

دولت مدرن، حقوق فرهنگی مردم بومی و اقلیت‌ها

دکتر ابراهیم بیگ زاده*

غزال مجدزاده**

چکیده

حقوق فرهنگی در میان سایر حقوق بشر، حقوقی مهجور و مغفول تلقی می‌گردد و به آن پرداخته نشده است؛ اما این امر دلیل فقدان تاثیر این حقوق در جامعه‌ی داخلی و بین‌المللی نیست؛ اهمیت این حقوق در تعاملات و اختلاف‌های مردمی که با فرهنگ‌های گوناگون در کنار هم زندگی می‌کنند، قابل بررسی است.

حقوق فرهنگی مردمان بومی و اقلیت‌ها به دلیل تفاوت فرهنگ، زبان، آداب و رسوم و شیوه‌های زندگی به ویژه ارتباط با زمین، نیاز به حمایت و حفاظت دارد. نادیده گرفتن حقوق این افراد می‌تواند منجر به بروز اختلاف‌های فرهنگی، ناآرامی‌های داخلی و حتی درخواست‌های جدایی‌طلبانه گردد؛ در حالی که احترام به حقوق فرهنگی آنان می‌تواند آنان را از در حاشیه ماندن در جامعه مصون دارد، ضمن این که امکان هم‌گون شدن آنان را با حفظ سنت‌ها و رسوم خود مهیا سازد.

کلید واژگان

حقوق فرهنگی، مردمان بومی، اقلیت‌ها، حق بر تعیین سرنوشت فرهنگی، عدم تبعیض.

* دانشیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق بین‌الملل.

مقدمه

مفهوم حقوق فرهنگی در نظر و عمل چندان توسعه نیافته است، و در اسناد بین‌المللی تعریف دقیقی از آن دیده نمی‌شود. در مجموعه‌ی حقوق بشر از حقوق فرهنگی به عنوان "موضوع نادیده گرفته شده"^۱ یاد شده است.^۲ از حقوق فرهنگی به عنوان "موضوع در حال توسعه"^۳ نیز نام برده شده است.^۴ اگر به تاریخچه‌ی تصویب اسناد بین‌المللی توجه کنیم؛ در می‌یابیم که این موضوع همواره محل مناقشه بوده است.

همواره در تئوری‌های سیاسی و حقوقی، درباره‌ی حقوق فرهنگی مردم بومی^۵، و اقلیت‌ها^۶ بحث و مناقشه وجود داشته است، چرا که همواره در شناسایی حقوق برای این گروه مسئله‌ی اعطای امتیاز و یا جدایی‌طلبی آنان طرح می‌گردد. اولین نکته‌ای که در این بحث مدنظر است، منفعت و بهره‌ای است که جامعه در حمایت از تمامیت فرهنگ‌ها به-دست می‌آورد؛ چراکه گروه‌های اقلیت و بومی در مقابل جامعه‌ی اکثریت بسیار آسیب پذیرند.

فرهنگ، نگاه و سعه‌ی صدری به انسان می‌دهد که می‌تواند در مورد مسائل گوناگون به تحلیل و نتیجه‌گیری بپردازد. فرهنگ اقلیت‌ها و مردم بومی، تنها فرهنگی خاص، یا خرده‌فرهنگی متعلق به تعداد اندکی از افراد است. با این حال این احساس تعلق، برای افراد

1. Neglected Category.

2. Symonides, Janusz, " Cultural Rights as Neglected Category", International; Social Science Journal, Blackwell Publisher, Dec. 1998, Issue 158, p. 559,14.p, 2bw.

