

تکلیف بر مشورت بومیان در حقوق بین‌الملل با تکیه بر مطالعات موردی

مهسا محمد زاده لاجوردی^۱ - محمود جلالی^۲ - مسعود راعی^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۶/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۸/۲۲

چکیده:

تکلیف بر مشورت بومیان در حقوق بین‌الملل به دلیل مبتنی بودن بر قواعد آمره حقوق بین‌الملل به ویژه منبع تبعیض و درج در اسناد مهم حقوق بین‌الملل همچون ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی از جایگاه مهمی در حقوق بین‌الملل برخوردار می‌باشد. سوال اصلی تحقیق حاضر آن است که تکلیف بر مشورت بومیان به چه نحوی در حقوق بین‌الملل اجرایی می‌شود؟ نتیجه تحقیق حاضر بدین صورت است که اولاً، هدف از اجرای تکلیف بر مشورت بومیان بایستی تضمین صیانت و تحقق حقوق آنها باشد. ثانیاً، تصمیم‌گیری در مورد اینکه چه وضعیت‌هایی محتاج مشورت هستند بسته به یک ارزیابی دوگانه یعنی ویژگی عام و خاص تعهد به مشورت، دارد. ثالثاً، تعهد به مشورت بر عهده دولت هاست و نمی‌تواند اجرای آن به بازیگران خصوصی یا مردمان بومی محول شود. رابعاً، موثر بودن مشورت فقط به عناصری که در بالا ذکر شدند بستگی ندارد بلکه نهایتاً متکی به شرایط حاکمی است که یک دولت طبق آن شرایط تصمیم‌گیری می‌کند.

واژگان کلیدی: تکلیف بر مشورت، اسناد حقوق بین‌الملل، بومیان، تنوع فرهنگی، حقوق جمعی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

^۱ - دانشجوی دکتری، حقوق بین‌الملل، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران
mm.lajvardi@gmail.com

^۲ - دانشیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران؛ نویسنده مسئول
m.jalali@ase.ui.ac.ir

^۳ - دانشیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران
masoudraei@yahoo.com

بیان مساله :

رژیم حقوقی مردمان بومی به نحو استواری در قواعد حقوق بین‌الملل ریشه دارد.^۱ این معیارها هم در اثر توسعه حقوق عام همچون منع تبعیض و هم حقوق خاص ایجاد شده است و هم از نظر تاریخی و عملی به نحو جداناپذیری با هم مرتبط هستند. حقوق عام که مبتنی بر برابری و منع تبعیض است برای حمایت از حقوق گروه‌ها کافی به نظر نمی‌رسد.^۲ هدف از حقوق خاص^۳ صیانت از گروه‌هایی است که هم هویت متفاوت و هم درجه آسیب‌پذیری متفاوتی دارند. به هر حال سوالاتی در مورد حقوق خاص ایجاد می‌شود، اول اینکه؛ چرا چارچوب حقوق بشر عام که مبتنی بر برابری و منع تبعیض است برای حمایت از حقوق گروه‌ها کافی به نظر نمی‌رسد و دوم، آیا حقوق خاص فقط امتیازاتی در مقابل دیگر گروه‌ها و افراد نیست؟

رویه ارکان معاهده‌های تنوع فرهنگی را به رسمیت شناخته و رویه‌های فرهنگی مضر را رد کرده و اقدامات خاصی را پیشنهاد داده است. (حیدری، ۱۳۹۳: ۴۸-۴۷) در حقیقت ارکان

^۱ - در مقایسه با حجم قابل توجهی از مطالعات حقوق بشری که در موسسات علمی و دانشگاه‌های خارجی صورت گرفته است و می‌گیرد توجه به ابعاد مختلف حقوق بومیان در ادبیات حقوقی کشورمان بسیار اندک بوده است. تنها منابع فارسی در این زمینه، گزارشی است با عنوان ((بررسی جایگاه حقوق مردمان بومی در موازین بین‌المللی حقوق بشر)) که در سال ۱۳۸۹ از سوی امور بین‌الملل کمیسیون حقوق بشر اسلامی تهیه شده و نیز نقد و بررسی که با عنوان ((مردمان بومی در حقوق بین‌الملل)) در شماره دوم فصلنامه مطالعات بین‌المللی در پاییز ۱۳۸۳ به رشته تحریر درآمده است و در آخر، رساله‌ای با عنوان ((حمایت از اقلیت‌ها در رویه قضایی بین‌المللی)) که ستار عزیزی در سال ۱۳۸۵ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ارائه داده است.

^۲ - پنج هفته پس از تصویب اعلامیه حقوق بومیان از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد، دیوان عالی بلیز در قضیه کال علیه دادستان کل (Cal v. Attorney General) رأی صادر کرد که اولین رأی بود که با رجوع به اعلامیه حقوق بومیان سازمان ملل متحد صادر گردیده بود. در دعوی فوق، دیوان بلیز اعلام نمود که حکومت ملی می‌بایستی تصرف عرفی زمین‌های مایا در بلیز را به رسمیت بشناسد. دیوان اعلام کرد که مردمان بومی حقوق جمعی نسبت به زمین‌ها، منابع و محیط زیست خویش دارند، دیوان ابراز داشت که بومیان مایا پیش از استعمار اروپایی‌ها حق تصرف بر زمین‌ها، کشاورزی، شکار و ماهیگیری داشته و حق مذکور تا به امروز هم لازم الاجراء باقی مانده است. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که دولت بلیز حق ندارد به صورت یکجانبه حقوق سرزمینی بومیان را منسوخ نماید. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه ن. ک به : اکبریان خطبه سرا، اکبر؛ حمایت از حقوق مردمان بومی در حقوق بین‌الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۹۱، صص ۱۶-۱۷.

^۳ - Sui Generis

^۴ - البته بایستی این امر را افزود که نسبت حقوق بشر و تنوع فرهنگی از مسایل مهم در حوزه حقوق بشر بین‌الملل است. در این حوزه، دو گفتمان جهان شمولی حقوق بشر و نسبت‌گرایی حقوق بشر قابل تفکیک هستند. اینکه دولت‌ها و جامعه بشری از دریچه کدام یک از گفتمان‌ها به تفسیر و اجرای حقوق بشر بپردازند، نتیجه متفاوت خواهد داشت. همچنین، تعریف فرهنگ در تنوع فرهنگی در حقوق بین‌الملل، تعریفی است که سازمان یونسکو به عنوان متولی امر فرهنگ، آن را در یکی از مهمترین گردهمایی‌های بین‌المللی در حیطه مباحث فرهنگی در کنفرانس جهانی درباره سیاست‌های فرهنگی که در سال ۱۹۸۲ میلادی در مکزیکوسیتی برگزار گردید ارائه داد. بر این اساس، ((فرهنگ، کلیتی است ترکیب یافته از خصوصیات متفاوت روحی، مادی، فکری و احساسی که معرف یک جامعه یا یک گروه اجتماعی است. فرهنگ نه فقط هنر و ادبیات را شامل می-

معاهده‌ای با توجه به جایگاه مواد در ساختار اسناد مربوط به حقوق مردمان بومی و با اشاره به اسناد خاص و تصویب نظرات عام و توصیه‌ها، حقوق خاصی را ترویج کرده و آن را به گروه‌های متفاوتی اختصاص داده است. (آدو، ۲۰۱۰: ۶۰۱) سوم اینکه، شناسایی حقوق جمعی مربوط به مردمان بومی به تنهایی مجموعه‌ای از پرسش‌ها را ایجاد می‌کند از جمله اینکه آیا حقوق جمعی می‌توان حقوق بشری باشد و اینکه چه توجیهاتی برای حقوق جمعی ارائه شده است؟ (صلح چی، درگاهی، ۱۳۹۲: ۱۴۳) همچنین چگونه می‌توان دارندگان حقوق جمعی را تعریف کرد و این حقوق چه تبعاتی برای حقوق فردی که گفتمان غالب در حقوق بین‌الملل بشر است دارد؟ تبعات این حقوق برای دولت چیست؟ به هر حال پذیرفته شده است که اجرای حقوق جمعی باید با حقوق بین‌الملل بشر و مقدمات حقوق فردی منطبق باشد. بنابراین حقوق جمعی باید به عنوان حمایتگر جامعه علیه فشار خارجی عمل نکند نه اینکه خود به محدودیت‌های داخلی درون گروه منجر شود. (Jovanović, 2005. 647)

