

راهکارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عرفی از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه

مجید زحمتکش* علیرضا آرش‌پور**

چکیده

حقوق بین‌الملل موضوعه نظر به وضعیت پر مخاطره‌ی اموال فرهنگی در مخصوصات مسلحانه، دست به تدوین و اتخاذ قواعد و مقرراتی در باب حمایت از اموال فرهنگی در مخصوصات مسلحانه زده است، اما ثابت شده است که مقررات موضوعه حقوق بین‌الملل در این خصوص کارا نبوده‌اند. پس سؤال این است که به دلیل عدم کفایت مقررات قراردادی، آیا قواعد عرفی در حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند این نقیصه را جبران کند؟ مقاله‌ی حاضر که بر پایه‌ی یک تحقیق توصیفی-تحلیلی انجام شده است، با بررسی‌های به عمل آورده در رویه‌ی قضایی بین‌المللی، عملکرد دولت‌ها و معاهدات بین‌المللی که همگی می‌توانند گواهی بر وجود عرف باشند، به این نتیجه می‌رسد که حقوق بین‌الملل عرفی از ظرفیت کافی در حمایت از این اموال برخوردار بوده و گذشته از اینکه تحت عناوین مختلف، ایراد خسارت یا سوء رفتار نسبت به اموال فرهنگی را جرم می‌داند، توانایی اعمال کیفر بر مرتکبان را نیز دارد.

* دانشجوی دوره‌ی دکتری حقوق بین‌الملل، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

a_arashpour@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده‌ی مسئول)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۷/۱۵

واژه‌های کلیدی: اموال فرهنگی، مخاصمات مسلحانه، حمایت، حقوق بین‌الملل عرفی، حقوق بین‌الملل کیفری.

۱. مقدمه

اموال فرهنگی و تاریخی دیر زمانی است که در حقوق بین‌الملل جایگاهی یافته و اهمیت حمایت از آن‌ها بر کسی پوشیده نیست. از طرفی دیگر جنگ یا مخاصمات مسلحانه به‌عنوان یک ضد ارزش همواره یکی از اصلی‌ترین تهدیدها برای این اموال بوده است که حقوق بین‌الملل در جهت کاهش خسارات ناشی از جنگ بر اموال فرهنگی و حمایت از این اموال در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه گام‌های جدی برداشته است. جامعه‌ی جهانی همواره سعی بر آن داشته تا به طرق مختلف از اموالی که متعلق به تمام ابنای بشر و نه ملتی خاص است حمایت به عمل آورد که این حمایت در زمان مخاصمات مسلحانه چهره‌ای جدی‌تر به خود می‌گیرد. نخستین نشانه‌های هنجاری حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه را در اواسط قرن نوزدهم در قالب تهیه‌ی کد لایبر^۱ و در زمان جنگ‌های داخلی آمریکا می‌توان دید. (نژندی منش و الیاسی، ۱۳۸۹: ۴۷-۴۸) هرچند این اقدامات بیشتر داخلی بودند تا بین‌المللی، اما بدون تردید سرمشقی برای تدوین مقررات بین‌المللی پس از خود نظیر مقررات ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه بوده‌اند. تلاش‌های جامعه‌ی بین‌المللی برای تنظیم رفتار متخاصمان در جنگ در خصوص اموال فرهنگی، در قالب مقررات لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷، کنوانسیون‌های ژنو (۱۹۴۹) و پروتکل‌های الحاقی آن‌ها در سال ۱۹۷۷ و کنوانسیون حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه (کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه) و سایر معاهدات مرتبط موجود ظهور یافت.^۲

فارغ از مقررات قراردادی و مدون فوق، حقوق بین‌الملل عرفی نیز در بسیاری موارد سعی در انقیاد بیشتر متخاصمان در رفتار با اموال فرهنگی و شناسایی قواعدی در خصوص حمایت از این اموال در زمان مخاصمات مسلحانه داشته است. حقوق بین‌الملل عرفی را از رویه‌ی قضایی بین‌المللی اعم از رویه‌ی دیوان‌های کیفری، دیوان بین‌المللی دادگستری^۳ و محاکم منطقه‌ای همچون دیوان اروپایی حقوق بشر^۴ رویه‌ی دولت‌ها، مفاد

معاهدات و درج مکرر یک قاعده در معاهدات متعدد، بررسی قوانین داخلی و قواعد به رسمیت شناخته شده در آن‌ها و میزان تکرار آن میان دولت‌ها می‌توان استخراج کرد.^۵ بر این اساس مقاله‌ی حاضر در صدد است تا جنبه‌هایی از حقوق بین‌الملل که صورتی نوشته نداشته و همچنان در قالب حقوق بین‌الملل عرفی مطرح می‌شوند را در خصوص حمایت از اموال فرهنگی یافته و به بررسی آن‌ها پردازد. اهمیت این تحقیق از دو جهت عمده نمود پیدا می‌کند: اول در خصوص شناسایی قواعدی که به صورت معاهده در نیامده و گاه به دلیل نامشخص و مبهم بودن از زیر بار اجرای آن‌ها خالی می‌شود؛ و دوم، ترسیم مسئولیت دولت‌هایی که طرف معاهدات بین‌المللی مربوطه نبوده اما ناگزیر باید به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی پایبند باشند؛ بنابراین، مسئله‌ی اصلی در این تحقیق این است که مجموعه‌ی قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل عرفی - صرفاً از نگاه این منبع و نه دیگر منابع حقوق بین‌الملل - در حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه چیست و چگونه به منصفی اجرا می‌رسد.

مقاله از جهت ساختاری از چهار بند تشکیل شده است که در بند نخست مفاهیم عمده‌ی بحث تعریف شده است؛ بندهای دوم و سوم به کاوش و سنجش وجود یا عدم هنجارهای عرفی در حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه می‌پردازند که بند دوم این امر را در شاخه‌ی حقوق مخاصمات مسلحانه و بند سوم در شاخه‌ی حقوق کیفری بین‌المللی به بررسی می‌نهد^۶ که هر یک از دو بند از بندهای جزئی‌تر شکل گرفته‌اند که عناوین مجرمانه یا تعهدات مجزا را به‌طور خاص مورد بررسی قرار می‌دهد؛ و بند چهارم نیز مجازات موجود در خصوص مرتکبان اعمال علیه اموال فرهنگی با زمینه‌ی عرفی را به بحث می‌گذارد.

۲. مفاهیم و کلیات

۲.۱. تبیین مفهوم اموال فرهنگی

کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه در خصوص حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه (Convention for the Protection of Cultural Property in the)

Event of Armed Conflict) هرچند به حمایت از اموال فرهنگی اختصاص داشته و نیز به رغم اینکه در مواد اولیه‌ی خود دست به تبیین مفهوم اموال فرهنگی می‌زند اما هیچ‌گاه تعریفی روشن از آن به دست نمی‌دهد و به بیان مصادیق اکتفا می‌کند. البته برخی از اندیشمندان بر این طریقه خرده نگرفته و نظر به تنوع تعاریف واژه‌ی فرهنگ، در نتیجه ارائه‌ی تعریفی ثابت و دقیق از اموال فرهنگی را نیز سخت می‌دانند. (نوربهاء، ۱۳۷۱ - ۱۳۷۲: ۲۰۸)

کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه در بندهای اول تا سوم ماده‌ی ۱ این‌گونه بیان می‌دارد:
«به موجب کنوانسیون حاضر اموال فرهنگی صرف نظر از مبدأ یا مالکیت آن‌ها عبارت‌اند از:

اولاً، اموال منقول یا غیرمنقولی که واجد اهمیت فراوان برای میراث ملی کشورهاست نظیر بناهای معماری، هنری یا تاریخی، مذهبی یا غیرمذهبی، اماکن باستانی، مجموعه تأسیساتی که معرف نفعی تاریخی یا هنری است، آثار هنری، دست‌نوشته‌ها، کتاب‌ها یا دیگر اسناد واجد نفع هنری و تاریخی یا باستان‌شناسی، همچنین مجموعه‌های علمی و کتاب‌های مهم، آرشیو و یا تولید مجدد اموال یاد شده.

ثانیاً، بناهایی که هدف و مقصد اصلی ایجاد آن‌ها حفظ و یا در معرض نمایش گذاردن اموال منقولی است که در بند بالا بدان اشاره شده است نظیر موزه‌ها، کتابخانه‌های بزرگ، مخازن آرشیوها و نیز محل‌های امنی که به منظور در پناه قرار دادن اموال فرهنگی منقول مذکور در بند فوق به هنگام مخاصمه‌ی مسلحانه آماده شده است.

ثالثاً، مراکزی که تعداد قابل ملاحظه‌ای از اموال جنگی را که در بندهای اول و دوم بدان‌ها اشاره شد در بر می‌گیرند و به آن‌ها مراکز ابنیه و آثار می‌گویند».

بنابراین، اصطلاح «اموال فرهنگی» مقرر در ماده‌ی ۱ به اموال منقول و غیرمنقولی اشاره دارد که واجد اهمیت اساسی برای میراث فرهنگی مردم خود است؛ به عبارت دیگر، دارای اهمیت عمده برای میراث فرهنگی ملی هر یک از طرف‌های آن کنوانسیون باشد. (O'Keefe, 2006: 104)

علاوه بر این، ماده‌ی ۵۳ پروتکل ۱۹۷۷ اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو در مقام استثنای اموال فرهنگی از اهداف نظامی، مصادیق آن را این‌گونه بر می‌شمارد: «ابنیه‌ی

راهکارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عرفی از اموال فرهنگی در زمان ... ۱۴۵

تاریخی، آثار هنری یا مکان‌های عبادت که متضمن میراث معنوی و فرهنگی برای مردم باشند».