3. Under Development.

4. Human Rights Council, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Ms. Farida Shaheed, Fourteenth-Session, 22 March 2010, available at: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.36_en.pdf

5. Indigenous People.

6. Minorities.

امری بنیادی است و هویت این گروه را تشکیل می‌دهد. بر مبنای این نظریه، جامعه عضویت فرد را در یک گروه فرهنگی خاص (مانند یک گروه نژادی)، به عنوان ابزاری ابتدایی برای احترام به هویت افراد، مورد حمایت قرار می‌دهد. پر واضح است که باید گروه‌های مختلف در جامعه مورد حمایت قرار گیرند، تا بهره‌مندی از حقوق برابر برای همگان تضمین شود. در این راستا، افراد نیز از این حمایت بهره می‌برند. این نظریه بر مبنای این فرض است که هر انسان متعلق به گروهی است، و این گروه‌ها در درون مرزهای کشورها نیازمند حمایت و حفاظت هستند.^۷

علاوه بر این که در مورد مفهوم و مصادیق حقوق فرهنگی اتفاق نظری در جامعه‌ی بین‌المللی وجود ندارد؛ شناسایی حقوق فرهنگی اقلیت‌ها و مردم بومی همواره با دشواری‌های بیش‌تری مواجه بوده است. در این مقاله حقوق فرهنگی بومیان و اقلیت‌ها در نظر و عمل و تاثیر اجرای این حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: حقوق فرهنگی بومیان و اقلیت‌ها در نظم حقوقی بین‌المللی

در زمان تصویب اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر مباحثی در مورد شناسایی حقوق فرهنگی بومیان و اقلیت‌ها مطرح شد. در آن زمان در مباحث مقدماتی تصویب متن ماده‌ی ۲۷، بحث حمایت از فرهنگ اقلیت‌ها مطرح بود. حمایت از حقوق اقلیت‌ها، در دو معنای عدم تبعیض و عدم جذب در فرهنگ اکثریت، مورد نظر است. حمایت از زبان اقلیت‌ها و حق آنان بر استفاده از زبان بومی، و عناصر فرهنگی اختصاصی مطرح گردیده است. با وجود طرح این مباحث در مذاکرات، دولت‌ها با حمایت از حقوق فرهنگی اقلیت‌ها مخالفت کردند. ایالات متحده‌ی آمریکا، از جمله مخالفان سرسخت پیشنهاد اصلاح ماده‌ی ۲۷ بود. استدلال عمده‌ی نمایندگان آن کشور بر این پایه استوار بود که با ذکر عبارت

7. Stamatopoulou, Elsa, Cultural Rights in International Law, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2007, p.179.

«عدم تبعیض» در ماده‌ی ۲، هر گونه اصلاح و تغییری در ماده‌ی ۲۷ خالی از فایده خواهد بود و «عدم تبعیض» در بردارنده‌ی کلیه‌ی مفاهیمی است که در این بحث مطرح شده و نیاز به اصل دیگری برای حمایت از حقوق اقلیت‌ها به‌طور جداگانه نیست. نماینده‌ی ایالات متحده‌ی امریکا، *النور روزولت*^۸، بر این عقیده بود که مسئله‌ی اقلیت‌ها یک موضوع اروپایی است و نباید در اعلامیه‌ی جهانی منعکس شود. کشورهای آمریکای لاتین و کانادا از این استدلال حمایت می‌کردند. نماینده‌ی استرالیا نیز بر این عقیده بود که جذب شدن اقلیت‌ها در فرهنگ اکثریت، در درازمدت به نفع همه خواهد بود؛ از این‌رو طرح این بحث به وحدت ملی لطمه وارد می‌کند.^۹

واقعیت این بود که در آن زمان جامعه‌ی جهانی آمادگی نداشت که از حقوق فرهنگی خرده‌فرهنگ‌ها در جوامع ملی حمایت کند و در آن هنگام افکار عمومی جهان هم تنوع فرهنگی و احترام به آن را حمایت نمی‌کرد. حتی ارائه‌ی تعریف از حقوق فرهنگی و تعیین مصادیق آن، محل مناقشه بود.

اولین سند بین‌المللی که به موضوع بومیان توجه کرد و تعریفی از این گروه ارائه داد، "کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار" بود. این کنوانسیون در ماده‌ی اول، تعریفی از مردم بومی و قبیله‌ای ارائه می‌دهد^{۱۰}:

"الف - مردم بومی در یک کشور کسانی هستند که شرایط اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، آنان را از جامعه‌ی ملی تفکیک می‌نماید و قانون حاکم بر آنان، به‌طور کلی یا جزئی از سنت‌ها، عرف‌ها و یا قوانین خاص آنان تشکیل شده است.