چهارم، چگونه یک گروه به عنوان گروهی مجزا از گروه‌های دیگر تمییز داده شود؟ به عبارت دیگر چگونه می‌توان فهمید شخصی به این گروه تعلق دارد؟ نکته قابل توجه آن است که هیچ تعریف بین‌المللی از افراد بومی وجود ندارد تا بتوان بر مبنای آن به این پرسش‌ها پاسخ داد. فقط ویژگی‌های به رسمیت شناخته شده‌ای از سوی اسناد هنجاری، نهادهای معاهده‌ای و دکترین وجود دارد؛ با این حال حقوق بین‌الملل بشر حق بر عضویت در یک گروه را بر اساس معیارهای عینی و ذهنی پذیرفته است. هرکس حق دارد خود را عضو یک گروه معین معرفی کند و در عین حال همان گروه و قوانین آن ادعاهای مربوط به عضویت در یک گروه را مورد تایید قرار

شود بلکه شیوه‌های زندگی، حقوق بنیادین انسانها، نظام ارزشی، سنت‌ها و باورها را در برمی‌گیرد)). برای اطلاعات بیشتر در این باره ن. ک به: حیدری، فریبا؛ نسبت حقوق بشر و تنوع فرهنگی، فصلنامه مطالعاتی صیانت از حقوق

۱ - تلاش‌های علمای حقوق بشر موجب دسته‌بندی حقوق بشر بر اساس نظریه نسل‌های حقوق بشر شد. این نسل‌ها عبارتند از نسل اول حقوق بشر یا حقوق منفی؛ نسل دوم حقوق بشر یا حقوق مثبت و نسل سوم حقوق بشر یا حقوق هم‌بستگی که با عنوان حقوق جمعی نیز از آن یاد می‌شود. با توجه به این موضوع، عده‌ای آن را حقوق متعلق به جمع می‌دانند. در مقابل، عده‌ای معتقدند که جمع نمی‌تواند صاحب حق شود. با انتقاداتی که از نسل سوم حقوق بشر شده است برخی آن را حقوق نمی‌دانند بلکه مجموعه‌ای از ارزش‌ها یا اخلاقیات جهانی می‌دانند و برخی نسل سوم حقوق بشر را به دلیل نارسایی‌های نسل اول و دوم، ضروری می‌دانند.

می‌دهد.^۱ با توجه به این چهار پرسش و پاسخ‌های آن، حق بر مشورت به عنوان یک حق جمعی، برخورداری برابر از حقوق بشر به قصد حصول به برابری ماهوی یا عملی را تضمین می‌کند.

تحقیق حاضر از نظر هدف در گروه تحقیقات کاربردی قرار می‌گیرد زیرا نتایج حاصل از این تحقیق می‌تواند به توسعه دانش در زمینه بومیان در حقوق بین‌الملل کمک نماید. از نظر شیوه گردآوری اطلاعات در تحقیق حاضر از شیوه استنادی یا کتابخانه‌ای برای جمع‌آوری اطلاعات استفاده شده است.

تکلیف بر مشورت بومیان از منظر حقوق بین‌الملل بشر

حق بر مشورت در چارچوب هنجار بین‌المللی به نحو کاملاً مستحکمی بنا شده و به عنوان اصل اساسی حقوق بین‌الملل بشر در میان کلیه معاهدات حقوق بشر منطقه‌ای و بین‌المللی دیده می‌شود. در خصوص حقوق اقلیتها ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و نظریه عام شماره ۲۳ کمیته حقوق بشر قابل توجه است. حق بر مشارکت نیز در ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی انعکاس یافته است. درباره هنجارهای خاص مردم بومی نیز اعلامیه ملل متحد راجع به حقوق مردمان بومی و کنوانسیون بین‌المللی کار در خصوص مردمان بومی و قبایلی در کشورهای غیرمستقل شماره

^۱ - the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (cescr) General Comment 20 and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (cerd) General Recommendation 32

^۲ - ماده ۲۷ مقرر می‌دارد: ((در کشورهایی که اقلیت نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند، افراد متعلق به این اقلیت‌ها را نباید از حق تشکیل اجتماع یا سایر اعضای گروه خود، بهره مندی از فرهنگ و ابزار و انجام فرایض دینی و کاربرد زبان خودشان محروم نمود)).

^۳ - ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر بیان می‌دارد: ((الف - هرکس حق دارد که در اداره عمومی کشور خود خواه مستقیماً و خواه با وساطت نمایندگانی که آزادانه انتخاب شده باشد شرکت جوید. ب- هرکس حق دارد با تساوی شرایط به مشاغل عمومی کشور خود نایل شود؛ ج- اساس و منشأ قدرت حکومت، اراده مردم است. این اراده باید به وسیله انتخاباتی ابراز گردد که از روی صداقت و به طور ادواری صورت می‌پذیرد. انتخابات باید به صورت عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رای مخفی یا طریق‌های نظیر آن انجام گیرد که آزادی رای را تأمین نماید)).

^۴ - ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: ((هر انسان عضو اجتماع حق و امکان خواهد داشت بدون در نظر گرفتن هیچ یک از تبعیضات مذکور در ماده ۲ و بدون محدودیت غیرمعمول: الف- در اداره عمومی بالمباشره یا به واسطه نمایندگانی که آزاد انتخاب شوند، شرکت نماید؛ ب- در انتخابات ادواری که از روی صحت به آرای عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین کننده بیان آزادانه اراده انتخاب کنندگان باشد رای بدهد و انتخاب بشود؛ ج- با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نایل شود)).

۱۶۹ دو سند خاص حقوق بین‌الملل بشر هستند.^۱ سند اخیر از نظر حقوقی الزام آور است اما سند نخست چنین ویژگی‌ای ندارد. عده‌ای معتقدند که اعلامیه مردمان بومی در حقوق بین‌الملل جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی دارد و عده‌ای دیگر معتقدند در نظر گرفتن چنین جایگاهی زود است. با وجود این، اغلب مفسران اهمیت اعلامیه را در ارائه صیانت هنجاری گسترده از مردمان بومی به ویژه ارائه حقوق جمعی گسترده همچون حق بر تعیین سرنوشت و ترویج هماهنگی با تحقق حقوق مردمان بومی به رسمیت شناخته‌اند. (Gilbert, 2006: 25) علاوه بر این اسناد، سند سیاست بانکی ۴،۱۰، مفهوم مشورت آزادانه و ارادی با بومیان را به رسمیت می‌شناسد. در سطح منطقه‌ای جز رویه ناقصی که مربوط به تدوین اعلامیه امریکایی حقوق مردمان بومی وجود دارد هیچ سند مرتبطی دیده نمی‌شود. در ماده یک این اعلامیه تصریح شده است که دولت‌های عضو سازمان کشورهای آمریکایی این امر را به رسمیت می‌شناسند که ((بومیان آمریکایی یک بخش سازمان یافته، مجزا و محوری جمعیتشان بوده و بخشی از هویت ملی کشورشان می‌باشند و نقش خاصی در تقویت نهادها در دولت و استقرار وحدت ملی مبتنی بر اصول دموکراتیک ایفاء می‌نمایند)). (Maria, 2017: 167) این رویه قضایی نیز به نظر مترقیانه و تکاملی است و تفسیر فرامتنی آن از کنوانسیون امریکایی حقوق بشر صیانت گسترده از مردمان بومی را ارائه می‌دهد. مشابه این وضعیت در ساختار آفریقا پرونده‌های با عنوان اندوریز پیشرفت قابل توجهی برای حقوق مردمان بومی است. علاوه بر این ساز و کارهای منطقه‌ای همراه با برخی ماموریت‌های ویژه همچون گزارشگر ویژه درباره مردمان بومی و گزارشگر ویژه درباره فرزندان آفریقایی در کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و مردم و کارگروه آفریقایی کارشناسان درباره جمعیت‌های بومی نقش مهمی بازی می‌کند. (Watson, 2011: 85-87)^۱

^۱- Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (Entry into force: 05 Sep 1991)

^۲- The Inter-American Declaration of the Rights of Indigenous People

^۳- این نکته نیز قابل توجه است که دو سند بنیادین که بر نظام حقوق بشر آمریکایی حاکم می‌باشد یعنی اعلامیه امریکایی حقوق و تکالیف انسان (۱۹۴۸) و کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ میلادی فاقد قواعد خاصی در ارتباط با بومیان می‌باشند. با پذیرش اعلامیه امریکایی حقوق بومیان توسط سازمان کشورهای آمریکایی در ژوئن ۲۰۱۶ میلادی، نظام حقوق بومیان این سازمان بین‌المللی تلاش نمود تا با قواعد سازمان ملل متحد در ارتباط با حمایت حقوقی از بومیان همراه و همگام شود. در این ارتباط، ماده ۲۳ این اعلامیه متضمن یک تحول اساسی در زمینه حقوق بومیان در منطقه آمریکا بوده به نحوی که دولت‌های عضو مکلف شده‌اند تا قبل از هرگونه اقدام قانون گذارانه یا اجرایی که بر حقوق بومیان تأثیر بگذارد با آنها مشورت نمایند).