در کنار موارد فوق، کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو در خصوص تدابیر لازم برای ممنوعیت و جلوگیری از ورود، خروج و انتقال مالکیت غیرمجاز اموال فرهنگی (Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property) می‌توان گفت دست به ارائه‌ی تعریف زده است و در ماده‌ی ۱ بیان می‌دارد که منظور از اموال فرهنگی، اموالی است که اعم از مذهبی یا غیر مذهبی، اهمیت آن‌ها از نظر باستان‌شناسی، ماقبل تاریخ، تاریخی، ادبی، هنری یا علمی، از جانب هر دولت مورد تصدیق واقع شده باشد.^۷

۲.۲. مفهوم مخاصمات مسلحانه

مخاصمات مسلحانه (Armed Conflict) یا جنگ (War) از جلوه‌های بارز توسل به زور (Use of Force) است. توسل به زور در دو مفهوم مضیق و موسع مطرح می‌شود که در معنی مضیق آن به معنی هرگونه عمل قهرآمیزی است که نتوان آن را اقدامی نظامی قلمداد کرد؛ اما در مفهوم موسع، کلیه‌ی عملیات و تدابیر نظامی از جمله جنگ را شامل می‌شود. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۰: ۴۴)

طبق تعریفی، جنگ بعنوان ابزار سیاست ملی، مجموعه‌ی عملیات و اقدامات قهرآمیز مسلحانه‌ای است که در چهارچوب مناسبات میان کشورها اعم از اینکه دو یا چند کشور باشند روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل مناسبات آن‌ها با یکدیگر و همچنین با کشورهای ثالث می‌شود. در این جهت حداقل یکی از طرفین مخاصمه در صدد تحمیل نقطه‌نظرهای سیاسی خویش بر دیگری است. بدین ترتیب، عملیات قهرآمیز مسلحانه، وسیله و هدف تحمیل اراده‌ی مهاجم است. (همان: ۴۷)^۸

بنابراین، مخاصمه‌ی مسلحانه عبارت است از اینکه ارکان نیروهای مسلح مخالف، به‌طور عمدی درگیر عملیات نظامی علیه یکدیگر شده و یا آنکه اهدافی در داخل سرزمین

یا آب‌های سرزمین دولت دیگر عمداً طرف حمله قرار بگیرد. (راجرز، ۱۳۸۲: ۴۳) که می‌تواند شکل بین‌المللی (International Armed Conflict) و غیر بین‌المللی (Non-international Armed Conflict) یا داخلی (Internal Conflict) داشته باشد.^۹

۲.۳. حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه

«با توجه به اینکه ویرانی یا انهدام هر قسمت از میراث فرهنگی و طبیعی موجب فقر شدید میراث همه ملل جهان می‌گردد» (the World Cultural Convention, 1972, at preamble)، این مباحث از مرزهای داخلی فراتر و وارد حوزه‌ی حقوقی بین‌المللی شده است. در نتیجه حقوق بین‌الملل اقدام به طرح ریزی منابعی قانون ساز و عام در خصوص موضوع نموده و گاه نیز هنجارهایی در قالب عرف به‌طور خودبه‌خود سر بر آورده است.

در مقابل، نگاهی گذرا به تاریخ حیات بشری نشان می‌دهد که یکی از عناصر پایدار تاریخ بشر، جنگ است. (Fleck, 2009: 15) بنابراین، هیچ دوره‌ای از تاریخ را نمی‌توان یافت که در آن اثری از خشونت و جنگ نباشد. چرا که دولت‌ها مهم‌ترین روش برای دستیابی به اهداف و منافع ملی خود و یا رفع اختلافات خود در روابط بین‌المللی را کاربرد زور دانسته و معمول‌ترین شیوه‌ی اعمال زور، جنگ و یا مخاصمه‌ی مسلحانه بوده است. به همین خاطر تا مدت‌ها توسل به زور در حقوق بین‌الملل مجاز شمرده می‌شد. (Skubiszewski, 1969: 747-748) به پندار برخی اندیشمندان صلح حالتی موقت داشته و حال آنکه مخاصمه امری دائمی و همیشگی است. (ازغندی، ۱۳۸۴: ۹)

حقوق بین‌الملل، در خصوص حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه تمهیداتی اندیشیده است. اسناد نوشته‌ای نظیر کنوانسیون مربوط به حمایت از میراث طبیعی و فرهنگی جهانی، کنوانسیون لاهه در خصوص حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه و پروتکل‌های الحاقی آن و کنوانسیون مربوط به حفاظت از میراث فرهنگی غیرمادی (Convention for Safeguarding of the

راهکارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عرفی از اموال فرهنگی در زمان ... ۱۴۷

(Intangible Cultural Heritage, 2003) موجود است که همه‌ی آن‌ها مستقیماً به موضوع حمایت از اموال فرهنگی می‌پردازند. در کنار این موارد می‌توان مقرراتی را در خصوص حمایت از اموال فرهنگی در کنوانسیون‌هایی نظیر کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه، کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ و اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی نیز یافت.

همان‌طور که گفته شد، حقوق حمایت از اموال فرهنگی بخشی از حقوق مخاصمات مسلحانه است و حقوق مخاصمات نیز در قالب معاهدات بین‌المللی، عرف، رویه‌ها و اصولی حقوقی تجسم می‌یابد.

جامعه‌ی بین‌المللی، برای حمایت از اموال فرهنگی در طول مخاصمات مسلحانه تلاش‌های بسیاری از طریق مقررات خاص حقوق مخاصمات مسلحانه و نیز انعقاد معاهدات چندجانبه‌ی عام نموده است. با این وجود، ایراد خسارت به اموال مزبور در قرن بیستم نشان داد که این اقدامات برای تضمین حمایت از آن اموال کافی و کارآمد نیست. (Driver, 2000: 1) در نتیجه ناچار باید به دنبال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بود.

۳. بررسی موضوع در چارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ی عرفی

در این قسمت، اصول و قواعدی در حمایت از اموال فرهنگی که گمان می‌رود منزلت عرف بین‌المللی داشته باشند به بررسی گذارده می‌شود و ماهیت عرفی داشتن آن‌ها سنجیده می‌شود.

۳.۱. ممنوعیت کلی خسارت به اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه

کنفرانس عمومی یونسکو در بیست و هفتمین نشست خود اعلام داشت که «اصل بنیادین حمایت و حفاظت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه»، آن‌طور که بعنوان «تعهد به احترام» متصور است و در ماده‌ی ۴ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه آمده است و به موجب این کنوانسیون در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و غیر بین‌المللی اعمال

می‌شود، (ICJ Reports, 1984: 246) می‌تواند به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی در نظر گرفته شود. (UNESCO GC, 27 C/Resolution 3.5, preamble, and 142 EX/Decision 5.5.2, para. 5(b)).

هریک از طرف‌های درگیری باید اموال فرهنگی را محترم شمارند و در عملیات نظامی بایستی به منظور اجتناب از آسیب‌رسانی به بناهای مذهبی، هنری، علمی، آموزشی یا مختص امور خیریه و بناهای تاریخی دقت ویژه به عمل آورند، مگر آنکه بناهای مزبور اهداف نظامی باشد. اموالی که از نظر میراث فرهنگی هر ملت حائز اهمیت فراوان است نباید هدف حمله قرار گیرد مگر آنکه ضرورت حتمی نظامی ایجاب کند.

رویه‌ی دولت‌ها، قاعده‌ی فوق‌الذکر را به منزله‌ی یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در هر دو زمینه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و غیر بین‌المللی قابل اعمال می‌داند. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2007: 127) در حقیقت، هرگونه عمل خسارت‌بار علیه اموال فرهنگی دارای اهمیت زیاد، با هر وسیله‌ی مخربی که انجام شود، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی قطعاً موجب مسئولیت کیفری فردی خواهد شد. اینکه اعمال مزبور در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی صورت گیرد یا غیر بین‌المللی تفاوتی در اصل قضیه نخواهد داشت. (O'Keefe, 2010: 17) استفاده از اموال دارای اهمیت زیاد از نظر میراث فرهنگی هر ملت برای مقاصدی که احتمال دارد آن اموال را در معرض انهدام یا آسیب قرار دهد، ممنوع است، با این استثناء که ضرورت نظامی ایجاب کند.

این قاعده که در ماده‌ی ۴ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه مندرج است و مفاد آن در خصوص مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و غیر آن مجری است، در رویه‌ی دولت‌ها به منزله‌ی یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در هر دو زمینه‌ی مخاصمات پیش‌گفته قابل اعمال است. (ibid: 131)

اصل حفظ و حمایت از اموال فرهنگی در کنوانسیون لاهه بر حسب اعلام کنفرانس عمومی یونسکو و کشورهای عضو کنوانسیون نیستند، بعنوان انعکاس قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد می‌شود. (UNESCO General Conference, Res. 3.5, 1993)^{۱۰} به موجب قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، شمول این قاعده نسبت به مخاصمات

راهکارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عرفی از اموال فرهنگی در زمان ... ۱۴۹

مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی توسط دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی در قضیه‌ی تادیچ در سال ۱۹۹۵ به رسمیت شناخته شد. (Tadić case, Interlocutory Appeal, 1995: 109 UN Secretary-General's Bulletin, 1999: Section 6.6)^{۱۱}

ممنوعیت استفاده از اموال دارای اهمیت زیاد از نظر میراث فرهنگی هر ملت برای مقاصدی که احتمال دارد آن اموال را در معرض انهدام یا آسیب‌دیدگی قرار دهد مگر آنکه ضرورت نظامی ایجاب کند، در دستورالعمل‌های نظامی متعددی عنوان گردیده است. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: 301-329) این دستورالعمل‌ها شامل دستورالعمل‌های کشورهای غیر عضو کنوانسیون لاهه نیز است. (ibid: § 311 & 318) بعلاوه در دستورالعمل‌های نظامی متعددی ذکر گردیده است که استفاده از یک ساختمان برخوردار از مصونیت برای مقاصد نادرست به منزله‌ی جنایت جنگی است. (ibid: § 303, 314, 315 & 323) در رویه‌ی کشورها نیز اشاره مشخصی به ممنوعیت استفاده از اموال فرهنگی به عنوان سپر عملیات نظامی گردیده است. (ibid: § 308, 345, 346 & 349)