8. Eleanor Roosevelt.

9. Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, pp. 217-220.

10. International Labor Organization, C 169, *Indigenous and Tribal People Convention*, 1989.

ب- در یک کشور، مردمی با عنوان بومی شناخته می‌شوند که نسب و ریشه‌ی آنان به ساکنان اصلی آن سرزمین، یا منطقه‌ی جغرافیایی باز می‌گردد و یا این که آنان در زمان تصرف، استعمار یا استقرار مرزهای فعلی ساکن آن منطقه بوده‌اند. ساکنان بومی، یا قانون-شان توسط متصرفان نادیده گرفته شده و یا بخشی از نهادهای سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی آنان تخریب شده است". البته با مراجعه به تاریخ، به سادگی مشهود است که غالباً استعمارگران و متصرفان، ساکنان بومی و قوانین آنان را نادیده گرفته‌اند. در مورد حقوق فرهنگی اقلیت‌ها، ابتدا باید حقوق فرهنگی شناخته‌شده‌ی آن‌ها را در اسناد بین‌المللی مورد بررسی قرار داد و پس از آن وظایف و تعهدات دولت‌ها را در رابطه با بومیان و اقلیت‌ها بررسی نمود. در مورد حقوق بومیان، ابتدا این موضوع مطرح می‌شود که این حقوق فردی و یا جمعی اند؟

در مورد این افراد و برای اعمال حقوق فرهنگی، مفهوم گروه، یک مفهوم جدایی-ناپذیر است؛ زیرا در مورد این گروه، حقوق فرهنگی در قالب حقوق جمعی معنا می‌یابد. با این که جنبه‌ی جمعی بودن حقوق فرهنگی، غیر قابل انکار است؛ اما "اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر" بر این جنبه به طور خاص تأکید نکرده است. همین امر در مورد "میثاق حقوق مدنی و سیاسی" هم صدق می‌کند. ماده‌ی ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، حقوق افراد عضو اقلیت‌های نژادی، زبانی، مذهبی را این گونه بیان می‌کند: "در جامعه همراه با سایر اعضای گروه" از حقوق فرهنگی بهره‌مند شوند. در میثاق از حقوق فرهنگی، به عنوان حقوقی که به طور خاص باید جنبه‌ی جمعی آن حمایت شود، یاد نشده است. ماده‌ی اول اعلامیه‌ی ۱۹۶۶ میلادی یونسکو، در مورد اصول بین‌المللی همکاری فرهنگی، بیان می‌نماید^{۱۱}: "تمام فرهنگ‌ها، شان و ارزش حمایت و حفاظت دارند و افراد

11. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Declaration of Principle of International Cultural Co-operating, 16 November 1966.

وظیفه دارند، فرهنگ خود را توسعه دهند". اعلامیه‌ی حقوق مردم بومی به صراحت از حقوق جمعی بومیان در کنار حقوق فردی آنان صحبت کرده است.

توجه به اسناد بین‌المللی نشان می‌دهد، حقوق فرهنگی متعلق به تک تک افراد است؛ اما زمانی معنی می‌یابد که در جمع نگریسته شوند.

در سالیان گذشته، مسئله‌ی حمایت از حقوق فرهنگی اقلیت‌ها، در "کمیسیون فرعی ممنوعیت از تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها"^{۱۲} مطرح شد. در سال ۱۹۸۲ میلادی، کارگروه کمیسیون، در مورد مردم بومی آغاز به کار کرد، تا زمانی که پیش‌نویس اعلامیه‌ی حقوق مردم بومی در سال ۱۹۹۳ میلادی تهیه شد. در سال ۲۰۰۷ نیز این اعلامیه در مجمع عمومی سازمان ملل متحد تصویب گردید.^{۱۳}

از جمله مباحث مطرح شده در کارگروه، مسئله‌ی میراث فرهنگی مردم بومی بود. در جلسات بحث و گفت‌وگو به نمایندگان مردم بومی که در اجلاس شرکت کرده بودند، اجازه داده شد به زبان بومی صحبت کنند. این اقدام نمادین، نوعی دفاع از فرهنگ مردم بومی تلقی گردید و با استقبال حاضران مواجه شد.