^۴- African Commission on Human and People's Rights

^۵- Working Group on Indigenous Populations / Communities

ارکان معاهده‌ای شامل کمیته کارشناسان سازمان بین‌المللی کار درباره اجرای کنوانسیون-ها و توصیه نامه‌ها، گزارشگر ویژه درباره موقعیت حقوق بشر و آزادی بنیادین مردمان بومی، سازوکار کارشناسی درباره حقوق مردمان بومی و گروه دائمی درباره مسائل مربوط به مردمان بومی، در تعامل پویا با نهادهای بین‌المللی تفسیر مترقیانه را پیش برده‌اند. در مجموع می‌توان گفت که حقوق مردمان بومی در اسناد الزام آور و غیرالزام آور کنوانسیون‌های عام و خاص حقوق بشری و رویه ارکان شبه قضایی و دیوان‌های منطقه‌ای ریشه دارد. (-Saul, 2016. 31) 33^۲

برای بررسی مفاد ماهوی حق مشورت، بارزترین هنجار در ماده ۶(۱) کنوانسیون ۱۶۹ آمده است. طبق این ماده دولت‌ها در اجرای مقررات کنوانسیون باید: الف- در هنگام تصمیم‌گیری جهت انجام اقدامات قانونی یا اجرایی که ممکن است به طور مستقیم بر زندگی مردمان بومی تأثیر بگذارد با به کارگیری رویه‌های مناسب به ویژه از طریق نمایندگان این مردم با آنها مشورت کنند.^۳ ماده ۶ (۲) چنین مقرر می‌کند: ۱- مشورت‌های انجام شده در کنوانسیون‌های اجرا شده باید بر حسن نیت و متناسب با شرایط با هدف دستیابی به توافق یا رضایت در مورد

^۱ در بیست و نهمین جلسه عادی کمیسیون حقوق بشر و مردم آفریقایی بود که وضعیت حقوق بشر بومیان آفریقایی مورد توجه قرار گرفت. از این اجلاس به بعد، نمایندگان جوامع بومیان آفریقایی در هر جلسه اتحادیه آفریقایی راجع به حقوق بومیان شرکت نموده‌اند. کمیسیون به منظور تحقق یک مبنای مناسب‌تر برای پیشبرد بحث‌ها و تنظیم توصیه‌ها، کارگروه جوامع بومی را در سال ۲۰۰۱ میلادی ایجاد نمود. این کارگروه در مشورت با کارشناسان حقوق بومیان و نمایندگان جوامع بومی آفریقایی، گزارش کارگروه در مورد وضعیت حقوق بشر بومیان در آفریقا را تهیه و منتشر نمود. این گزارش در سال ۲۰۰۳ میلادی تهیه و در سال ۲۰۰۵ منتشر گردید.

^۲ نکته مهم در مورد حمایت بین‌المللی از حقوق بومیان توسط کنوانسیون‌ها و اسناد حقوقی بین‌المللی در اینجا آن است که تعریف بومی از منظر حقوق بین‌الملل را بازشناسیم. بر مبنای تعریفی که توسط گزارشگر ویژه کمیسیون فرعی پیشگیری از تبعیض و حمایت از اقلیتها (The United Nations Special Rapporteur to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Prevention of Minorities) ارائه شده است: ((آنهایی که جوامعی بوده‌اند که پیش از دوران استعمار یا اشغال وجود داشته و استمرار تاریخی داشته‌اند و در قلمروهایشان توسعه پیدا کرده‌اند و خودشان را مجزا از سایر بخش‌های جوامع خود می‌بینند و اکنون در آن جوامع به عنوان بخش‌های غالبی درآمده‌اند، به عنوان اقلیت محسوب نشده و اقلیت آن دسته از بخش‌های جامعه است که هنوز نتوانسته است غالبیت در جامعه پیدا نماید)).

1. " In applying the provisions of this Convention, governments shall:(a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly ... "

اقدامات پیشنهادی انجام شود^۱ و ماده ۱۹ اعلامیه مقرر می‌کند: دولتها باید با حسن نیت با مردمان بومی مربوطه از طریق نهادهای نمایندگی خود آنان به منظور جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه ایشان قبل از تصویب و اجرای تدابیر قانونی و اداری که ممکن است بر زندگی آنان اثر بگذارد مشورت و همکاری کنند.^۲

حق بر مشورت و حق بر مشارکت که با این حق در ارتباط است مبنای کنوانسیون ۱۶۹ را می‌سازند و در مقررات مختلف دیگری نیز ریشه دارند. مشورت و مشارکت با یکدیگر در ارتباط بوده و به نحو جدایی ناپذیری با تعیین سرنوشت گره خورده‌اند. در این خصوص ساز و کار کارشناسی درباره حقوق مردمان بومی مقرر می‌کند که "تعهدات مربوط به مشورت با مردمان بومی و جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه آنها عناصر کلیدی حق بر تعیین سرنوشت هستند". این عناصر در چهار عنوان عام حاصل می‌شود: هدف و موضوع؛ ضرورت مشورت و رضایت؛ چگونگی انجام مشورت؛ نتیجه، تصمیم‌گیری و رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه. در مبحث بعدی به اجزای حق بر مشورت بومیان پرداخته می‌شود.

۲- اجزای حق بر مشورت بومیان از منظر حقوق بین‌الملل بشر

۲-۱- هدف و موضوع

حق بر مشورت و مشارکت تشکیل دهنده هنجارها و اصول بنیادینی است که هدفشان تضمین صیانت و تحقق حقوق مردمان بومی است. به گفته گزارشگر ویژه، هدف مشورت این است که "در عوض الگوی تاریخی حذف (مردمان بومی) از رویه‌های تصمیم‌گیری، از تحمیل تصمیم‌های مهم (بدون مشورت مردمان بومی) بر مردمان بومی خودداری شود".^۱ کنوانسیون ۱۶۹ مقرر کرده است که مشورت باید به توافق یا رضایت (مردمان بومی) منجر شود. به علاوه، کنوانسیون بر ارزش معنوی ارتباط بومیان با سرزمین شان تاکید نموده و ماده هفت کنوانسیون نیز همین موضوع را مورد تکرار قرار می‌دهد. (Short, 2015: 108-107) اما اعلامیه آشکارا و صرفاً به رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه به عنوان هدف نهایی مشورت ارجاع می‌دهد در حالی که کنوانسیون ۱۶۹ به "حصول" به توافق یا رضایت (مردمان بومی) اشاره دارد. بنابراین از منظر

^۱-"establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them"

^۲- علاوه بر این ماده بایستی به بند ۲ ماده ۳۲ این اعلامیه نیز در این ارتباط توجه نمود.

ماهوی اعلامیه صیانت مستحکم تری از مردمان بومی در مقابل تصمیماتی که آنها را متاثر می‌کند ارائه می‌دهد.