در سال‌های اخیر نیز در خلال هجوم نیروهای نظامی ایالات متحده به عراق، مسئله‌ی حمایت از اموال فرهنگی از آنجایی که ایالات متحده طرف کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه نبود، مطرح شد. ایالات متحده به ماهیت عرفی داشتن اصل حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه بارها اذعان داشت و بیان نمود که رژیم موجود در کنوانسیون لاهه را بعنوان حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد کرده و خود را پایبند به آن می‌داند. (Posner, 2006: 7)

۳.۲. ممنوعیت هدف حمله قرار دادن اموال فرهنگی

در چهارچوب حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه، این قاعده که اهداف غیرنظامی مورد هدف حملات قرار نخواهند گرفت، به عنوان اعمال بنیادین اصل اساسی تفکیک،

بعنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل عرفی (ICJ Advisory Opinion, 1996: para. 78-79) که در ماده‌ی ۴۸ و بند ۱ ماده‌ی ۵۲ پروتکل اول الحاقی آمده است، به ضرس قاطع یک قاعده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی است. (Strugar Appeals Case,) (2002: paras. 9-10 & 13 Henckaerts) عرف در زبان بند دوم ماده‌ی ۵۲ پروتکل اول این را دیکته می‌کند که حملات به شدت محدود به اهداف نظامی خواهد بود. (and Dowald-Beck, 2007: 25-9) به علاوه تردیدی نیست که حقوق بین‌الملل عرفی مسئولیت کیفری فردی در قبال حمله به اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه اعم از داخلی یا بین‌المللی را نیز به رسمیت شناخته است. (O’Keefe, 2010: 8)

در خصوص اینکه چه چیزی هدف نظامی محسوب می‌شود حقوق بین‌الملل عرفی با تعریف مندرج در بند دوم ماده‌ی ۵۲ این پروتکل تا حد زیادی یکسان است. به موجب حقوق بین‌الملل عرفی: اهداف نظامی به اهدافی محدود می‌شوند که به موجب طبیعت، محل، هدف یا کاربرد آن دارای سهم مؤثری در عملیات نظامی داشته و انهدام جزئی یا کلی، ضبط یا بی‌طرف اعلام کردن آن‌ها، در اوضاع و احوال رایج آن زمان، مزیت نظامی قطعی را در پی خواهد داشت. (Ibid: 29-32)

با اعمال تعریف فوق، اموال فرهنگی در مفهوم کلی «ساختمان‌های اختصاص یافته به مذهب، هنر، علم یا اهداف خیریه و بناهای تاریخی» که در ماده‌ی ۲۷ مقررات لاهه آمده است، در مفهوم فنی «اموال منقول یا غیرمنقول دارای اهمیت فوق‌العاده برای میراث فرهنگی مردم» که در ماده‌ی ۱ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه آمده است و در مفهوم کلی‌تر «بناهای تاریخی، آثار هنری، مکان‌های عبادت که میراث فرهنگی یا روحی مردمی تلقی شوند» مندرج در بند الف ماده‌ی ۵۳ پروتکل اول، می‌تواند جملگی اهداف غیرنظامی قلمداد شوند.

به عنوان مثال، هرچند تعریف دقیق مندرج در بند دوم ماده‌ی ۵۲ پروتکل اول، در کلیت آن مورد پذیرش ایالات متحده واقع نشده^{۱۲} و بیشتر کشورهای دارای نفوذ نیز عضو پروتکل اول نیستند، اما اولاً عناصر بحث برانگیز آن مستقیماً به اموال فرهنگی مربوط نمی‌شود و ثانیاً ایالات متحده بند دوم ماده‌ی ۵۲ را در دو مورد از آیین نامه‌های نظامی خود آورده است. (Department of the Army, 1976: para. 40(c) and)

(Department of the Air Force, 1976: para. 5-3(b)(1))

این ماده به هیچ‌وجه تعریف عرفی پذیرفته شده که در بسیاری از عهدنامه‌ها هم آمده و توسط قضات نیز مورد حمایت واقع شده است را تغییر نداده است. پس در تحلیل نهایی تردیدی باقی نمی‌ماند که اموال فرهنگی در معنای وسیع کلمه، در خلال مخاصمات مسلحانه مشمول ممنوعیت عرفی حمله به اهداف غیرنظامی می‌شوند.

۳.۳. ممنوعیت ایراد خسارات جانبی به اموال فرهنگی

هرچند مسائل متعددی در خصوص تفسیر و اعمال دقیق این قواعد به صورت حل نشده پابرجاست، اما در مقابل تردیدی نیست که در چارچوب حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوق بین‌الملل عرفی در پرتو قاعده‌ی تناسب، به تنظیم خسارات جانبی وارده بر اموال و اهداف غیرنظامی از جمله اموال فرهنگی در مفهوم وسیع آن می‌پردازد. قاعده‌ی تناسب در تمامی جوانب شق «ب» بند پنجم ماده‌ی ۵۱ پروتکل اول به رسمیت شناخته شده است. (ibid: 46-50) ایالات متحده نیز بر جایگاه عرفی اصل مزبور صحه می‌گذارد. وزارت دفاع این کشور، پیشگیری از «خسارت‌های تبعی به اهداف غیرنظامی ... که به وضوح با مزیت نظامی حاصله در حمله به این اهداف نامتناسب است» را بعنوان قاعده‌ای عرفی شناسایی کرده است. قاعده‌ی تناسب نیز عملیات نظامی دارای اثرات مخرب خارج از اهداف نظامی را ممنوع می‌کند. (Department of Defense, Conduct of the Persian Gulf War, Appendix O, at 622) این قاعده در بسیاری از کتابچه‌های نظامی ایالات متحده گنجانده شده است.^{۱۳}

به طور خاص، در رابطه با اموال فرهنگی، وزارت دفاع ایالات متحده بیان داشته است که به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، «اموال فرهنگی ... از هرگونه خسارات جانبی که به وضوح با مزایای نظامی قابل حصول در حمله به اهداف نظامی نامتناسب است، مورد حمایت واقع می‌شوند». (Department of Defense, Protection of Natural and Cultural Resources, p. 202)

سزاوار تأکید است که شعبه‌ی تجدیدنظر دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در پرونده‌ی بلاسکیچ، بیان داشت که قاعده‌ی مندرج در شق «ب» بند پنجم ماده‌ی

۵۱ پروتکل اول، یک قاعده‌ی عرفی است؛ (Prosecutor v. Blaskić, 2004: 157) موقعیتی که توسط شعبه‌ی بدوی رسیدگی به پرونده‌ی گالیچ نیز اتخاذ شد. (Prosecutor v. Galic, 2003: 57-8) منزلت عرفی قاعده‌ی مقرر در شق «ب» بند پنجم ماده‌ی ۵۱ پروتکل اول توسط کمیسیون دعاوی اتیوپی و اریتره نیز در یکی از آراء آن مورد تأیید قرار گرفته است. (United Nations, 2005: 95)

اما اینکه آیا قاعده‌ی تناسب در خسارات جانبی وارده به اهداف غیرنظامی در مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی نیز بعنوان یک قاعده‌ی عرفی اعمال می‌شود، محل تردید است. چنین قاعده‌ای در پروتکل الحاقی دوم موجود نیست. با این وجود، دیوان یوگسلاوی در پرونده‌ی تادیچ بیان داشت که حقوق بین‌الملل عرفی مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی «این حوزه‌ها را در قالب حمایت از غیرنظامیان در برابر تخاصم‌ها، به‌طور خاص در برابر حملات کور و حمایت از اهداف غیرنظامی و به‌طور خاص اموال فرهنگی تحت پوشش قرار می‌دهد». (Tadić Appeals case, 1999: 127) و در پرونده‌های گالیچ و بلاسکیچ بیان شد که قاعده‌ی مندرج در شق «ب» بند پنجم ماده‌ی ۵۱ پروتکل اول به‌طور برابر در مخاصمات دارای صبغه‌ی غیر بین‌المللی هم اعمال خواهد شد. (Prosecutor v. Blaskić, 2004: 157)

۳.۴. اقدامات احتیاطی در هنگام حمله

بعنوان نتیجه‌ای فرعی بر ممنوعیت حمله به اموال فرهنگی مشروط به آنکه به عنوان اهداف نظامی استفاده نشود و ممنوعیت حمله‌ای که منتهی به خسارات جانبی نامتناسب به اموال فرهنگی گردد، حقوق بین‌الملل عرفی، همچنین تعهدی مثبت را بر دوش دولت‌ها قرار می‌دهد که تا اقدامات لازم را جهت تشخیص اینکه اهداف مورد حمله جزء اموال فرهنگی نیستند مبذول داشته و در مفهوم وسیع‌تر، کلیه‌ی احتیاط‌های لازم را در انتخاب ابزارها و روش‌های حمله با رویکرد اجتناب از خسارات جانبی به اموال فرهنگی انجام دهند. همچنین برای تعلیق یا لغو حمله در مواردی که روشن است هدف یک مال فرهنگی است که مورد استفاده‌ی نظامی نیست و یا اینکه ممکن است حمله موجب ورود خسارت

جانبی به اموال فرهنگی شود. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2007: 51-)
(62)

این قواعد در رابطه با اهداف غیرنظامی به‌طور عام در بند دوم ماده‌ی ۵۷ پروتکل اول الحاقی موجود است که در واقع در خصوص موضوع خاص اموال فرهنگی در ماده‌ی ۷ پروتکل دوم مجدداً آمده است. لازم به ذکر است که قاعده‌ی مندرج در ماده‌ی ۵۷ از جانب ایالات متحده که طرف متعاقد پروتکل اول نیست نیز به عنوان قاعده‌ای عرفی در نظر گرفته شده است.^{۱۴}

در مورد مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی، ممنوعیتی که حقوق بین‌الملل عرفی در رابطه با حمله علیه اموال فرهنگی و همچنین حملاتی که باعث ورود خسارت نامتناسب جانبی به اموال فرهنگی می‌شود، در ادامه شامل الزام دولت‌ها به اتخاذ اقدامات احتیاطی در هنگام حمله نیز می‌شود. قاعده‌ای که در بند دوم ماده‌ی ۵۷ پروتکل اول موجود است. پروتکل دوم البته دارای قواعد روشنی در این خصوص نیست.