اجلاس‌های این کارگروه، تا سال ۲۰۰۲ ادامه یافت؛ یعنی تا سالی که سازمان ملل متحد اولین گردهم‌آیی را در موضوع مردم بومی آغاز نمود. مهم‌ترین موضوع بحث سازمان ملل، بازبینی و تدوین پیش‌نویس اعلامیه‌ی حقوق فرهنگی مردم بومی بود. پیش‌نویس این اعلامیه، یازده سال قبل از آن، توسط کمیسیون حقوق بشر پیشنهاد شده بود. ولی در نهایت، شورای حقوق بشر سازمان ملل، در سال ۲۰۰۶ میلادی آن را تصویب کرد. در این سال‌ها، کمیسیون فرعی در زمینه‌ی حقوق اقلیت‌ها مطالعات متعددی انجام داده

12. United Nation Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

13. Declaration on The Rights of Indigenous People, Adopted by General Assembly, 13 September 2007.

است.

در کنفرانس جهانی سال ۱۹۹۳ میلادی، مجمع عمومی توصیه‌نامه‌ای را به تصویب رساند که دهه‌ی (۱۹۹۴ تا ۲۰۰۴) را "دهه‌ی بین‌المللی برای مردم بومی سراسر جهان" نامید.^{۱۴} مجمع عمومی نیز در جهت حمایت از حقوق فرهنگی، سال ۲۰۰۰ میلادی را سال گفت‌وگوی تمدن‌ها^{۱۵} نامید. در ضمن، مجمع عمومی قطع‌نامه‌ای تحت عنوان "حقوق بشر و تنوع فرهنگی" برای حمایت از تنوع فرهنگی تصویب کرد.^{۱۶} هم‌چنین، در سال ۲۰۰۰ نیز "شورای اقتصادی و اجتماعی"، در راستای این اقدام‌ها، اجلاسی را برای مردمان بومی و قبیله‌ای تشکیل داد و همین‌طور در سال ۲۰۰۴ نیز، به موجب قطع‌نامه‌ای دیگر، دهه‌ی دوم حمایت از مردم بومی آغاز شد.^{۱۷}

رهبران مردم بومی در سراسر جهان از این اعلامیه استقبال کردند و برای جلب افکار عمومی جهانیان موقعیت مناسبی پیش آمد. روز نهم آگوست نیز به عنوان روز جهانی مردم بومی و قبیله‌ای نام‌گذاری شد.^{۱۸}

از سال ۲۰۰۰ میلادی، "شورای اقتصادی و اجتماعی"^{۱۹} نشست‌هایی در موضوع مردم بومی برگزار نمود. در این نشست‌ها، شانزده نفر از خبرگان شرکت داشتند که نیمی از آنان از طرف سازمان‌های مردمان بومی و نیمی دیگر از سوی دولت‌ها انتخاب شده بودند. این

14. General Assembly Resolution, 48/163, 21 Dec.1993, "The International Decade of the World's Indigenous People" (1995-2004).

۱۵. این نام گذاری به پیشنهاد سیدمحمد خاتمی، رئیس جمهور وقت ایران انجام شد.

16. General Assembly Resolution, 56/156, "Human Rights and Cultural Diversity", A/RES/56/156 15 February 2002.

17. General Assembly Resolution, 59/174, 2, "Second International Decade of World's Indigenous People", (2005-2015), Dec. 2004.

18. General Assembly Resolution, "International Day of the World's Indigenous People", 9 of August, Decided by Resolution 49/214 of 23 Dec. 1994.

19. United Nation Economic and Social Council.

خبرگان اولین نشست خود را در سال ۲۰۰۲ برگزار و در آن‌جا نخستین گزارش خود را در زمینه‌ی حقوق فرهنگی مردم بومی منتشر نمودند. مباحث دیگری از قبیل آموزش و توسعه‌ی اجتماعی نیز در این گزارش آورده شده بود. هدف از ارائه‌ی این گزارش، ارتقای آگاهی جهانیان در مورد حقوق فرهنگی مردم بومی است و می‌توان روی کرد اصلی این گردهم‌آیی را، آشتی میان فرهنگ حاکم با فرهنگ، سنت‌ها و حقوق فرهنگی مردم بومی دانست.