۲-۲- ضرورت مشورت و رضایت

تصمیم‌گیری در مورد اینکه چه وضعیت‌هایی محتاج مشورت هستند بسته به یک ارزیابی دوگانه یعنی ویژگی عام و خاص تعهد به مشورت، دارد. (Rhinnon, 2016. 164-166) نخست با اشاره به اقدامات اداری و قانون‌گذاری همه تصمیماتی که حقوق مردمان بومی را تحت تاثیر قرار می‌دهد مستلزم مشورت با آنهاست. دوم کنوانسیون ۱۶۹ مقرر می‌دارد که فقط موارد خاصی محتاج مشورت هستند. قبل از هرگونه فعالیت‌های اکتشاف و بهره‌برداری از منابع طبیعی زیرزمینی در سرزمین‌های مربوط به مردمان بومی (ماده ۱۵(۲))؛ انتقال سرزمین مردمان بومی به اطراف ثالث (ماده ۱۷)؛ پیش از جابجایی مردمان بومی (ماده ۱۶(۲)). در این موارد رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه ضروری است. در مورد آموزش‌های حرفه‌ای به مردمان بومی (ماده ۲۲)؛ و اقدامات مربوط به تضمین آموزش زبان مردمان بومی (ماده ۲۸) که در این موارد مشورت ضروری است. اعلامیه همچنین در حالی که صراحتاً به این موارد اشاره دارد از رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه در مورد همه اقداماتی اشاره می‌کند که مردمان بومی را تحت تاثیر قرار می‌دهد: انتقال مردمان بومی به خارج از سرزمینشان (ماده ۱۰) و ریختن مواد سمی بر سرزمین‌هایشان (ماده ۲۹(۲)). همچنین رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه در مورد صیانت از حق بر سرزمین و زمین‌ها نیز به کار رفته است (ماده ۳۲(۲)) و همچنین برای تضمین جبران خسارت در مواردی که خدش‌های بدون رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه مردمان بومی به دارایی‌های معنوی، مذهبی و روحی (ماده ۱۱(۲)) و اموال و سرزمین‌های آنها وارد شده است. (ماده ۲۸(۱)).

کمیته رفع تبعیض نژادی نیز به نوبه خود به نحو نظام‌مندی اصرار دارد که دولت‌ها رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه را در مورد همه اقداماتی که مردمان بومی را تحت تاثیر قرار می‌دهد به دست آورده و تاکید دارد "نباید هیچ تصمیمی که مستقیماً حقوق و منافع مردمان بومی را

^{۱-} در مجموع می‌توان این چنین دریافت که زمانی اقدام با مشورت با بومیان می‌شود که اولاً اقدامات قانون‌گذاری یا اجرایی مدنظر قرار بگیرد. ثانیاً بایستی قبل از استفاده و بهره‌برداری از منابع زیر سطحی باشد. ثالثاً اقدام با مشورت با بومیان در مورد انتقال سرزمین‌ها بدانها بایستی با رضایت آزادانه و اراده آنها صورت گرفته باشد.

2- Committee on Elimination of Racial Discrimination

تحت تاثیر قرار می‌دهد بدون رضایت آگاهانه این مردمان اتخاذ شود". (Garcia-alex, 2003). 42-43) علاوه بر این و هماهنگ با مواردی که در اعلامیه مردمان بومی و کنوانسیون ۱۶۹ مشخص شده است رویه قضایی دیوان آمریکایی رضایت را در موارد مربوط به سرمایه گذاری و پروژه‌های توسعه که مردمان بومی را از حقیقت بر زمین و منابع طبیعی محروم می‌کند ضروری شناخته و مشورت را به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل که مستقیماً قابل اجراست لحاظ می‌کند. همچنین کاملاً تثبیت شده است که تاثیر فراوان پروژه‌های وسیع بر مردمان بومی نیاز به رضایت دارد. علاوه بر این کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر می‌کند که یک دولت عضو "میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی" یک تعهد اصلی دارد که آن زمان که اقداماتی ممکن است "حفظ منابع فرهنگی مردمان بومی به ویژه آن منابعی که با زندگی و تجلی گاه فرهنگی این مردمان پیوند دارد" تحت تاثیر بگذارند رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه آنها را جلب کند.

بنابراین فراتر از مواردی که در اسناد بین‌المللی ذکر شده‌اند اعلامیه مردم بومی و رویه کمیته رفع تبعیض نژادی تایید می‌کنند هر زمان اقدامی بر مردمان بومی اثر دارد رضایت قبلی، آزادانه و آگاهانه آنها ضروری است. ضرورت جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه این سوال را مطرح می‌کند که چه کسی تعیین می‌کند که یک پروژه بر زندگی یک جامعه یا حقوقشان تاثیرگذار است". در حالی که سیستم آمریکایی و کمیته رفع تبعیض نژادی از موجودیت‌های مستقل برای ارزیابی‌های مربوط به تاثیر یک اقدام بر حیات گروه‌ها یا حقوق مردمان آن گروه سخن می‌گوید، به هر حال مردمان بومی باید یکی از کسانی باشند که معین می‌کنند تحت چه شرایطی رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه ضروری است.

۲-۳- چگونگی انجام مشورت

تعهد به مشورت بر عهده دولت‌هاست و نمی‌تواند اجرای آن به بازیگران خصوصی یا مردمان بومی محول شود. این تعهد شامل این است که مشخص شود چه زمانی مشورت لازم است و هم این که اجرای مشورت تضمین شود. مشورت باید با حسن نیت و با این دید انجام شود که دیدگاه‌های مردمان بومی به نحو موثری مورد توجه قرار گیرد، توافق آنها کسب شده و مولفه‌های مربوط به بیان مستمر رضایت وجود داشته باشد، به روشی که مناسب با اوضاع و احوال و فرهنگ مردم بومی بوده و با نمایندگان سازمان‌های متعلق به مردمان بومی انجام

شود؛ قبل از هرگونه تصمیم‌گیری صورت پذیرد و مدت زمانی که برای احترام گذاشتن به عرف‌ها و سنت‌های مردمان بومی کافی است در نظر گرفته شود؛ بدون هر شکلی از اجبار انجام شده و همراه با اطلاعات و منابع مربوطه باشد. در اعلامیه مردمان ملل متحد وجود این عناصر تشکیل دهنده رضایت است. نهایتاً این اصل دیگر وجود دارد. نخست اینکه هیچ‌الگوی عام مشورت وجود ندارد و در هر مورد اوضاع و احوال خاص و هویت فرهنگی مردمان بومی باید به عنوان عناصر تعیین‌کننده الگوهای مشورت در نظر گرفته شوند. دوم، مشورت به خودی خود اقدامی است که بر مردمان بومی اثر می‌گذارد و متعاقباً دولتها تعهد دارند که مشورت را یا امور پیش مشورت را تسهیل کرده و تعیین کنند که چگونه مشورت درباره مسائلی که جوامع مورد نظر را تحت تاثیر قرار می‌دهد انجام شود.

۲-۴- نتیجه، تصمیم‌گیری و رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه

موثر بودن مشورت فقط به عناصری که در بالا ذکر شدند بستگی ندارد بلکه نهایتاً متکی به شرایط حاکمی است که یک دولت طبق آن شرایط تصمیم‌گیری می‌کند. عملاً نتیجه مشورت باید از خود تصمیم‌گیری که یک دولت پس از مشورت انجام می‌دهد متمایز گردد. در این خصوص مساله قلمرو ضرورت رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه تفاسیر متعارض و متفاوتی را ایجاد کرده است. لغات استفاده شده توسط ارکان معاهده‌ای درباره ضرورت رضایت گوناگون است به گونه‌ای که برخی اوقات عبارات ضعیف‌تر "جست و جو" و "تلاش" برای جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه به کار برده شده و برخی اوقات عبارات قوی‌تر همچون "جلب" و "ضرورت" رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه استفاده شده است. (J. and Doyle, C, 2011.55). چنین تحلیل‌هایی بازتاب دو دیدگاه متفاوت درباره رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه است.

رویکرد مترقی می‌گوید که همه اقداماتی که مردمان بومی را متاثر می‌کند رضایت را به عنوان ظهور حق بر تعیین حق سرنوشت ضروری می‌سازد در حالی که در رویکرد منعطف ضرورت به موارد تاثیر عمده بر حقوق گروه‌های بومی محدود است. طبق رویه قضایی دیوان آمریکایی در موارد دوم است که، تعهد مشخص به جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه ضروری است. کمیته کارشناسان سازمان بین‌المللی کار درباره اجرای کنوانسیون‌ها و توصیه‌نامه‌های مربوط به مردمان بومی در خصوص نتیجه، این دیدگاه را داشته است که "مشورتهای متضمن حق وتوی (مردمان بومی) نیست همچنین نتیجه نباید ضرورتاً به حصول به توافق یا رضایت منجر

شود". بنابراین نتیجه می‌تواند هم متضمن توافق باشد و هم عدم توافق. بنا به رویکرد منعطف نسبت به رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه دولت در هر دو وضعیت توافق یا عدم توافق صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص اقدامات مورد مشورت را دارد. در وضعیت توافق، ضروری است دولت احترام مقتضی به اجرای مفاد نتیجه را به واسطه اصل حسن نیت داشته باشد.

