخریب جزئی یا کلی بناهای مورد هدف شود (ICC, 2016:43). شعبه مقدماتی قانع شد که اعمال خصمانه‌ای که علیه این بناها صورت گرفته، آن‌گونه که در اتهام وارده توصیف شده و توسط شواهد تأیید و تصدیق شده است، قطعاً منجر به از بین بردن این بناها و یا آسیب‌رسانی شدید به آن‌ها شده است. بر این اساس، اقدامات خصمانه‌ای که علیه اموال فرهنگی تیمبوکتو صورت گرفته است، تحت شمول واژه حمله قرار می‌گیرد (در پرتو مفهوم و جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان) (ICC, 2016:43). همچنین شعبه مقدماتی قانع شد که تخریب جزئی یا کلی این بناها در رابطه با یک مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی صورت گرفته است (ICC, 2016:44). در پایان، شعبه مقدماتی یافته‌های خود را ارائه کرد؛ این شعبه دریافت که احمد الفقی المهدی مرتکب جنایت جنگی هدایت عمدی حمله علیه بناهای اختصاص داده شده به امور مذهبی و تاریخی تحت

حمایت جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه شده است و در نتیجه اتهامی که از جانب دادستان به احمد الفقی المهدی وارده شده است را تأیید می‌کند (ICC, 2016:58).

با توجه به اینکه پرونده دادستان علیه احمد الفقی المهدی، اولین پرونده‌ای بود که در رابطه با جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه در دیوان مطرح شده بود، از این رو دیوان اقدام به تفسیر این جنایت و عناصر آن کرد. به نظر می‌رسد که حمایت ویژه اموال فرهنگی در حقوق بین‌الملل و دیوان می‌تواند بازگشتی به مواد ۲۷ و ۵۶ مقررات ۱۹۰۷ لاهه تلقی شود که نقض این مواد توسط کمیسیون مسئولیت ۱۹۱۹ با عنوان «تخریب بی‌دلیل بناهای اختصاص داده شده به امور مذهبی، امور خیریه، علوم و بناهای تاریخی» به عنوان جنایت جنگی توصیف شد.

به این ترتیب هم عمدی بودن حمله و هم وجود سوءنیت خاص برای حمله و به تعبیری برنامه‌ریزی قبلی برای اثبات هدایت حمله لازم است. شعبه بدوی دیوان، عنصر «هدایت حمله» به کار رفته در جزء ۴ شق ه بند ۲ ماده ۸ اساسنامه را شامل هرگونه اعمال خشونت‌آمیز علیه اموال مورد حمایت مندرج در این ماده دانسته و بین این مسئله که حمله در جریان یک درگیری و یا اینکه بعد از کنترل گروه مسلح بر اموال صورت گرفته باشد، تمایزی قائل نمی‌شود؛ زیرا معتقد است که اساسنامه دیوان به خاطر وضعیت خاص اموال مذهبی، فرهنگی و تاریخی قائل به چنین تمایزی نشده و شعبه بدوی نیز نباید این وضعیت را تغییر دهد (ICC, 2016:15). در واقع حقوق بشردوستانه اموال فرهنگی را در مقابل جنایاتی که در جریان مخاصمه و همچنین خارج از جریان مخاصمه علیه اموال مذکور رخ می‌دهد، حمایت می‌کند. در این رابطه می‌توان به مواد ۲۷ و ۵۶ مقررات ۱۹۰۷ لاهه، ماده ۵۳ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷، ماده ۱۶ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ و ماده ۱۵ پروتکل ۱۹۹۹ الحاقی دوم به کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه اشاره کرد. به عنوان یک قاعده کلی، حمله به اموال فرهنگی در زمان مخاصمه ممنوع است. تنها استثنائی که مطابق ماده ۶ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه (۱۹۹۹) وجود دارد، موردی است که از اموال فرهنگی برای کارکردها و عملیات نظامی استفاده شود که در این صورت ماهیت آن‌ها تبدیل به اهداف نظامی می‌شود و می‌توان آن‌ها را مورد تعرض قرار داد.