۳.۵. ممنوعیت استفاده و تصرف غیرقانونی و غیرمجاز در اموال فرهنگی

هریک از طرف‌های درگیری باید از اموال فرهنگی حمایت نماید، بنابراین، هرگونه تصرف یا انهدام یا تخریب عمدی نهادهای مذهبی، هنری، علمی، آموزشی و یا مختص به امور خیریه و یادبودهای تاریخی و آثار هنری و علمی ممنوع است. همچنین هرگونه سرقت، غارت یا سوءاستفاده و هرگونه خرابکاری نسبت به اموالی که از نظر میراث فرهنگی هر ملت حائز اهمیت فراوان باشد، ممنوع است.

ماده‌ی ۵۶ مقررات لاهه «هرگونه ضبط یا انهدام یا تخریب عمدی مؤسسات مذهبی، هنری، علمی، آموزشی یا امور خیریه و یا یادمان‌های تاریخی و آثار هنری و علمی» را ممنوع می‌کند. در اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی نیز تخلف از ماده‌ی مزبور در زمره‌ی نقض قواعد و مقررات عرفی جنگ شناخته شده است که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان مزبور است. (ICTY Statute, Art. 3(d)) طبق اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری انهدام ساختمان‌های مذهبی، آموزشی، هنری، علمی

و خیریه و یادمان‌های تاریخی و نیز انهدام و ضبط ساختمان‌های مزبور در شرایطی که ضرورت‌های نظامی چنین اعمالی را ایجاب نمی‌کند، در مخاصمات مسلحانه اعم از بین‌المللی و غیر بین‌المللی به منزله‌ی جنایت جنگی است. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2007: 133)

این مفاد در بسیاری از دستورالعمل‌های نظامی دولت‌های متعدد نظیر آرژانتین، استرالیا، کانادا، آلمان، هلند، بریتانیا و ایالات متحده گنجانده شده است. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2005: § 372-388) به موجب قوانین بسیاری از کشورها، تصرف، انهدام، یا تخریب عمدی اموال فرهنگی جرم است.^{۱۵} بعد از جنگ جهانی دوم دادگاه نظامی دائمی فرانسه در شهر متز در جریان قضیه‌ی لینگن فلدر در سال ۱۹۴۷ و دیوان نظامی ایالات متحده در شهر نورنبرگ، در جریان قضیه‌ی فون لیب در سال ۱۹۴۸ و نیز در جریان قضیه‌ی وایز ساکر در سال ۱۹۴۹، متهمان را به ضبط و انهدام اموال فرهنگی محکوم کرده‌اند. (ibid: § 389-403)

ماده‌ی ۴ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه، سرقت، غارت، سوءاستفاده و اعمال خرابکارانه را ممنوع می‌کند که مفاد آن در مورد مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی مصداق می‌یابد. (ibid)

در کنوانسیون لاهه نیز بر حسب اعلام کنفرانس عمومی یونسکو و کشورهایی که عضو کنوانسیون نیستند، اصل بنیادین حمایت از اموال فرهنگی بعنوان انعکاسی از قواعد حقوق بین‌المللی عرفی قلمداد می‌شود. (ibid: § 389, 392, 393, 395, 396, 399) به موجب قواعد حقوق بین‌المللی عرفی شمول این قاعده نسبت به مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی از سوی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه‌ی تادیچ مورد شناسایی واقع شد. (ibid) علاوه بر این، این قاعده در سایر اسناد مربوط به مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی نیز مندرج است. (-UN Secretary-General's Bulletin, 1999: Section 6.6)

تعهد به حمایت از اموال فرهنگی در دستورالعمل‌های نظامی بسیاری ذکر گردیده است. (Henckaerts and Dowald-Beck, 2005: § 371-384) در قوانین داخلی کشورهای متعدد نیز عدم رعایت مصونیت اموال فرهنگی به بیان‌های مختلف جرم

دانسته شده است. (ibid: § 389-404) قاعده‌ی مزبور در بیانیه‌های رسمی دولت‌هایی که عضو کنوانسیون لاهه نیستند یا در زمان صدور آن بیانیه طرف کنوانسیون نبوده‌اند، نیز مورد حمایت واقع شده است. (ibid: § 408, 410, 411 & 414) ممنوعیت غارت اموال فرهنگی یکی از مصادیق خاص ممنوعیت عام غارت است. (Henckaerts and Dowald-Beck, 2007: 182)

هیچ رویه‌ی رسمی خلاف آنچه گفته شد یافت نشده است. دولت‌ها عموماً موارد تخلف از این قاعده را محکوم کرده‌اند. (Henckaerts and Dowald-Beck, 2005: § 408, 410, 411, 412 & 414) ملل متحد و سایر سازمان‌های بین‌المللی نیز چنین اعمالی را محکوم نموده‌اند. به عنوان مثال در سال ۱۹۹۸ کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد نگرانی عمیق خود را نسبت به گزارش‌های مربوط به انهدام و غارت میراث فرهنگی و تاریخی افغانستان یعنی کشوری که عضو کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴ نیست، ابراز داشت و از کلیه‌ی طرف‌های افغانی مصرانه خواست از میراث مزبور حمایت و نگهداری کنند. (UN Commission on Human Rights, Res. 1998/70) مدیرکل یونسکو نیز در سال ۱۹۹۷ در خصوص توجه طرفین درگیری به حفاظت از مجسمه‌های یاد شده به آن‌ها تذکر داد. (O'Keefe, 2006:186) در سال ۲۰۰۱ تصمیم رژیم طالبان برای انهدام ده‌ها مجسمه‌ی باستانی متعلق به موزه‌ی ملی افغانستان و متعاقباً انهدام مجسمه‌های بودا در بامیان به نحو گسترده‌ای بخصوص توسط یونسکو محکوم شد. (UNESCO, Press Release No. 2001-27)

بنابر موارد فوق، این قاعده توسط رویه‌ی دولت‌ها به منزله‌ی یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در هر دو زمینه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و غیر بین‌المللی قابل اعمال دانسته می‌شود. (Henckaerts and Dowald-Beck, 2007: 133) همچنین، حقوق بین‌الملل عرفی مسئولیت کیفری فردی کسانی که به‌طور غیرمجاز دست به غارت یا تصاحب اموال عمومی و خصوصی و از جمله فرهنگی می‌زنند، اعم از اینکه در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی یا غیر آن ارتکاب یابد، مورد شناسایی قرار داده است. (O'Keefe, 2010: 18)

۳.۶. ممنوعیت صدور غیرقانونی اموال فرهنگی توسط دولت اشغالگر

به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، دولت اشغالگر متعهد است مانع صدور غیرقانونی اموال فرهنگی از قلمرو سرزمین اشغال شده گردد و همچنین بایستی اموال صادر شده از طرق غیرقانونی را به مقامات ذی‌صلاح سرزمین اشغال شده بازگرداند. این قاعده، در رویه‌ی دولت‌ها به منزله‌ی یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در زمینه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. (ibid: 135)

ملل متحد، یونسکو و دیگر سازمان‌های مرتبط جهانی و منطقه‌ای نیز به منظور مقابله با این معضل اقدامات متعددی انجام داده که قطعنامه‌ی سازمان عرف‌های جهانی به مسئله‌ی حاضر به‌طور خاص نظر دارد.^{۱۶}

۳.۷. ممنوعیت اعمال تلافی جویانه

بند چهارم ماده‌ی ۴ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه که از طریق ماده‌ی ۱۹ در هر دو مخاصمه‌ی بین‌المللی و غیر بین‌المللی قابل اعمال است، اعمال تلافی جویانه علیه اموال فرهنگی را ممنوع می‌کند؛ ممنوعیتی که در زمینه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی در بند سوم ماده‌ی ۵۳ پروتکل اول آمده و شاید در زمره‌ی اصول بنیادین کنوانسیون که توسط کنفرانس عمومی یونسکو عرفی دانسته شد، به شمار آید. اگرچه این موضوع خالی از تردید نیست تا حدی متقاعد کننده است که گفته شود حقوق بین‌الملل عرفی اعمال تلافی جویانه را علیه اموال فرهنگی در طول مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی منع می‌کند. (ibid: 523-525)

در مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی وضعیت متفاوت بوده و بیشتر فرضیه‌ی فوق محل تردید است. آنچه مشخص است این موضوع است که ماده‌ی ۱۶ پروتکل دوم مقررهای همانند بند سوم ماده‌ی ۵۳ پروتکل اول در بر ندارد.

با توجه به کنفرانس عمومی یونسکو، احتمالاً دلیل کافی برای نتیجه‌گیری اینکه اعمال تلافی جویانه علیه اموال فرهنگی در طول مخاصمات مسلحانه‌ی غیر بین‌المللی نیز به مثابه‌ی امری عرفی ممنوع شده است، در دست نیست.

۴. بررسی موضوع در چارچوب حقوق کیفری بین‌المللی عرفی

در قسمت حاضر سعی بر آن است که اعمال علیه اموال فرهنگی را در چارچوب قواعد عرفی حقوق بین‌الملل کیفری بررسی شود تا به این سؤال مقدر پاسخ داده شود که آیا به موجب قواعد عرفی حقوق بین‌الملل کیفری می‌توان اعمال علیه اموال فرهنگی را بر هریک از عناوین مجرمانه‌ی شناسایی‌شده در این شاخه از حقوق بین‌الملل یعنی ژنوسید، جرائم علیه بشریت و جنایات جنگی انطباق داد.