رویه قضایی دیوان آمریکایی دولت را متعهد به توجه مقتضی به نتیجه حاصل از مشورت کرده است. دولت وظیفه دارد که دیدگاه‌های مورد مشورت را همساز کرده و متعاقبا تصمیم معقولی اتخاذ کند. به عبارت دیگر دولت متعهد است که دلایل معقول و اهداف معقول برای آنچه که انجام نمی‌دهد ارائه کند. این رویکرد منعطف متعارض با ماده ۱۹ اعلامیه مربوط به مردمان بومی است که مطابق آن یک دولت تنها زمانی باید تصمیمات اثرگذار بر مردمان بومی را اجرا کند که رضایت آن مردمان به نحو مقتضی دریافت شده باشد. در خصوص حق وتوی مردمان بومی، گزارشگر ویژه و رویه قضایی دیوان آمریکایی از تفسیر کمیته کارشناسان سازمان بین‌المللی کار درباره اجرای کنوانسیون‌ها و توصیه‌نامه‌های مردمان بومی تبعیت می‌کنند.

گزارشگر ویژه می‌گوید حق بر مشورت «به مردمان بومی قدرت و تو ارائه نمی‌کند» و اینکه «اصول مربوط به مشورت و رضایت به مردمان بومی این حق را اعطا نمی‌کند که به طور یکجانبه اراده شان را بر دولت تحمیل کنند زمانی که آن دولت به نحو مشروع و صادقانه‌ای در راستای منافع عموم اقدام می‌کند... در عوض اصول مشورت و رضایت هدفشان اجتناب از تحمیل خواست یک طرف بر طرف دیگر است و در عوض برای درک مشترک و تصمیم‌گیری اجماعی تلاش می‌کند». اما شرایط مربوط به روابط مبتنی بر اجماع میان دولت‌ها و مردمان بومی به عنوان موجودیت‌های برابر اغلب اوقات در عمل وجود ندارد. با توجه به توازن قوا که همیشه به سوی دولت است گفتگو میان موجودیت‌های برابر مستلزم اقدامات خاص به سوی کسانی است که به طور سنتی به حاشیه رانده شده‌اند. تعهد به جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه از مردمان بومی در راستای همین هدف خدمت می‌کند. «تعهد دولت‌ها به جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه تایید می‌کند که مردمان بومی این امتیاز را دارند که از بیان رضایت خودداری ورزیده و شرایط و اوضاع و احوال لازم برای جلب رضایتشان را تثبیت کنند». دست آخر اینکه هدف رضایت، تضمین درجه خاصی از قدرت بر تصمیمات دولتی است تا مانع اتخاذ تصمیم‌های مضر شود. در حالی که اعلامیه مردمان بومی حق مطلق وتو از سوی مردمان بومی را رد کرده

است اجازه نمی‌دهد که منافع دولت به نحو نظامند و یکسره بر حقوق مردمان بومی اثر بگذارد. (Barelli, 2012: 15)

بنابراین حقوق بین‌الملل بشر و رویه قضایی حق مردمان بومی برای وتو کردن اقداماتی که آنها را تحت تاثیر قرار می‌دهد را به رسمیت نشناخته‌اند اما تعهد به جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه مجال حقوقی اندکی برای دولت پدید می‌آورد تا زمانی که رضایت مورد نیاز اعلام نشده باشد تصمیمی را اجرا کند. به عبارت دیگر امتیاز دریغ کردن رضایت، یک حمایت حقوقی در مقابل تحمیل اقدامات مضر علیه مردمان بومی به دست می‌دهد. جالب آنکه کمیته رفع تبعیض نژادی به تعهد دولتها مبنی بر رعایت حق مردمان بومی به ارائه رضایتشان اشاره دارد. بنابراین امکان دریغ کردن رضایت، متضمن حق وتوی اقدامات دولتها نیست. در عوض این موضوع مردمان بومی را قادر می‌سازد که تا زمانی که رضایتشان جلب شود اجرای اقدامات دولتها را متوقف کنند. بنابراین رضایت به مردمان بومی این حق را نمی‌دهد که خواسته‌شان را به نحو یک جانبه بر دولتها تحمیل کنند. در حقیقت مشورت و رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه به اندازه حق وتو نمی‌رسد بلکه در راستای هدف مشترک حفظ حقوق مردمان بومی در مقابل تصمیمات مضر و خودسرانه عمل می‌کند. مفهوم حق وتو مباحث مناقشه برانگیز درباره مفهوم مشورت و رضایت ایجاد کرده است. بنابراین بهتر است تمرکز مباحث پژوهش حاضر به جای قدرت وتو کردن، بر حوزه رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه باشد اما هدف حمایتی که در حق وتو وجود دارد باید در تفسیر اینکه رضایت، امتیازی در اختیار مردمان بومی است لحاظ شود چرا که دولتها به رعایت حقوق مردمان بومی در تعیین سرنوشت و جلب و رضایت بابت همه اقداماتی که این مردمان را متاثر می‌کند متجلی است؛ در نتیجه ماده ۱۹ اعلامیه مردمان بومی حق بر ارائه یا دریغ کردن رضایت را فراهم می‌کند. (Ibid. 43)

۲-۵- انجام ندادن و ناکافی بودن مشورت

نهایتاً زمانی که یک دولت انجام مشورت را در هنگام ضرورت ترک می‌کند نقض حقوق بین‌الملل بشر رخ داده است. چنین موقعیتی ممکن است هرگونه توافق اعلام شده با مردمان بومی را بی اعتبار کند و دولت مربوطه را ملزم به تعلیق اقدامات تحت مشورت کند یا چنانچه این اقدامات انجام شده باید غرامت بپردازد. با توجه به اینکه دادگاه قانون اساسی این کشور در

خصوص حق بر مشورت مردمان بومی رویه قضایی ایجاد کرده است، تا اندازه زیادی مطالعه موردی مناسبی در جهت تقویت فرضیه پژوهش محسوب می‌شود.

۳- حق بر مشورت در عمل: دادگاه قانون اساسی کلمبیا

دادگاه قانون اساسی کلمبیا رویه قضایی مربوط به حق مشورت را به نحو قابل توجهی توسعه داده است. این دادگاه در غیاب یک قانون موضوعه خاص درباره مشورت، نقش مستقیمی در جذب حق مشورت در حقوق داخلی داشته و اجرای ملی آن را تنظیم کرده است. این دادگاه حق بر مشورت را به عنوان یک حق بنیادین نه فقط درباره مردمان بومی بلکه در مورد سایر اقلیت‌ها از جمله آفریقایی تبارها و لاتین تبارها تثبیت کرده است. کلمبیا عضو مهم‌ترین معاهدات بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر از جمله کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار است که در سال ۱۹۹۱ به تصویب رسید. در همان سال قانون اساسی جدید در کلمبیا تصویب شد که حمایت از مردمان بومی و اقلیتها را توسعه داد. علاوه بر این، کلمبیا اعلامیه مردمان بومی را در سال ۲۰۰۹ مورد حمایت قرار داده است. بنابراین کلمبیا بیش از دو دهه است که از یک چارچوب هنجاری مربوط به حقوق مردمان بومی برخوردار است. براساس قوانین موضوعه داخلی معاهدات حقوق بشری تصویب شده و حقوق بشر غیرقابل تعلیق جزئی از قانون اساسی هستند. در صورت تعارض میان هنجارها، استانداردهای حقوق بین‌الملل بشر مطابق با اصل حمایت از بشر در اولویت هستند. اصل حمایت از بشر به این معناست که استانداردهای بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر باید به گونه‌ای تفسیر شوند که بیشترین حمایت از حقوق بشر به عمل آید.