۴-۲-۲. رویکرد تفسیر به نفع غیر نظامیان

نویسندگان پیش‌نویس اساسنامه‌های محاکم کیفری بین‌المللی تأسیس شده توسط شورای امنیت در دهه ۱۹۹۰ و همچنین نویسندگان پیش‌نویس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، آن‌گاه که به تشریح مقررات در خصوص جرایم علیه اموال فرهنگی می‌پرداختند، بنای کار را بر حقوق بین‌الملل بشردوستانه سنتی یا رویکرد قائل به انتفاع غیر نظامیان قرار دادند؛ حال آنکه، در مقررات کیفری

مندرج در پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، رویکردی تخصصی‌تر و با گرایش به منطق مبتنی بر ارزش فرهنگی در نظر گرفته شده است. شواهد قابل توجهی دال بر پافشاری و اصرار بر این دورویکرد متباین را می‌توان در تعاریف متفاوت از جرایم تحت‌شمول این اسناد، یافت و مشاهده کرد. نگاهی دقیق به اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی کیفری آشکار می‌سازد که تمامی آن‌ها جرایمی نامعین و نامشخص (و نه دقیق و واضح) علیه میراث فرهنگی را مقرر داشته‌اند.

اساسنامه دیوان، نگرشی بس قهقراپی که نگارندگان آن را رویکرد تفسیر به‌نفع غیرنظامیان می‌خوانند (که می‌تواند منجر به تفسیر مضیق به‌نفع متهم شود)، در قبال جنایت علیه میراث فرهنگی اتخاذ کرده و به‌خوبی می‌توان آثار این نگرش را در رویه دیوان در پرونده المهدی مشاهده کرد. حال آنکه پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه در خصوص حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه به‌نحوی بسیار مبتکرانه‌تر، رویکرد مبتنی بر ارزش فرهنگی را ترجیح داده است. البته مزایای رویکرد مبتنی بر ارزش فرهنگی در قبال تعریف جرایم جنگی (ارتکاب‌یافته) علیه اموال فرهنگی، به هیچ وجه به‌معنای ناچیز پنداشتن بعد انسانی میراث فرهنگی نیست.

در اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، هیچ تعریفی از اموال فرهنگی وجود ندارد (شاید به‌دلیل وجود نهاد تخصصی یونسکو و جلوگیری از موازی‌کاری و تعریف مندرج در معاهده ۱۹۵۴) و مقررات مربوط در فهرست خود، ابنیه تاریخی، بناهای مذهبی و آموزشی، همچنین بیمارستان‌ها را (در کنار هم و بدون ایجاد تمایز از لحاظ اهمیت فرهنگی)، گنجانده‌اند.^۱ بیمارستان‌ها نیازمند حمایت ویژه‌اند، چراکه نابودی آن‌ها به‌معنای کشته‌شدن تعداد زیادی از غیرنظامیان بوده و به استفاده احتمالی غیرنظامیان از آن‌ها در ادامه مخاصمه خدشه وارد می‌کند؛ کلیساها و مدارس نیز از جوهری دیگر، چنین‌اند. لکن پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه به‌پیش می‌تازد و بر مبنای تعریف دقیق موجود در کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه از اموال فرهنگی به‌نحوی آشکار بر آن است تا مجموعه‌ای از نقض‌های شدید علیه مقررات خود را تعریف و مشخص کند. رویکرد قائل به انتفاع غیرنظامیان، حراست از غیرنظامیان را در اولویت قرار می‌دهد؛ حمایت اساساً و منحصرأً تنها به بناهای اختصاص یافته و در خدمت حفظ جان غیرنظامیان، به‌عنوان هدف اصلی، عمل می‌کند. اتخاذ رویکرد تفسیر به‌نفع غیرنظامیان در مقابل رویکرد تأکید بر ارزش فرهنگی میراث، حکایت از آن دارد که حمایت از افراد در رأس همه امور است و نباید اعمال سلیقه در ارزیابی ارزش فرهنگی اموال و میراث فرهنگی، به‌دست نظامیان این بهانه را بدهد که برای پیشبرد مقاصد خود، این اموال را به یک هدف

1. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d8d9b287a42141256739003e636b/d67c3971bceff1c10c125641e0052b545>, (at: 12 November 2017)

نظامی تبدیل کنند. از این رو می‌توان مبانی پایه‌ای حقوق بشر را در اتخاذ رویکرد تفسیر به نفع غیرنظامیان مورد توجه اساسی قرار داد. در واقع تأکید افراطی بر ارزش فرهنگی اموال و میراث، در بطن خود، کلیه اختلاف‌نظرها و تردیدها درباره مفهوم فرهنگ و مصادیق میراث فرهنگی را نیز وسط می‌کشد و رویکرد دیوان در پرونده المهدی، راهکاری برای دور ماندن از این اختلاف‌نظرها هم بوده است.