۴.۱. ژنوسید

کمیته‌ی ویژه‌ی ژنوسید ملل متحد در هنگام تدوین پیش‌نویس اولیه‌ی کنوانسیون ژنوسید، ماده‌ی ۳ آن را بدین گونه تدوین نموده بود:

«هرگونه عمل عمدی که به قصد نابودی زبان، مذهب یا فرهنگ یک گروه ملی، نژادی یا مذهبی بر پایه‌ی باورهای دینی یا منشأ ملی یا نژادی، به شرح ذیل ارتکاب یابد:

۱. ممنوعیت استفاده از زبان گروه در مراودات روزانه یا در مدارس یا چاپ و انتشار مطبوعات به زبان آن گروه؛

۲. نابودی، یا ممنوعیت استفاده از کتابخانه‌ها، موزه‌ها، مدارس، بناهای تاریخی، مکان‌های عبادت یا دیگر نهادها و اشیاء فرهنگی آن گروه»^{۱۷}

این ماده در طرح نهایی کنوانسیون به کلی حذف گردید و برخی دلیل عدم ذکر آن را نامشخص بودن تعریف و دامنه‌ی موضوع می‌دانستند، هرچند اختلاف نظر میان آن‌ها وجود داشت.

تئوری ژنوسید فرهنگی حکایت از این دارد که ژنوسید تنها به معنی 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 بر می‌گیرد. این رویکرد از دید برخی با نگاه رافائل لمکین - طراح اصلی کنوانسیون منع ژنوسید - هم‌خوانی دارد.

(Koivunen, 2013: 436)

از جرایم مدرن عصر حاضر، امحاء زبان یک گروه یا اعمال محدودیت بر آداب و

رسوم آنان است که می‌تواند نوعی ژنوسید فرهنگی را رقم بزند. (Carnegie Council for Ethics in International Affairs, 2016) هم زبان و هم آداب و رسوم هر دو از قدرتمندترین عناصر فرهنگی هر ملتی محسوب می‌شوند و قطعاً می‌توان با نابودی آن‌ها به نابودی فرهنگ رسید. به عنوان مثال، سیستم مدرسه‌ی محلی هندی‌ها در کانادا که آخرین آن‌ها در اواخر دهه‌ی ۱۹۹۰ تعطیل شد، نمونه‌ای از این شکل ژنوسید است که توسط دولت کانادا علیه ملیت سابق هندوها اعمال می‌شد و به اصطلاح قصد «گرفتن هند از کودکان» داشت. (Puxley, 2015)

عدم ذکر ژنوسید فرهنگی در دیگر اسناد بین‌المللی نظیر اساسنامه‌ی رم، پیش‌نویس کنوانسیون حقوق بین‌الملل در خصوص جرائم علیه صلح و امنیت بشری (توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۹۶ به تصویب رسید)، اساسنامه‌ی دیوان ویژه عراق و قانون تأسیس شعب فوق‌العاده در محاکم کامبوج نیز ادامه یافت و در قالب رویه‌ی قضایی نیز مورد پذیرش قرار نگرفت. (Prosecutor v. Krstic', 2001: para. 580)

بنابراین، در حقوق بین‌الملل موضوعه‌ی کنونی اعم از قراردادی و عرفی چنین تعریفی از ژنوسید موجود نیست (Morsink, 1999: 1019) و به‌طور خاص چنین مفهومی در حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته نشده است. به هر حال فقدان ژنوسید فرهنگی در نظام حقوقی بین‌المللی، محدود و کاربرد این مفهوم را در قالب اجزاء ژنوسید فیزیکی منحصر می‌کند و همراه با نابودی فیزیکی یک گروه دیده می‌شود. کما اینکه، این امر همان‌گونه که در یافته‌های ICTY دیده می‌شود نافی اهمیت موضوع در هنگام تحلیل عناصر نابودسازی غیر فیزیکی و فرهنگی برای ژنوسید نیست. (Mako, 2012: 190) یعنی این عمل تنها در صورتی که بتواند به عنوان دلیلی بر قصد نابودی فیزیکی گروه در نظر گرفته شود، قابل تعقیب می‌شود. با این وجود و در نهایت، باید به این واقعیت اذعان نمود که نظم کنونی حقوق کیفری بین‌المللی اعم از عرفی و قراردادی توان پذیرش و شناسایی مفهوم ژنوسید فرهنگی را به عنوان یک عمل مجرمانه ندارد.

۴.۲. جنایات علیه بشریت

دادگاه نظامی بین‌المللی در نورمبرگ بیان داشت که تخریب و تاراج غیرقانونی اموال

فرهنگی در سرزمین‌های اشغالی شرق نه تنها جرائم جنگی در مقیاس وسیع محسوب می‌شود بلکه جرم علیه بشریت است. (Nuremberg Tribunal, 1946: 65) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز در پرونده‌ی بلاسکیچ بیان داشت که جرم علیه بشریت «شکنجه و آزار به علل سیاسی، نژادی و مذهبی» مندرج در بند «ح» ماده ۵ اساسنامه‌ی 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 بر می‌گیرد». (Blas'kic', Trial Chamber Judgment, 2000: para. 233 and Tadic' case, 1997: paras. 703-4)

دیوان در واقع پذیرفت که محتوای آزار می‌تواند در قالب ضبط یا نابودی ساختمان‌های نمادین متعلق به جمعیت مسلمان بوسنی هرزه‌گوین باشد. (Blas'kic', Trial Chamber Judgment, 2000: para. 227) شعبه‌ی بدوی نیز در پرونده‌ی کاردیچ به همین صورت بیان داشت که تخریب یا خسارت عمدی به ساختمان‌های مذهبی در صورتی که تبعیض‌آمیز باشد، اذیت و آزاری به‌عنوان جرائم علیه بشریت محسوب خواهد شد. (Kordic' Trial Chamber Judgment, 2001: para. 207) و در پرونده‌ی برجانین بر این نظر بود که نابودی و تخریب عمدی ساختمان‌های فرهنگی و مذهبی متعلق به کروات‌ها و مسلمانان بوسنیایی به صورتی که بر مبنای تبعیض باشد جرم علیه بشریت شکنجه و آزار تحقق می‌یابد. (Prosecutor v. Brdjanin, 2004: para. 1022-3)

البته لازم به ذکر است که در هر سه مورد فوق‌الذکر، متهم مرتکب جرم جنگی نیز به مثابه‌ی جرائم علیه بشریت شده است چرا که تخریب و تاراج غیرقانونی اموال فرهنگی به موجب ماده‌ی ۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری جرم جنگی بوده و در عین حال طبق شق «ح» بند اول ماده‌ی ۷ آن اساسنامه جرائم علیه بشریت است.

در همه‌ی موارد فوق‌الذکر، جرائم ارتكابی را فارغ از اینکه مبنای معاهداتی داشته باشد یا خیر می‌توان دارای مبنای عرفی فرض نمود و از منزلت قاعده‌ی عرفی برخوردار دانست. فقط یک مورد بود که در انطباق آن با عرف تردید است: در پرونده‌ی کوناراک، شعبه‌ی تجدیدنظر دیوان یوگسلاوی این امر را روشن ساخت که تنها یک حمله و نه

اعمال فردی متهم، باید به‌طور گسترده و نظام یافته» انجام شود. این شعبه همچنین این شرط که جرائم علیه بشریت باید در تعقیب نوعی سیاست ارتکاب یافته باشد و توسط شعبه‌ی بدوی بیان شده بود را رد کرد. (*Prosecutor v. Kunarac, 2002, para. 98*) انطباق این امر با عرف محل تردید است. در نهایت، با این پیش‌فرض که جرائم علیه بشریت لازم نیست حتماً در طول جنگ ارتکاب یابد، به طریق اولی اگر در زمان جنگ ارتکاب یابند، فرقی نمی‌کند مخاصمه داخلی باشد یا بین‌المللی.

۴.۳. جنایات جنگی

مشاهده خواهد شد که حقوق بین‌الملل عرفی مسئولیت کیفری فردی را در ازای حملات مستقیم به اموال فرهنگی در مفهوم کلی کلمه، خواه در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی یا غیر آن به رسمیت شناخته است. این مسئولیت برای حملات مستقیم و غیرقانونی به اهداف غیرنظامی مورد شناسایی قرار گرفته است. در پرونده‌ی استراگار، شعبه‌ی بدوی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، متهم را به اتهام ارتکاب جرم جنگی «نابودی یا تخریب عمدی انجام شده در مورد نهادهای اختصاص یافته به مذهب، خیریه و آموزش، هنر و علم، بناهای تاریخی و آثار هنری و علمی» مندرج در ماده‌ی ۳ اساسنامه‌ی دیوان به خاطر نقش او در بمباران شهر قدیمی دوبرونیک (Dubrovnik) در ششم دسامبر ۱۹۹۱ گناهکار شناخت. این شعبه بیان داشت که چنین اعمالی صرف نظر از اینکه مخاصمه‌ی بین‌المللی بوده است یا غیر بین‌المللی، یک جرم جنگی است؛ (*Prosecutor v. Strugar, 2005: para. 230*) وضعیتی که توسط شعبه‌ی تجدیدنظر در پرونده‌ی هاژیاسانوویچ و کابورا نیز تأیید شد. (*Hadz'ihasanovic' and Kubura, 2005: paras. 44 and 46-8*) در پرونده‌ی جوکیچ نیز متهم به همان جرم در خصوص حمله‌ای مشابه محکوم گردید. (*Prosecutor v. Jokic', 2004*) این موضوع وفق مقررات اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری نیز است که مقررات آن در این زمینه در اساسنامه‌ی دیوان ویژه‌ی عراق هم وارد شده است. (*IST Statute, arts. 13(b)(10) and 13 (d)(4)*)

عناصر مادی لازمه برای این جرم از حقوق ماهوی عرفی حاکم بر حملات علیه اموال فرهنگی، اخذ شده است. در این خصوص باید یادآور شد که هرچند دیوان کیفری بین‌المللی در پرونده‌های متعددی این عمل را تأیید کرد اما این استثنا را نیز به‌طور مؤکد بیان داشت که تنها در صورتی که این اموال برای مقاصد نظامی مورد استفاده نباشد، این ممنوعیت‌ها پابرجاست و این امر به‌طور کامل، یک قاعده‌ی عرفی به نظر نمی‌رسد. این نکته نیز قابل ذکر است که شعبه‌ی بدوی دیوان در پرونده‌ی استراگر و نالتیلیچ این بخش از رأی بلاسکیچ را رد کردند که بیان می‌داشت اموال فرهنگی مورد تهاجم بایستی در مجاورت اهداف نظامی قرار داشته باشد. (Strugar Trial, 2005: para. 310 and Naletilic', 2003: para. 604)^{۱۸}

اعمال خصمانه‌ی غیرقانونی علیه اموال فرهنگی علاوه بر حمله، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی صرف نظر از اینکه عمل مزبور در مخاصمات داخلی یا بین‌المللی ارتکاب یافته باشد، موجب پدیداری مسئولیت کیفری است. در چهارچوب حقوق بین‌الملل مشاهده می‌شود که در دادگاه نورنبرگ در خصوص جنایات آلمان افراد بسیاری به خاطر نقششان در ویرانی اموال فرهنگی در سرزمین‌های اشغالی محکوم و مجازات شدند. (O'Keefe, 2006: 347)

از حقوق بین‌الملل عرفی عناصر مادی لازم برای جرم تخریب یا آسیب به اموال فرهنگی و نه حمله به آن‌ها قابل استخراج است. بعنوان عنصر معنوی، قصد و علم پیش گفته لازم است.