در مورد اتخاذ رویکرد محدود یا رویکرد مترقیانه دادگاه قانون اساسی نسبت به حقوق نرم، طبق قانون اساسی کلمبیا، دادگاه هر دو دیدگاه را اتخاذ کرده و طی آن تعداد قابل توجهی از آرا درباره حق بر مشورت در چارچوب معیارهای قانون اساسی و منابع حقوقی ارائه داده است. در ادامه به بررسی مجموعه از آرای صادره در سالهای ۱۹۹۷ و ۲۰۰۳ درباره اختیار تفسیری حق بر مشورت و همچنین آرای مهم صادره در سالهای ۲۰۱۱ و ۲۰۱۲ و آرای صادره در سال ۲۰۱۳ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱- آرای صادره مربوط به اختیار تفسیری

دادگاه قانون اساسی کلمبیا در رای مربوط به اختیار تفسیری که در سال ۱۹۹۷ صادر کرد

به مردمان بومی «یوا» درباره بهره برداری از منابع طبیعی سرزمینشان حق مشورت اعطا کرد. در این پرونده دادگاه منحصرأ به کنوانسیون ۱۶۹ به عنوان مبنای هنجاری این پرونده و تعریف محتوای حق بر مشورت اشاره کرد. دادگاه در سال ۲۰۰۳ حق بر مشورت جوامع بومی را که در اثر برنامه ملی ریشه کن کردن گیاهان زائد از طریق افشاندن هوایی علف کش‌ها متاثر شده بودند به رسمیت شناخت. در این رای تفسیری، دادگاه به نحو قابل توجهی چارچوب هنجاری را فراتر از کنوانسیون ۱۶۹ برد و به ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، توصیه‌نامه‌های ارکان معاهده‌ای و اصول عام حقوق بین‌الملل بشر اشاره کرد بنابراین دادگاه مستقیماً در حالی که دیگر هنجارهای بین‌المللی و رویه‌های مربوط به اصول راهنمای تفسیری را مورد توجه قرار داد، مقررات کنوانسیون ۱۶۹ را به اجرا در آورد. جالب آنکه اصول راهنمای کنوانسیون ۱۶۹ مستقیماً به اجرا درآمدند. بنابراین دادگاه نتیجه‌گیری می‌کند که حق بر مشورت تعهد به کسب اجماع را ایجاد نمی‌کند بلکه فرصتی برای مشارکت آزادانه در تمامی سطوح تصمیم‌گیری درباره اقداماتی را فراهم می‌کند که مردم بومی را تحت تاثیر قرار می‌دهد و موقعیتی برای افزایش منافع مردمان بومی در موقعیت‌های متعارض و با هدف دستیابی به توافق یا رضایت ارائه می‌کند.

دادگاه درباره مواقع عدم دستیابی به رضایت مردمان بومی بیان می‌کند که دولت مربوطه همچنان متعهد است که آثار تصمیماتش را مورد ارزیابی قرار داده و اقدامات اصلاحی برای صیانت از جمعیت بومی در همه موضوعات را مورد توجه قرار دهد. علاوه بر این دادگاه در حالی که در توضیح کنوانسیون ۱۶۹ حق وتو را به رسمیت نمی‌شناسد اما بیان می‌کند که حق بر مشورت نمی‌تواند در راستای تحمیل یک تصمیم یا خودداری از یک تعهد انجام شود بلکه باید در چارچوب تعهد به انطباق نظرات دو طرف (دولت و مردمان بومی) صورت گیرد. این دو رای قویاً ریشه در کنوانسیون ۱۶۹ داشته و با آن منطبق است و همچنین در رویه بعدی دیوان آمریکایی و تفاسیر گزارشگر ویژه مورد توجه قرار گرفته‌اند.

۳-۲- بومی سازی محدود و مترقی

دادگاه قانون اساسی در تفسیر خود، کنوانسیون ۱۶۹ را به عنوان بخشی از قانون اساسی تلقی کرده و همچنین تفسیر خود را بر دیگر منابع حقوق بین‌الملل بشر استوار کرده است. دادگاه در پرونده‌های اندکی اعلامیه حقوق مردمان بومی را در چارچوب هنجاری حق بر مشورت

گنجانده است. در وهله نخست اعلام می‌شود که اعلامیه حقوق مردمان بومی به عنوان بازتابی از عقاید بین‌المللی درباره حقوق مردمان بومی، یک نقطه ارجاع برای مسائل مربوط به حقوق اساسی است. علاوه بر این دادگاه قانون اساسی کلمبیا در دو پرونده زیر، قوانین داخلی و اجرای ماهوی اعلامیه را مشخص می‌کند: در مورد وضعیت مردمان بومی امبرا که مدعی بودند راجع به مجموعه‌ای از پروژه‌های توسعه‌ای که زمین کشاورزی و سرزمین‌هایشان را تحت تاثیر قرار داده است باید مورد مشورت قرار گیرند و در مورد وضعیت جامعه آفریقایی تبارها که از مجوز-های صادره درباره فعالیت اقتصادی در حوزه‌ای که به صورت سنتی فعالیت مردمان بومی حساب می‌شود اعلام شکایت کرده بودند. دادگاه در هر دو پرونده حق مشورت خواهان را به رسمیت شناخت. دادگاه اقدامات مورد شکایت را در پرونده سال ۲۰۱۱ لغو اعلام کرد و پروژه‌های اقتصادی را در رای سال ۲۰۱۲ معلق نمود.

دادگاه در پرونده اول T-129/11 ضرورت رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه و منفعت مشترک دو طرف را بر مبنای ماده ۳۲ اعلامیه حقوق مردمان بومی تثبیت کرد. دیوان این تفسیر را با کنوانسیون امریکایی حقوق بشر، رویه قضایی دیوان امریکایی و تفسیرهای گزارشگر ویژه و کمیته رفع تبعیض نژادی تلفیق نمود. آرای دادگاه همانند آنچه که از سوی اعلامیه مردمان بومی گفته شده است دولت کلمبیا را در عوض جلب «رضایت» آزادانه، قبلی و آگاهانه به «جست و جوی» این رضایت ملزم می‌داند. بنابراین این تفسیر از مفاد اعلامیه مردمان بومی را به کار می‌گیرد تا ضرورت رضایت درباره هر نوع اقدامی که زمین‌های کشاورزی و سرزمین مردمان بومی را متاثر می‌کند ضروری اعلام کند نه آنکه حوزه مشورت را گسترش داده یا «جلب» رضایت را ضروری کند. در این خصوص دیوان اشاره صریحی به نظریه عمومی شماره ۲۱ درباره حق بر مشارکت در حیات فرهنگی دارد که از سوی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تصویب شده است. با وجود این قضات دادگاه رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه را که در نظریه کمیته وجود دارد و علیرغم ارتباط آن با پرونده و انطباق آن با ماده ۱۱(۲) اعلامیه حقوق مردمان بومی به کار نبردند.

دادگاه در رای خود در پرونده دوم T-367/12 تفسیر مفصل‌تری از اعلامیه را به پیش می‌برد. دادگاه درباره وضعیت داخلی اعلامیه بیان می‌کند که اجرای مستقیم اعلامیه حقوق مردمان بومی بر این مبناست که این اعلامیه صیانت خاص و قابل توجهی از حقوق مردمان بومی را به دست می‌دهد که این حقوق در نظم حقوقی داخلی به رسمیت شناخته شده است. همچنین

بیان می‌کند که اعلامیه بازتاب نظرات معتبر جامعه بین‌المللی است که در مذاکره با مردمان بومی به آن دست یافته و ماهیت آمره بودن اصل منع تبعیض را به رسمیت می‌شناسد و این اصل را همراه با حق تعیین بر سرنوشت ارکان اعلامیه می‌داند و مشروعیت اخلاقی و سیاسی اعلامیه را به رسمیت می‌شناسد. علاوه بر این دادگاه از اجرای مستقیم اعلامیه، یک تفسیر دوگانه به دست می‌دهد که طبق آن مقرراتی که «باید» اجرا شوند از مقرراتی که «بهتر است» به اجرا درآیند تمییز داده می‌شود. مقررات دسته اول آن مقرراتی از اعلامیه است که از اصل منع تبعیض ناشی می‌شود یا اینکه مطابق با هنجارهای قانون اساسی کلمبیاست. مقررات دسته دوم متشکل از آن دسته از مقررات اعلامیه است که قلمرو صیانت از حقوق مردمان بومی را فراتر از حق منع تبعیض و حقوق مندرج در قانون اساسی کلمبیا قرار می‌دهد. دادگاه علاوه بر ماده ۶ کنوانسیون ۱۶۹ صراحتاً به ماده ۱۹ اعلامیه به عنوان چارچوب هنجاری مربوط به حق بر مشورت اشاره می‌کند.

دادگاه قانون اساسی کلمبیا در راستای تقویت و استحکام تفسیرش، ارجاعات گسترده‌ای به دیگر منابع حقوق بین‌الملل به عنوان ابزارهای تفسیری دارد یعنی به رویه قضایی دیوان آمریکایی، گزارش‌های گزارشگر ویژه، گزارش‌های کمیسیون آمریکایی درباره حقوق بشر و همچنین اصول راهنمای کنوانسیون ۱۶۹. قابل ذکر است که رای دادگاه تأکید می‌کند که مفهوم حقوق بین‌الملل بشر به عنوان استانداردهای حداقلی هستند که حوزه صیانت از حقوق مردمان بومی می‌تواند براساس آنها تقویت شود.