رویکرد سنتی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در پرداختن به این مهم که ابنیه تاریخی و آثار هنری، ورا و جدای از بُعد مادی خود و در اصل به خاطر ارزش فرهنگی‌شان هم برای جامعه محلی و هم برای بشریت در کل، شایسته حمایت‌اند، ناکام می‌ماند. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به رویکرد بسیار سنتی (حقوق بین‌الملل بشردوستانه) در خصوص جرایم علیه اموال فرهنگی تداوم می‌بخشد و متضمن نتایجی به‌غایت تأسف برانگیز است.

در اساسنامه دیوان برخلاف پروتکل دوم لاهه، بین مقررات کلی مرتبط با جرایم علیه اموال (فرهنگی) قابل اعمال در مخاصمات بین‌المللی و غیربین‌المللی هیچ تطابق کاملی وجود ندارد و این عدم تطابق ممکن است هنگامی که این مقررات کلی برای متهم کردن یک خواننده به اقدامات علیه اموال فرهنگی به کار برده می‌شوند، بازتاب یابد (Cassese, 1999: 150).

اساسنامه دیوان هیچ اشاره‌ای به اموال فرهنگی منقول نکرده است و بالعکس، پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، اقدامات علیه این نوع از اموال را نیز در شمار اعمالی که باید کیفر داده شوند، می‌آورد.

درج مقررهای در پروتکل دوم لاهه که استفاده از اموال فرهنگی (به‌ویژه اموال فرهنگی تحت حمایت افزوده) و یا محیط جانبی آن‌ها در پشتیبانی از عملیات نظامی را مجازات می‌کند، ستودنی است. با انجام این کار، دیگر مجالی برای ملاحظات مربوط به ضرورت نظامی باقی نمی‌ماند: هم امکان مجازات کسانی که به اموال حمایت‌شده حمله کرده‌اند وجود دارد و هم آنانی که آن‌ها را در معرض سلب مصونیت قرار داده‌اند؛ و از این رو حمایت بیش‌تری از اموال فرهنگی عرضه داشته و توان بالقوه بسیاری بالاتری از لحاظ بازدارندگی و پیشگیری دربر دارد (Geoffreys, 2005: 28).

نتیجه‌گیری

در روزگار ما، حملات سرکشانه عمدی به اموال فرهنگی با تواتری هشداردهنده واقع می‌شوند و تداوم می‌یابند تا نه تنها جوامعی که به‌طور مستقیم از چنین زیان بی‌حدی متأثر شده‌اند، بلکه کل بشریت را نابود سازند. ما مسئولیت داریم که با اتخاذ رویکرد جامع‌تر و کامل‌تر مبتنی بر ارزش فرهنگی اموال فرهنگی و تاریخی در مقابل رویکرد قائل به انتفاع غیرنظامیان، تلاش کنیم تا موهبت جهانی داشتن میراث مشترک‌مان را مراقبت و حفظ کنیم. از این رو، ارتقای میزان تصویب توسط تعداد

معتابهی از دولت‌ها و تشویق آنان به اتخاذ قوانین اجرایی، که بر مبنای معیار صلاحیت مقرر در پروتکل دوم لاهه به قضات داخلی اجازه تعقیب شدیدترین جرایم علیه میراث فرهنگی را می‌دهد، حیاتی است.

دیوان بین‌المللی کیفری در رابطه با حمایت از میراث فرهنگی با اتخاذ رویکرد بشردوستانه تفسیر به نفع غیرنظامیان در پرونده معروف المهدی که می‌تواند منجر به تفسیر مضیق از قوانین به نفع متهم شود، راهبرد خود را نمایان کرده است، در حالی که رویکرد جامع‌تر و کامل‌تر پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه مبتنی بر ارزش فرهنگی میراث فرهنگی است و در حال حاضر به نظر می‌رسد که این نوع نگاه برای حفظ میراث فرهنگی مناسب‌تر و قابل قبول‌تر است.