حقوق بین‌الملل عرفی همچنین مسئولیت کیفری در خصوص چپاول اموال عمومی یا خصوصی را از جمله اموال فرهنگی چه در مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و چه غیر بین‌المللی به رسمیت می‌شناسد. (Ibid: ۳۴۸)

۵. مجازات مرتکبان جرائم علیه اموال فرهنگی به موجب حقوق بین‌الملل عرفی

برای سنجش عملکرد حقوق بین‌الملل کیفری عرفی در شناسایی مسئولیت فردی و مجازات مرتکبین جرائم علیه اموال فرهنگی ناچار باید به رویه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری

برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی رواندا نظر کرد و عملکرد آن دو نهاد را بعنوان نمودی از حقوق بین‌الملل کیفری عام به ارزیابی نهاد. شعبه‌ی بدوی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در پرونده‌ی جوکیچ در رابطه با حکم و محکومیت به عمل تخریب کیفری یا خسارت به اموال فرهنگی می‌گوید:

«احیاء ساختمان‌هایی از این دست، در صورت امکان، هرگز نمی‌تواند این ساختمان‌ها را به وضعیت قبلی آنان برگرداند چرا که قسمتی از ارزش‌های تاریخی، مادی و ریشه‌ای آن‌ها نابود شده است و در نتیجه بر ارزش ذاتی این ساختمان‌ها تأثیر گذاشته است.» (Jokić Judgment, 2004: 52)

به زعم دیوان، ماده‌ی ۳ اساسنامه دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق به‌طور کلی در بردارنده‌ی قواعد و عرف‌های جنگی است که بخشی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ی عرفی هستند. شعبه‌ی دادگاه بر آن بود که برای این‌که یک عرف یا قانون خاص جنگی تحت شمول ماده‌ی ۳ قرار بگیرد، باید چهار شرط موجود باشد:

۱. مورد نقض باید نوعی تخلف از حقوق بشردوستانه بین‌المللی باشد؛
۲. قاعده‌ی مزبور باید به‌طور ذاتی یک قاعده‌ی عرفی باشد یا در صورتی که به حقوق معاهده‌ای تعلق دارد شرایط لازم باید موجود باشد؛
۳. مورد نقض باید شدید باشد، یعنی قاعده‌ای بایستی نقض شده باشد که از ارزش‌های مهمی حمایت و حراست می‌کند و نقض باید پیامدهای وخیم و شدیدی را برای قربانی در بر داشته باشد؛ و
۴. نقض قاعده‌ی مزبور باید به موجب حقوق بین‌المللی عرفی یا معاهده‌ای مسئولیت کیفری فردی شخص ناقض قاعده را به همراه داشته باشد.

پاره‌ای از کیفرخواست‌های دیوان یوگسلاوی سابق که در آن‌ها ادعای نقض قوانین و عرف‌های جنگی می‌شد، به‌طور صریح به اجزای تشکیل دهنده‌ی اموال فرهنگی اشاره می‌کردند. در این کیفرخواست‌ها ادعای «تخریب و خسارت عمدی علیه نهادهای مختص مذهب یا آموزش» (Blaškić case, 2000: para. 11 and Kordic & Cerkez case, 2001: paras. 57-58) و «تصرف، تخریب یا ایراد خسارت عمدی به نهادهای

مختص مذهب» (Karadžić case, 2009: count 6) شده بود.

در برخی کیفرخواست‌ها نیز به حمایت پیش‌بینی شده برای اشیاء غیرنظامی و یا روش‌های غیرقانونی مبارزه اشاره شده است. در این کیفرخواست‌ها عباراتی نظیر «غارت اموال عمومی یا خصوصی»،^{۱۹} «حمله عمدی علیه مردم غیرنظامی و تخریب بی‌جهت روستاها»، (Rajic Indictment, 1995: counts. 3 and 6) «تخریب بی‌جهت شهرها، شهرک‌ها و روستاها یا ویرانی بدون ضرورت نظامی» (Brđanin case,) (Blaškić 2004: count 11) و «ویران نمودن بدون توجیه نظامی» دیده می‌شود. (Blaškić case, 2000: paras. 8, 10) این کیفرخواست‌ها به بندهای «ب»، «ج» و «ه» ماده‌ی ۳ اساسنامه استناد می‌کنند.^{۲۰}

طبق بند «د» ماده‌ی ۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق «دیوان بین‌المللی اختیار تعقیب و پیگرد افرادی را دارد که مرتکب موارد نقض شدید کنوانسیون‌های ژنو ۱۲ اوت ۱۹۴۹ شده‌اند یا دستور ارتکاب آن‌ها را داده‌اند؛ یعنی اعمال بعدی علیه اشخاص یا اموال حمایت شده به موجب مقررات کنوانسیون ذی‌ربط ژنو:

...

د) تخریب گسترده و تصاحب اموال که بدون توجیه ضرورت نظامی و بدون دلیل صورت گرفته است».

عباراتی که در کیفرخواست‌ها به کار رفته، طرق متعددی را برای اعمال این ماده ترسیم می‌نمایند.

باید اذعان داشت که بر پایه‌ی منابع عرفی و معاهده‌ای می‌توان تخریب اموال فرهنگی را به عنوان جرمی جنگی تعریف نمود.

شعب متعدد دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق تأیید نموده‌اند که تخریب تبعیض‌آمیز یا خسارات سنگین (Milutinović Trial, 2009: 207) به اموال فرهنگی چه در زمان مناصمات و چه غیر آن، می‌تواند به موجب حقوق بین‌الملل عرفی تحت عنوان جرائم علیه بشریت مورد تعقیب واقع شود. (Kordić Trial, 2001:) (207 and Stakić, 2003: 768)^{۲۱} شعب تجدیدنظر نیز قاطعانه بر این موضع مهر تأیید زده‌اند. برای مثال در پرونده‌ی بلاسکیچ پس از اینکه شعبه‌ی بدوی اعلام داشت که

تخریب تبعیض‌آمیز از جمله ساختمان‌های نمادین می‌تواند به عنوان جرم علیه بشریت تعقیب شود، شعبه‌ی تجدیدنظر تأیید نمود که «تخریب اموال، بسته به نوع و میزان تخریب، ممکن است عناصر لازم برای تحقق جرم علیه بشریت را شکل دهد و مانند دیگر جرائم مندرج در ماده‌ی ۵ اساسنامه، مورد پیگرد قرار گیرد». (Blaškić Appeal, 2004: 108 and Kordić Appeal, 2004: 149) به‌طور خلاصه، همان‌طور که دیوان در پرونده میلوتینوویچ بیان می‌کند، «رویه‌ی دیوان به‌طور خاص تخریب اماکن مذهبی و بناهای فرهنگی را از حیث تعقیب، جرم علیه بشریت دانسته است»؛ (Milutinović Trial, 2009: 205) البته در صورتی که این اعمال به نحوی ناروا تبعیض‌آمیز باشد.^{۲۲}

علاوه بر موارد فوق، شعب متعدد دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق به‌طور مشابه بیان داشته‌اند که غارت اموال خصوصی یا عمومی در صورتی که تبعیض‌آمیز باشد می‌تواند در قالب حقوق عرفی جرم علیه بشریت تلقی شود؛ (O'Keefe, 2010: 9-20) و این قاعده می‌تواند اموال فرهنگی را هم شامل شود.

۶. نتیجه‌گیری

همان‌طور که مشاهده شد، بدون تردید حقوق حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه ناگزیر جزئی از حقوق مخاصمات مسلحانه و در واقع حقوق بین‌الملل بشردوستانه است و رفتار متخاصمان را نسبت به اموال فرهنگی بایستی تحت این حقوق به نظم کشید و از سویی دیگر، ضمانت اجرای مباشران و معاونان جرائم علیه اموال فرهنگی نیازمند ماهیتی کیفری است و جامعه‌ی بین‌المللی برخی اشکال خسارت به اموال فرهنگی را از مصادیق جرائم مهم بین‌المللی دانسته و تحت حقوق بین‌الملل کیفری بررسی می‌کند، در نتیجه بررسی وجود قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در این مقاله بایستی در چارچوب دو شاخه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری انجام می‌گرفت.

با بررسی‌های به عمل آمده مشخص شد که به‌طور کلی حقوق بین‌الملل عرفی بیانگر

پیدایش زمینه‌های حمایتی متنوعی در خصوص حفظ و پاسداری از اموال فرهنگی هنگام وقوع مخاصمات مسلحانه‌ی بین‌المللی و غیر آن است؛ که از جهت موضوع خاص این مقاله یعنی اختصاص آن به زمان مخاصمات، دیده می‌شود که در این خصوص هم حقوق بین‌الملل عرفی توانمند عمل می‌کند.