در مقابل، بررسی آرای صادره دادگاه قانون اساسی کلمبیا در سال ۲۰۱۳ نشانگر تمایلات کمتر متقیانه در خصوص جذب حقوق بین‌الملل بشر در حقوق داخلی است. آرای سال ۲۰۱۳ این مسائل را مورد بررسی قرار می‌دهد: انتخاب معلمان مدارس؛ تفکیک مقررات مربوط به حق امتیاز از مقررات مربوط به اکتشاف منابع طبیعی؛ توسعه پروژه‌های مربوط به تاسیسات بندری؛ قانون ممنوعیت تبعیض نژادی؛ برنامه توسعه محلی؛ و معاهده بین‌المللی مربوط به حق اختراع ریزآگانی‌زم‌ها. دادگاه به استثنای پرونده مربوط به معاهده بین‌المللی که هیچ اشاره‌ای به حقوق بین‌الملل بشر ندارد به ارجاع به منابع بین‌المللی به ویژه کنوانسیون ۱۶۹، اعلامیه مردمان بومی، رویه قضایی دیوان آمریکایی و گزارش‌های گزارشگر ویژه ادامه می‌دهد تا روشن کند که در کدام موارد رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه اجباری است. در پرونده‌های مربوط به تاسیسات بندری و زبان شناسی مربوط به آفریقایی تبارها دادگاه مستمراً بر تفسیر سابق از ماده ۱۹

اعلامیه استناد می‌کند. در حقیقت به جز این دو پرونده در هیچ یک از آرای دیگر که در آن به اعلامیه ارجاع می‌شود هیچ اشاره‌ای به رویه قضایی گذشته وجود ندارد. علاوه بر این، دو رای صادره در سال ۲۰۱۳ بازتاب تنش میان حقوق عام و خاص است. دادگاه در یکی از پرونده حق بر مشورت را بر مبنای دیگر استانداردهای حقوق رد کرد. دادگاه در مورد تبعیض نژادی استدلال کرد که قانون مورد نظر، مردمان بومی یا قبایلی را تحت تاثیر قرار نمی‌دهد و قانون مربوطه ابزار اجرای کنوانسیون بین‌المللی راجع به رفع همه اشکال تبعیض نژادی و اجرای اصل برابری است. در این پرونده دادگاه احتمال آثار تبعیضی که چنین قانونی می‌تواند داشته باشد در نظر نگرفت.

در مجموع، رویه قضایی اخیر درباره حق بر مشورت تصویر مختلطی در خصوص وارد کردن حقوق بین‌الملل بشر در حقوق داخلی ارائه می‌کند. اولاً در حالی که کنوانسیون ۱۶۹ آشکاراً در قانون اساسی و رویه قضایی دادگاه ترکیب شده است، پرونده جدید نظر مخالفی را درباره حق مشورت مطرح می‌کند. به نظر می‌رسد که دیوان در عوض اعتقاد به درک ماهوی از حق مشورت به منزله بیان حق بر تعیین سرنوشت، خودمختاری و خودگردانی به درک شکلی و در نتیجه محدود از حق بر مشورت باور دارد. علاوه بر این، شناسایی تنوع فرهنگی از سوی دادگاه رو به ضعف گذاشته. همچنین معاهدات و اصول حقوق بشر عام عموماً برای رد حق بر مشورت به کار می‌رود تا اینکه به جهت تقویت ادعاهای مربوط به این حق باشد. دادگاه جدای از اعلامیه حقوق مردمان بومی، اگر نگوییم هیچ ارجاعی، ارجاع اندکی به دیگر منابع دارد. ارجاعات اخیر به دیوان آمریکایی، تفاسیر گزارشگر ویژه و اعلامیه مردمان بومی به مشخص کردن مواردی که در آن رضایت ضروری است محدود شده است. این موضوع از این نظر جالب توجه است که دیوان سابقاً به اصول راهنمای سازمان بین‌المللی کار درباره کنوانسیون ۱۶۹ که مرتبط با حوزه حقوق نرم است در آرای گذشته‌اش صراحتاً اشاره می‌کرد. به طور کلی، پرونده‌هایی که در آن اعلامیه حقوق مردمان بومی به عنوان یک جزء از قانون اساسی شناخته شده‌اند می‌توانند به عنوان رویکرد تفسیر مترقیانه شناخته شوند؛ پرونده‌های جدید که اعلامیه در آنها از قلم افتاده است به عنوان تفسیر محدود از حق بر مشورت مطرح هستند.

۳-۳- چالش‌های پیش روی رضایت آزادانه، آگاهانه و قبلی

رویه قضایی دادگاه قانون اساسی کلمبیا درباره حق بر مشورت عموماً بر ماده ۶ کنوانسیون

۱۶۹ استوار است. بنابراین دادگاه مستمرا اعلام می‌کند که هدف مشترک، «کسب» توافق یا رضایت است. دادگاه درباره اعلامیه حقوق مردمان بومی تفسیرش را با بیان اینکه هدف مشورت «جست و جوی» رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه است توسعه می‌دهد. دادگاه در پرونده T-129/11 بیان می‌کند که رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه در خصوص هرگونه اقدامات مداخله کننده در سرزمین‌های مردمان بومی ضروری است. در حقیقت دادگاه صراحتا به ماده ۳۲ اعلامیه، رویه دیوان آمریکایی و توصیه‌های گزارشگر ویژه استناد می‌کند تا نتیجه‌گیری کند که رضایت عنصر کلیدی کنوانسیون ۱۶۹ است. دادگاه در این پرونده روشن ساخت که به جای شناسایی حق وتو، رویکرد مناسب تر بر اصل تناسب استوار است که در هر پرونده به اجرا در می‌آید. بنابراین رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه فقط به پروژه‌های گسترده محدود نمی‌شود بلکه همچنین هر اقدامی که تاثیری منفی بر سرزمین‌های مردمان قبایلی و بومی داشته باشد ضروری است. پس ادعای رضایت تاثیر بیشتری پیدا می‌کند.

دیدگاه دادگاه در مورد خطرات وارد بر بقای جوامع قبایلی یا بومی این است که اصل حمایت از بشر باید غالب باشد اما در این خصوص دیوان توضیح نمی‌دهد که منظور از این اصل در عمل چیست؟ دادگاه در پرونده T-376/12 می‌گوید که هدف مشورت «حصول» به رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه است. دادگاه توضیح می‌دهد که مشورت و رضایت باید در چارچوب حق بر مشارکت درک شود که گسترده آن به درجه اثرگذاری اقدامات مربوط به مردمان بومی بستگی دارد. بنابراین دادگاه دو وضعیت زیر را از یکدیگر تفکیک می‌کند: نخست حق بر «مشارکت ساده» در مورد تاثیر عمومی اقدامات مربوطه بر کل جمعیت؛ دوم «ضروری بودن مشورت» در زمانی که اقدامات مردمان بومی یا قبیله‌ای را تحت تاثیر قرار می‌دهد و سوم رضایت «آزادانه، قبلی و آگاهانه» الزامی زمانی که تاثیر عمده‌ای بر سرزمین‌های مردمان بومی وجود دارد. از این منظر فهرست مواردی که رضایت باید کسب شود و در کنوانسیون ۱۶۹ اعلامیه حقوق مردمان بومی آمده است حصری نیست. جالب آنکه دادگاه موضوع حق وتو را نیز مورد بررسی قرار می‌دهد. دادگاه قانون اساسی کلمبیا می‌گوید که مشورت طبق کنوانسیون ۱۶۹ حق وتو اعطا نمی‌کند. دادگاه در اجرای موازنه منافع صراحتا رویکرد حمایت از بشر را با بیان اینکه رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه بازتاب توازن خاص منافع است و به مردمان بومی و قبایلی صیانت قابل توجه در مقابل اقدامات دارای تبعات مهم بر حیاتشان است اتخاذ می‌کند. دادگاه در مورد عدم حصول به توافق یا رضایت یادآور می‌شود که حقوق بشر نباید معلق

گردد. دولت به هنگام اتخاذ تصمیم حق ندارد که روشی خودسرانه را به کار گیرد که مغایر با حقوق بین‌الملل بشر باشد. علاوه بر این در نبود هرگونه توافقی دولت متعهد است که تصمیماتش را مطابق با اصول عقلانیت و تناسب اتخاذ کند. اما در رویه قضایی سال ۲۰۱۳ به نظر می‌رسد دادگاه مطابق با درکی منعطف از رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه همراه با تمرکز بر امتیاز دولت برای تصمیم‌گیری درباره همه مسائل داخل در صلاحیتش و همچنین اصولی که باید بر تصمیم‌گیری درباره مسائل موثر بر مردمان بومی است تمرکز دارد. نهایتاً دادگاه در پرونده C-068/13 تایید می‌کند که هیچ حق وتویی برای مردمان بومی وجود ندارد و در حالی که یادآور تعهد به تضمین احترام به اصول عقلانیت و تناسب در تصمیم‌گیری می‌شود می‌گوید که کسب توافق و رضایت اجباری نیستند.