علاوه بر اینکه پرونده المهدی، این پیام را به رسایی مخابره می‌کند که جنایات نیروهای مسلح نظیر آنچه طالبان در افغانستان با نابود کردن مجسمه بودا انجام داد یا تخریب و غارت اموال موزه‌ها در عراق رخ داد، دیگر بی‌پاسخ باقی نمی‌ماند. رویکرد اتخاذ شده این نتیجه را در پی دارد که دیگر، حمایت از میراث فرهنگی در قالب نظام حقوق بین‌الملل کیفری توسط تعاریف و موازین مندرج در قوانین داخلی کشورها یا تصمیم‌گیری‌های مقامات نظامی در حین مخاصمات به‌گروگان گرفته نمی‌شود، بلکه مبانی بلند و محکم حمایت از کرامت انسانی، حیات افراد غیرنظامی و رعایت حقوق و آزادی‌های اساسی در جنگ، معیار جهان‌شمول حمایت از این میراث را تضمین می‌کند. به این ترتیب، مبنای کنوانسیون حمایت از میراث فرهنگی که در کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه پیش‌بینی شده بود، به یک مبنای عرفی و حتی فراتر از آن، یک قاعده عام‌الشمول بین‌المللی حمایت از غیرنظامیان که برای همه طرف‌های درگیر، لازم‌الرعایه است، جای خود را می‌دهد و می‌تواند از ضمانت‌اجراهای مستحکم کنوانسیون‌های ژنو و دیوان‌های بین‌المللی کیفری به‌نحو چشم‌گیرتری بهره‌مند شود.

در پایان پیشنهاد می‌شود محاکم بین‌المللی مهمی همچون دیوان بین‌المللی کیفری که رسالت مهمی در راستای مقابله با جنایتکاران بین‌المللی و اجرای عدالت به‌عهده دارند با در پیش گرفتن رویکرد دقیق‌تر و کامل‌تر موجود در پروتکل دوم کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، یعنی رویکرد مبتنی بر ارزش فرهنگی میراث فرهنگی، فقط محدود و محصور به بُعد انسانی جنایت علیه میراث فرهنگی نشوند و با ارج نهادن بر ارزش فرهنگی نفس میراث فرهنگی، انتظارات جامعه بین‌المللی و دغدغه‌مندان و دوست‌داران میراث فرهنگی را در جهان به‌نحو مطلوب‌تری تأمین کنند.

منابع

فارسی

- آرش پور، علیرضا و مجید زحمتکش (۱۳۹۶)، «ظرفیت‌های نظم کنونی حقوق بین‌الملل در شناسایی مفهوم ژنوسید فرهنگی»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۴، شماره ۵۷.
- اُکیف، راجر (۱۳۹۵)، حمایت از میراث فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه، ترجمه: سید حسام‌الدین لسانی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه حضرت معصومه.
- دروست، برندفون (۱۳۷۱): «درکشتی نوح دیگر جایی نیست»، ماهنامه یونسکو (پیام)، سال بیست و سوم، شماره ۲۵۸، آذر ۱۳۷۰.
- دبیری، فرهاد و حسنعلی لقانی و شیرین شیرازیان (۱۳۹۳): «بررسی کنوانسیون حمایت از میراث‌های فرهنگی و طبیعی (۱۹۷۲) و انتخاب چند نمونه از آثار طبیعی ملی ایران و تطبیق با معیارهای کنوانسیون مذکور جهت ثبت در فهرست میراث‌های جهانی» فصلنامه علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره شانزدهم، شماره ویژه ۹۳.
- دورمن، کنوت (۱۳۹۳)، عناصر جنایات جنگی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، ترجمه: زهرا جعفری و همکاران، چاپ اول، انتشارات مجد.
- زنجیریان، امیرحسین و محمد سعیدی (۱۳۹۵)، «صیانت از میراث فرهنگی غیر مادی مردمان بومی: در جست‌وجوی مناسب‌ترین راهکار حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۴.
- شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۷۷)، «نگاهی به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۱۲.
- فرانکیونی، فرانچسکو (۱۳۸۸): «در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی»، ترجمه: علیرضا ابراهیم گل و فرزانه آقاشاهی، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره ۴۰.
- نصرالهی، عبدالله و سحر سالکی و اکبر شادپور (۱۳۹۲)، «شکل‌گیری اندیشه مفهوم میراث جهانی»، اولین همایش ملی معماری، مرمت، شهرسازی و محیط زیست پایدار.