به‌طور خاص، در زمان صلح باید گفت که بعید به نظر می‌رسد که حقوق بین‌الملل عرفی تعهدی مثبت مبنی بر انجام اقدامات کافی حفاظت در زمینه‌ی احترام به اموال فرهنگی در زمان صلح بر دوش دولت‌ها نهاده باشد، اما شکی نیست که گاه فراتر از معاهدات بین‌المللی اعمال و اهداف متخصصان را محدود نموده است. از طرفی دیگر، حقوق مخاصمات مسلحانه‌ی عرفی ممنوعیت حمله به اموال فرهنگی بعنوان مالی متعلق به کل بشریت، ممنوعیت تخریب و انهدام آن‌ها، ممنوعیت صدور و تصرف غیرمجاز و غارت اموال فرهنگی و ممنوعیت اعمال تلافی‌جویانه در مخاصمات علیه این اموال را به رسمیت شناخته و دولت‌ها را متعهد به پیروی از این هنجارها نموده است.

در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل کیفری نیز عرف همواره پیشگام بر عهدنامه‌های موجود توانسته است جرائم علیه اموال فرهنگی را تحت شمول جرائم مهم بین‌المللی نظیر جنایات جنگی و جرائم علیه بشریت (به استثنای ژنوسید) مورد شناسایی قرار داده و مرتکبان آن را با پیدایش مسئولیت فردی تعقیب و حتی مجازات کند. رویه‌ی دیوان‌ها و دادگاه‌های جنگی و کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد که آن نهادها همواره در آراء خود به عرف استناد کرده و شناسایی اموال فرهنگی را به عنوان میراث مشترک بشریت یک اصل عرفی و عام دانسته و در نتیجه حمایت از آن اموال نیز تحت همین مقام لازم و بر دولت‌ها الزام‌آور دانسته‌اند. مشخص می‌شود که عناوین مجرمانه‌ی متعددی و همچنین تعهدات بین‌المللی به حمایت از اموال فرهنگی به موجب حقوق بین‌الملل عرفی در زمان مخاصمات مسلحانه وجود دارد که این مقاله تعهدات و عناوین مجرمانه‌ی مزبور را تک به تک و جزء به جزء مورد بررسی قرار داد.

حقوق بین‌الملل عرفی در هر دو زمینه‌ی حقوق مخاصمات مسلحانه و حقوق کیفری بین‌المللی به شناسایی تعهداتی در حمایت از اموال فرهنگی و اعمال علیه این اموال اکتفا نکرده و حقوق کیفری بین‌المللی عرفی توانسته است بسیاری از مجازات را نیز بر مبنای

عرف مستقر ساخته و اجرا کند و کیفرخواست‌های متعددی در خصوص مجازات مرتکبان اعمال علیه اموال فرهنگی با استناد به حقوق عرفی تنظیم و صادر شوند.

پی‌نوشت‌ها

۱. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863.

۲. جامعه‌ی بین‌المللی از اوایل قرن بیستم، دست به تدوین و خلق هنجارهایی در جهت کاهش آثار مخاصمات بر اموال فرهنگی زد که این تلاش‌ها را می‌توان در منشور روارینخ (۱۹۳۵) (Oppenheim, 1935: 214) دید. دیوان بین‌المللی دادگستری تا کنون پرونده‌ای که تماماً با محوریت آسیب رساندن یا تخریب به اموال فرهنگی نزد آن مطرح شده باشد، نداشته است. دیوان بین‌المللی دادگستری هیچ‌گاه مجال آن را نیافته که راجع به این مسئله اظهارنظر کند. دعوای لیختن‌اشتاین 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. (فرانکیونی، فرانچسکو، در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی، ترجمه علیرضا ابراهیم گل و فرزانه آقاشاهی، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و ششم، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۹)

اما در پرونده‌ی آزمایش‌های هسته‌ای دیده می‌شود که قضات این دیوان اموال فرهنگی را مدنظر داشته و حمایت از آن‌ها را ضروری دانسته‌اند. قاضی ویرامانتری، در نظریه‌ی مخالف خود در قضیه‌ی آزمایش‌های هسته‌ای بیان می‌دارد که یکی دیگر از خساراتی که لازم به ذکر است، تخریب و نابودی ثروت فرهنگی است که در پی رشد و شکوفایی ملل متمدن از پس قرون و اعصار سر برآورده است. اهمیت حمایت از این جنبه‌ی تمدن توسط کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه به رسمیت شناخته شده است که بر آن است که اموال فرهنگی مورد حمایت خاص واقع شوند. بناهای تاریخی، آثار هنری یا مکان‌های عبادت که تداعی‌کننده‌ی میراث فرهنگی یا روحی مردم هستند، نباید مورد حمله واقع شوند. چنین حملاتی در حقیقت نقض شدید حقوق بشردوستانه به موجب کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های آن خواهد بود. (Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, ICJ Advisory Opinion, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 466)

۴. See: Fishman, Joseph P., Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes, Yale Journal of International Law, Vol. 35: 2010, 347-404, p. 354-355

دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده‌ای این فرصت را یافت که به ایجاد تعادل گاه دشوار میان حقوق خصوصی و منافع عمومی نسبت به اشیای فرهنگی بپردازد، اما رأی صادر شده از اعمال خشک و دقیق مقررات پروتکل اول راجع به حمایت از اموال خصوصی فراتر نرفت.

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

۵. در این خصوص باید اذعان داشت که دلیل قابل قبول از پیدایش یک رویه‌ی عام و همچنین عنصر معنوی عرف چندان سهل نیست. واضح است که شکل رفتار دولت‌ها در خصوص احترام به اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه به حد کافی پراکنده است. دیگر اینکه، منابع مادی همیشه به‌آسانی در دسترس نیستند و همه‌ی این‌ها تشخیص یک رویه و پراتیک را دشوار می‌کند.

با این وجود، باز هم اگر کاملاً منطقی نگریسته شود، نشانه‌های فوق اثبات‌کننده‌ی قاطع عرف نیست؛ و در نهایت، مقاله حاضر در وضعیتی پیش می‌رود که تشخیص قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قاطعانه نبوده و بسیاری از آن‌ها محمل اختلاف عقاید حقوقدانان است.

۶. دلیل انتخاب این دو حوزه از حقوق بین‌الملل بعنوان زمینه‌های مطالعاتی، این بود که اولاً، بدون تردید حقوق حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه ناگزیر جزئی از حقوق مخاصمات مسلحانه و در واقع حقوق بین‌الملل بشردوستانه است و رفتار متخاصمان را نسبت به اموال فرهنگی بایستی تحت این حقوق به نظم کشید و ثانیاً، ضمانت اجرای مباشران و معاونان جرائم علیه اموال فرهنگی نیازمند ماهیتی کیفری است و جامعه‌ی بین‌المللی برخی اشکال خسارت به اموال فرهنگی را از مصادیق جرائم مهم بین‌المللی دانسته و تحت حقوق بین‌الملل کیفری بررسی می‌کند، در نتیجه وجود قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در این مقاله بایستی در چارچوب دو شاخه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری سنجیده می‌شد.

۷. فرهنگ هر جامعه در دو بعد تبلور و نمود پیدا می‌کند. بعدی که جنبه‌ی مادی، ملموس و قابل دید دارد و بعدی که قابل لمس نبوده و خصلتی معنوی و غیرمادی دارد. دسته‌ی نخست را میراث فرهنگی مادی یا همان اموال فرهنگی می‌توان قلمداد کرد و گروه اخیر را میراث غیرمادی یا معنوی فرهنگی؛ بنابراین، مفهوم میراث فرهنگی اعم از اموال فرهنگی است.

۸. البته، در حال حاضر این تعریف نمی‌تواند انواع گوناگون مخاصمات را در بر بگیرد، چرا که برخلاف دیدگاه سنتی، امروزه مخاصمات مسلحانه‌ی بسیاری در شکل داخلی به وقوع می‌پیوندد که دو طرف مخاصمه دولت نمی‌باشند. هرچند تا قبل از سال ۱۹۴۹ قدری این تعریف کامل و جامع می‌نمود.

۹. نک: ممتاز، دکتر جمشید و رنجبریان، دکتر امیرحسین (۱۳۸۷)، حقوق بین‌الملل بشر دوستانه؛ مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی، تهران: نشر میزان، ص. ۹۳؛ و ضیایی بیگدلی، دکتر محمدرضا (۱۳۹۲) حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران: انتشارات گنج دانش، ص. ۵۲

۱۰. The resolution is available at:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000956/095621E.pdf> (last visited in: 19/06/2015)

۱۱. Full text is available at:

<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq71.htm> (last visited in: 19/06/2015)

۱۲. Department of the Navy, The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, Naval Warfare Publication 1_14M, October 1995, para. 8.1.1;

Department of Defense, Military Commission Instruction No. 2, 30 April 2003, para. 5(D).

^{۱۳}. See: 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.

^{۱۴}. See: Department of Defense, Conduct of the Persian Gulf War, Appendix O, at 625; Department of the Army, Law of Land Warfare, para. 41; Department of the Air Force, Targeting Guide, Attachment 4, paras. A4.3_A4.3.1.3 and A4.5.2.

^{۱۵}. See, e.g., the legislation of Bulgaria (in Jean-Marie Henckaerts and Louise Dowald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. II (Practice), International Committee of the Red Cross 2005, Cambridge University Press., § 389), Estonia (ibid., § 392), Italy (ibid., § 393), Luxembourg (ibid., § 395), Netherlands (ibid., § 396), Nicaragua (ibid., § 397), Poland (ibid., § 399), Portugal (ibid., § 400), Romania (ibid., § 401), Spain (ibid., § 402) and Switzerland (ibid., § 403); see also the draft legislation of El Salvador (ibid., § 391) and Nicaragua (ibid., § 398).

^{۱۶}. Resolution of the Customs Co-operation Council on the Role of Customs in Preventing Illicit Trafficking of Cultural Objects (Brussels, July 2016)

^{۱۷}. Summary Record of Meetings, U.N. ESCOR, 7th Sess., Supp. No. 6, at 6, U.N. Doc. E/3/SR.175-225 (1948).