این رویکرد منعطف به رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه با تصمیم دادگاه در پرونده C-068/13 کامل می‌شود؛ در این پرونده اعلام می‌شود زمانی که اجماعی میان دولت و مردمان بومی درباره اقدامی که وجود یک جامعه بومی را به خطر می‌اندازد اصل حمایت از بشر غالب می‌شود. دادگاه در پرونده T-172/13 از رویه گذشته‌اش درباره اعلامیه، پیرامون تعهد به «جست و جوی» رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه در موارد جابه‌جایی افراد، ریزش مواد سمی بر سرزمین‌های متعلق به اقوام یا زمانی که پیش‌بینی می‌شود اقدامی تاثیر عمده بر مردمان بومی دارد پیروی می‌کند. از منظر دادگاه رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه به معنای امکان جوامع تحت تاثیر برای تصمیم‌گیری درباره راه‌حل‌های جایگزین کمتر مضر است نه آنکه اقدامات یا تصمیمات دولت را وتو کنند. اگر چه این آرا به صورت موردی از حقوق نرم استفاده کرده یا از این حقوق استفاده‌ای نمی‌کنند دادگاه قانون اساسی کلمبیا در چارچوب تفسیری لیبرال از اینکه حقوق بومی جزئی از قانون اساسی است توسعه می‌یابد.

به طور کلی به نظر می‌رسد که آرای اخیر از جریان محافظه کار پیروی کرده که البته همراه با آرای مترقیانه اندکی است که موید اجرای مستقیم اعلامیه حقوق مردمان بومی هستند. در حقیقت قضات دیوان ترجیح می‌دهند که اولویت را به چارچوب هنجاری داخلی بدهند که مطابق با آن همه اسناد حقوق بشری بین‌المللی که از سوی کلمبیا تصویب شده باشند به ویژه کنوانسیون ۱۶۹ درباره حقوق مردمان بومی و قبیله‌ای جزئی از قانون اساسی و الزام آور است. اما حقوق نرم عموماً از تفسیر نظام مند دادگاه درباره حق بر مشورت غائب است. حتی توصیه‌هایی که ارکان معاهده‌ای و گزارشگر ویژه درباره دولت کلمبیا ارائه کرده‌اند نیز

مورد توجه قرار نمی‌گیرد یا ذکر نمی‌شود. در مقابل یک تفسیر مترقیانه از کنوانسیون ۱۶۹ به معنای تفسیر این کنوانسیون مطابق با مقررات اعلامیه حقوق بومیان و توصیه‌های بین‌المللی مربوطه است. از این منظر دادگاه مستقیماً هر دو هنجار را (اعلامیه حقوق مردمان بومی و کنوانسیون ۱۶۹) دستور به اجرا می‌دهد. در نتیجه دادگاه می‌توانست مستمراً تفسیرش از حق بر مشورت را بر ماده ۱۹ اعلامیه استوار سازد که به جای آنکه مغایر با کنوانسیون ۱۶۹ باشد صیانت گسترده‌تری از مردمان بومی ارائه می‌کرد. با وجود این به نظر می‌رسد که دادگاه قانون اساسی کلمبیا به اعلامیه حقوق مردمان بومی متوسل می‌شود برای آنکه رویه‌اش را منسجم تر کند به جای آنکه حوزه حق بر مشورت را گسترش دهد یعنی به این سمت حرکت کند که تعهد به «کسب» رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه را درباره همه اقدامات موثر بر مردمان بومی لازم بشمارد.

نتیجه‌گیری

همانطور که ملاحظه شد، حقوق مردمان بومی در اسناد الزام آور و غیرالزام آور، کنوانسیون - های عام و خاص حقوق بشری، و رویه ارکان شبه قضایی و دیوان‌های منطقه‌ای ریشه دارد و برای بررسی مفاد ماهوی حق مشورت، بارزترین هنجار، در ماده ۶(۱) کنوانسیون ۱۶۹ آمده است. مشورت و مشارکت با یکدیگر در ارتباط بوده و به نحو جدایی ناپذیری با تعیین سرنوشت گره خورده‌اند. به این ترتیب، ضرورت مشورت و رضایت به عنوان هدف و موضوع، و جلب رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه آنها، به عنوان نتیجه، عناصر کلیدی حق بر تعیین سرنوشت هستند. با توجه به اینکه کلمبیا بیش از دو دهه است که از یک چارچوب هنجاری مربوط به حقوق مردمان بومی برخوردار است. در مورد بررسی مسائل مربوط به آثار داخلی حقوق بین‌الملل بشر و تکامل چارچوب هنجاری بین‌المللی حق بر مشورت و رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه، رویه دادگاه کلمبیا موید اولویت بخشی به حقوق داخلی است. بررسی مسائل مربوط به آثار داخلی حقوق بین‌الملل بشر و تکامل چارچوب هنجاری بین‌المللی حق بر مشورت و رضایت آزادانه، قبلی و آگاهانه رویه دادگاه کلمبیا موید اولویت بخشی به حقوق داخلی است. از آنجا که دکترین بخشی از قانون اساسی بودن مستقیماً کنوانسیون ۱۶۹ را در نظام حقوق داخلی جذب می‌کند، استناد به این کنوانسیون به عنوان منبع اصلی حق بر مشورت با اولویت بخشی به حقوق داخلی هماهنگ است. همچنین دادگاه عموماً برای حصول به اصول راهنمای تفسیر به سایر منابع حقوق بین‌الملل بشر استناد می‌کند.

منابع فارسی

مقالات

- ابراهیم بیگ زاده، غزال مجدزاده (۱۳۹۱)، دولت مدرن، حقوق فرهنگی مردم بومی و اقلیت-ها، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه شماره ۸، بهار
- حیدری، فریبا (۱۳۹۳)، نسبت حقوق بشر و تنوع فرهنگی، فصلنامه مطالعاتی صیانت از حقوق زنان، دوره اول، شماره ۴، بهار
- محمدعلی صلح چی، رامین درگاهی (۱۳۹۲)، بررسی ماهیت حقوق همبستگی: حقوق جمعی یا مردمی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، زمستان
- مولایی، یوسف (۱۳۸۶)، نسل سوم حقوق بشر و حق به محیط زیست سالم، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۴، زمستان
- امیر نیک پی، ندا کردونی (۱۳۹۵)، چند فرهنگ‌گرایی، دولت و حقوق اقلیت‌ها، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵، پاییز

پایان نامه

- اکبریان خطبه سرا، اکبر (۱۳۹۱)، حمایت از حقوق مردمان بومی در حقوق بین‌الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران، خرداد

English Resources

Book

- Garcia-alex, Lola (2003), **The Permanent Forum on Indigenous Issues**, IW-GIA
- Gilbert, J. (2006), **Indigenous Peoples**, Land Rights Under International Law: From Victims to Actors (Transnational Publishers, Ardsley) Endorois
- Gilbert, J. and Doyle, C. (2011), **A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent**
- Rhinnon, Morgan (2016), **Transforming Law and Institution : Indigenous people** , the United Nations and Human Rights
- Short, Damien (2015), **Handbook of Indigenous Peoples' Rights**, Routledge
- Saul, Ben (2016), **Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence**, Bloomsbury Publishing
- Victoria Cabrera Ormaza, Maria, (2017), **The Requirement of Consultation with Indigenous Peoples** in the ILO: Between Normative Flexibility and Institutional Rigidity, BRILL
- Watson , Irene , (2011), **Aboriginal Peoples, Colonialism and International**

Law: Raw Law, Routledge

Articles

- Barelli, M.(2012), **Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead**, 16 The International Journal of Human Rights
- Jovanović, M. A. (2005), **Recognizing Minority Identities through Collective Rights**, 27 Human Rights Quarterly