انگلیسی

- Abtani, Hiran (2001), "The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict", Harvard Human Rights Journal, Vol. 14
- Cassese, Antonio (1999), "The Statute of International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", European Journal of International Law, Vol. 10, No. 1
- David, Eric (2004), Code de droit international panel, Bruxelles: Bruylant
- David, Eric (1994), Principes de droit des conflits armes, Bruxelles: Bruylant
- Dornann, Knut (1993), "The Protection of Cultural Property as laid down in the Roerich Pact of 15 April 1935", Humanitaires Volkerrecht, and for the full text of the Roerich Pact see, http://www.roerich.org/nr_RPact.html.
- Department of the Army, Law of Land Warfare, para. 41; Department of the Air Force, Conduct of Armed Conflict, paras. 1_3a(2) and 5_3c(1)(b); Department of the Navy, Commander's Handbook, paras. 8.1.2.1 and 8.5.1.1. See also Department of the Air Force, Targeting Guide, Attachment 4, paras. A4.3 and A4.3.1.2.

- Frigo; manlio (2004), Cultural Property V. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law? RICR journal, vol.86, No 854
- Geoffrey S. Corn (2005), 'Snipers in the Minaret'-What Is The Rule? 'The Law of War and the Protection of Cultural property: A Complex Equation', Army Law, Vol. 28, uly 2005. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=908605>
- Karen, Delting (1993), "Eternal Silence: the Destruction of Cultural Property in Yugoslavia", Maryland urnal of international law and trade, Vol. 17, No. 1
- Koivunen, Kristiina (2013) "Cultural Genocide and Fayli Deportation, Examples of Genocide Process in Iraqi Kurdistan", urnal of Zankoy Sulaimani. Part B. No.41
- Merryman, ohn henry (1986), Two Ways of Thinking about Cultural Property, the American journal of international law, vol.80 ,No. 4
- Merryman, ohn Henry(2005), Cultural Property Internationalism, International journal of Cultural Property, Vol.12 , No 1
- O'Keefe, Roger (2006), The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, New York: Cambridge University press
- Yaron, Gottlieb (2005), " Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC", Pennsylvania State International Law Review, Vol.23, No 4

Documents

- Cultural Rights as Human Rights, Studies and documents on cultural policies, Meeting of Experts on Cultural Rights as Human Rights, Paris, 1968.
- Summary Record of Meetings, U.N. ESCOR, 7th Sess., Supp. No. 6, at 6, U.N. Doc. E/3/SR.175-225 (1948).
- Report of the Secretary –general Pursuant to Paragraph 2 of the security council Resolution 808, Annex, at 38, U.N. Doc. S/25704 (1993), at 37.
- Report of the Independent Eeprt in the Field of Cultural Rights , Ms. Farida Shaheed, Submitted Pursuant to Resolution 10/23 of the Human Rights Council, A/HRC/14/36, 22 march 2010 , Para 4-5.

Cases

- ICC, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, No: ICC-01/12-01/15, 27 September 2016.
- ICJ Advisory Opinion, " legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflicts ", 1996.
- ICTY, Kordic' Trial Chamber udgment, 2001.
- ICTY, Prosecutor v. Brdanin, 2004.
- ICTY, Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber udgment 2005.
- ICTY, Hadz_ihanovic' and Kubura, Appeals udgment 2005.
- ICTY, Blas_kic', Trial Chamber udgment, 2000 and Tadic'case, 1997

Sites

- <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000956/095621E.pdf>, (at: 10 January 2018) .
- <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d8d9b287a42141256739003e636b/d67c3971bcff1c10c125641e0052b545>, (at: 12 November 2017)