۱۸. در رابطه با عنصر معنوی جرم، حمله‌ی مورد بحث باید با قصد و علم انجام شود. (ICC Statute, arts.)

ICC Statute, arts. 8(2)(b)(ix) and 8(2)(e)(iv) و علم به معنی آگاهی از اینکه شرایط موجود است، است. (ICC Statute, art. 30(3))

بنابراین مرتکب بایستی عمداً مرتکب حمله‌ی مستقیم به اموال مزبور با علم به اینکه در زمره‌ی اموال

فرهنگی هستند بشود که برای این عنصر نمی‌توان به آسانی مبنای عرفی یافت.

^{۱۹}. See: Karadžić Indictment, Case No IT-95-5/18-PT, para. 43, count 9; Prosecutor v Blaškić (Judgment) (ICTY, Trial Chamber, Case No IT-95-14-T, 3 March 2000), para. 10, count 13

۲۰. به موجب این ماده: «دادگاه بین‌المللی حاضر از اختیار تعقیب و تحت پیگرد قرار دادن افرادی که قواعد و عرف

جنگ را نقض می‌کنند، برخوردار است. این موارد نقض - بدون قید حصر- شامل موارد زیر است:

...

ب) تخریب بی‌جهت شهرها، شهرک‌ها و روستاها، ویرانگری بدون توجیه ضرورت نظامی؛

ج) حمله به شهرها، شهرک‌ها، روستاها، منازل یا ساختمان‌های ... بی‌دفاع یا بمباران کردن آن‌ها به هر وسیله ...

ه) غارت اموال عمومی یا خصوصی.»

^{۲۱}. See also: Prosecutor v Deronjić (Sentencing Judgment) (ICTY, Trial Chamber II, Case No IT-02-61-S, 30 March 2004) [122]; Prosecutor v Babić (Sentencing Judgment) (ICTY, Trial Chamber I, Case No IT-03-72-S, 29 June 2004) [30]-[31];

Prosecutor v Krajišnik (Judgment) (ICTY, Trial Chamber I, Case No IT-00-39-T, 27 September 2006) [782]–[783]

۲۲. البته لازم به ذکر است که در هر سه مورد فوق، متهم مرتکب جرم جنگی نیز به مثابه‌ی جرائم علیه بشریت شده است چرا که تخریب و تاراج غیرقانونی اموال فرهنگی به موجب ماده‌ی ۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری جرم جنگی بوده و در عین حال طبق شق «ح» بند اول ماده ۷ آن اساسنامه جرائم علیه بشریت است.

۳۳. See: Tadić Trial (ICTY, Trial Chamber, Case No IT-94-1-T, 7 May 1997) [704];

Kordić Trial (ICTY, Trial Chamber, Case No IT-95-14/2-T, 26 February 2001) [205]; Naletilić Trial (ICTY, Trial Chamber, Case No IT-98-34-T, 31 March 2003) [698].



منابع

الف. فارسی

- ازغندی، سیدعلیرضا (۱۳۸۴) **جنگ و صلح: بررسی مسائل نظامی و استراتژیک**، تهران: انتشارات سمت.
- راجرز، آنتونی پ، مالرب، پل (۱۳۸۲) **قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه**، ترجمه کمیته‌ی ملی حقوق بشردوستانه، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- ضیایی بیگدلی، دکتر محمدرضا (۱۳۹۲) **حقوق بین‌الملل بشردوستانه**، تهران: انتشارات گنج دانش.
- ضیایی بیگدلی، دکتر محمدرضا (۱۳۸۰) **حقوق جنگ (حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه)**، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
- ممتاز، دکتر جمشید و رنجبریان، دکتر امیرحسین (۱۳۸۷)، **حقوق بین‌الملل بشر دوستانه؛ مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی**، تهران: نشر میزان
- نژندی منش، هیبت‌الله و الیاسی، زهرا، (۱۳۸۹) **حمایت از اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه**، تهران: انتشارات خرسندی
- فرانکیونی، فرانچسکو (۱۳۸۸)، «در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی»، ترجمه‌ی علیرضا ابراهیم گل و فرزانه آقاشاهی، **مجله‌ی حقوقی بین‌المللی**، سال بیست و ششم، شماره‌ی ۴۰، ۱۴۸ - ۱۲۷
- نوربهاء، دکتر رضا (۱۳۷۱ و ۱۳۷۲) «بررسی قرارداد حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه و اعمال آن در جنگ عراق علیه ایران»، **مجله‌ی حقوقی**، شماره‌ی ۱۶ و ۱۷، ۲۷۶-۱۸۷

ب. لاتین

- Fleck, Dieter (2009) **the Handbook of International Humanitarian Law**, London: Oxford University press.
- Henckaerts, Jean-Marie and Dowald-Beck, Louise (2007)

- Customary International Humanitarian Law**, vol. I (Rules), ICRC, Cambridge University Press.
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise (2005) **Customary International Humanitarian Law**, Vol. II (Practice), International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press.
- O’Keefe, Roger (2006) **The Protection of Cultural Property in Armed Conflict**, New York: Cambridge University press.
- Oppenheim, L., (1935) **International Law. A Treatise**, 5th edn, edited by H. Lauterpacht, vol. II. London: Longmans, Green
- Skubiszewski (1969) **Use of Force by States, Collective Security, Law of War and Neutrality**, in Max Sorensen, ed Manual of Public International Law, New York: St. Martin’s, 1969
- Carnegie Council for Ethics in International Affairs (2016) "Rethinking Cultural Genocide under International Law, Human Rights Dialogue: 'Cultural Rights,'" Carnegie Council for Ethics in International Affairs. Available at: https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html:pf_printable. (Last visited on: 02/08/2016)
- Driver, Mark C., (2000) "the Protection of Cultural Property during Wartime, **RECIEL**, Vol. 9, pp. 1-28.
- Fishman, Joseph P. (2010) "Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes", **Yale Journal of International Law**, Vol. 35, pp. 347-404
- Koivunen, Kristiina (2013) "Cultural genocide and Fayli Deportation, Examples of Genocide Process in Iraqi Kurdistan", **Journal of Zankoy Sulaimani**. Part B. No.41.
- Mako, Shamiran (2012) "Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience", **International Journal on Minority and Group Rights** 19, pp. 175–194.
- Morsink, Johannes (1999) "Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights", 21 **HUM. RTS. Q.** 1009.
- O’Keefe, Roger (2010) "Protection of Cultural Property under International Criminal Law", **Melbourne Journal of**

International Law, Vol. 11.

Posner, Eric A. (2006) “The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations”, **the Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, NO. 141

Puxley, Chinta (2015) “Aboriginal adoptees suing Ottawa for cultural genocide”, Global News, February 9, 2015, The Canadian Press

Avallable at: <http://globalnews.ca/news/1820290/aboriginal-adoptees-suing-ottawa-for-cultural-genocide/>. (Last visited: 01/08/2016)

Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, Adopted by the General Conference at its seventeenth session of UNESCO, Paris, 16 november 1972.

Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003.

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.

Convention on the Illicit Trade in Cultural Property

Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, UNESCO, Paris, 14 November 1970.

Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, Chapter Five

Draft Convention for the Prevention and Punishment of Genocide (UN Doc. E/447), annexed to ECOSOC res. 77 (V), 6 August 1947.

Iraqi Special Tribunal Statute

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol 1).

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, pp. 90_1,

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), para. 45, citing Reservations to the Convention on Genocide.

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, 3 May 1993

Resolution of the Customs Co-operation Council on the Role of Customs in Preventing Illicit Trafficking of Cultural Objects (Brussels, July 2016)

Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Italy

UN Commission on Human Rights, Res. 1998/70

UN Secretary-General, Second report pursuant to paragraph 14 of resolution 1284 (1999)

UN Security Council, Res. 686 and 687

UNESCO General Conference, Res. 3.5

UNESCO, Press Release No. 2001-27

UNESCO, Press Release No. 2001-38

United Nations, Secretary-General's Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999

United Nations, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, 19 December 2005

Hadz'ihasanovic' and Kubura, Appeals Chamber Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98 bis Motions for Acquittal, paras. 44 and 46_8.

Prosecutor v. Blas'kic', IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgment, 29 July 2004, para. 157.

Prosecutor v. Blas'kic', IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgment, 29 July 2004, para. 157.

Prosecutor v. Galic', IT-98-29-T, Trial Chamber Judgment, 5 December 2003, paras. 57_8.

Prosecutor v. Hadz'ihasanovic' and Kubura, IT-01-47-AR73.3, Appeals Chamber Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98 bis Motions for Acquittal, 11 March 2005

Prosecutor v. Jokic', IT-01-42/1-S, Trial Chamber Sentencing Judgment, 18 March 2004.

Prosecutor v. Kordic' and C'erkez, IT-95-14/2-T, Trial

Chamber Judgment, 26 February 2001

Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-A, Appeals Chamber Judgment, 19 April 2004.

Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001.

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuković, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeals Chamber Judgment, 12 June 2002

Prosecutor v. Naletilić and Martinović, IT-98-34-T, Trial Chamber Judgment, 31 March 2003

Prosecutor v. Strugar, IT-01-42-T, Trial Chamber Judgment, 31 January 2005

Prosecutor v. Strugar, Jokić and others, IT-01-42-AR72, Appeals Chamber Decision on Interlocutory Appeal, 22 November 2002

Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15 July 1999, para. 305; Brđjanin, para. 1024.

Milutinović Trial (ICTY, Trial Chamber, Case No IT-05-87-T, 26 February 2009)

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), ICJ Reports 1984,

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, ICJ Advisory Opinion, 1996, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry,

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), ICJ Reports 1969,

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15 at p. 23. See also **Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)**, ICJ General List No. 126, Jurisdiction and Admissibility, 3 February 2006.

Bevclerc. Italy, Application no. 33202/96, ECHR, decision 5 January 2000.

Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, Misc. No. 12 (1946), Cmd 6964.