بررسی "اعلامیه‌ی حقوق مردم بومی"^{۲۰} نشان می‌دهد که هفده ماده از چهل و شش ماده‌ی این اعلامیه، به حقوق فرهنگی اختصاص دارد و این نشان از اهمیت این دسته از حقوق در حمایت از حقوق این افراد دارد. مهم‌ترین حقوق فرهنگی شناخته شده در اعلامیه بدین شرح می‌باشد: حق بر رهایی از هر نوع تبعیض به ویژه تبعیض بر مبنای بومی بودن یا هویت، حق بر تعیین سرنوشت فرهنگی، اجتماعی و سیاسی، حق بر ایجاد و نگهداری نهادهای حقوق فرهنگی و امکان مشارکت در این نهادها، حق بر عدم جذب در فرهنگ اکثریت، حق بر حفظ سنت‌ها و فرهنگ‌های بومی، حق بر اجرای مراسم و سنت‌های مذهبی، و حق دریافت خسارت برای اموال فرهنگی، هنری و مذهبی که از آن‌ها بدون رضایت و اطلاع‌شان اخذ شده است، حق اظهار، اجرا، توسعه و آموزش مراسم و سنت‌های مذهبی و روحانی و حق نگهداری و حفظ جنبه‌های مذهبی و فرهنگی اهالی بومی، حق استفاده از اشیای سنتی و بازگرداندن اشیای سرقت شده به جایگاه اصلی و حق بر احیا و انتقال تاریخ، زبان، سنت‌های شفاهی و فلسفه‌ی متعلق به اجتماع خود به نسل بعدی؛ هم‌چنین دولت‌ها موظف هستند که مردم بومی را در جریان امور سیاسی، حقوقی و اداری قرار دهند. مسائل باید به گونه و زبانی مطرح گردد که اهالی بومی کاملاً با آن آشنا باشند و درک نمایند. حق بر ایجاد و کنترل سیستم آموزشی، و دسترسی به آموزش به زبان

20. General Assembly Declaration on the Rights of Indigenous People, 13 September 2007.

خود، حق بر بهره‌مندی از شان انسانی و تنوع فرهنگی، حق داشتن رسانه به زبان خود و دسترسی برابر به تمام رسانه‌های غیربومی، حق بر دسترسی به بهداشت، درمان سنتی و روش‌های سلامتی بومی، حق بر نگهداری، کنترل و حفاظت و توسعه‌ی میراث فرهنگی، دانش سنتی و بیان سنت‌های فرهنگی و بروز دانش، فناوری و فرهنگ با استفاده از منابع ژنتیک و انسانی، دانه‌ها، داروها، سنت‌های شفاهی، ادبیات، طراحی، ورزش، بازی‌های سنتی، هنری بصری و اجرایی، حق بر مالکیت معنوی بر میراث فرهنگی، دانش سنتی و سنت‌های فرهنگی، حق بر تعیین هویت، حق مردم بومی بر تفکیک توسط مرزهایی فرهنگی، در عین این که توسعه‌ی ارتباط و همکاری فرامرزی موجود باشد، از دیگر حقوق شناخته شده‌ی این افراد می‌باشد.

نگاهی به اسناد بین‌المللی حقوق بشر نشان می‌دهد که این اسناد نیز، کمابیش به همین حقوق اشاره کرده‌اند. نکته‌ی اصلی در اسناد حقوق بشری، در کنار اشاره به جنبه‌های مختلف حقوق فرهنگی، تأکید بر عدم تبعیض است.

برای اقلیت‌های زبانی و نژادی نیز مانند مردم بومی باید حمایت‌ها و حفاظت‌های خاص، در جهت تحقق حقوق‌شان وجود داشته باشد. مطابق با بند ۳۳ سند نهایی کنفرانس کپنهاگ، اشخاص متعلق به اقلیت‌های ملی، حق آزادی بیان، حفظ و گسترش هویت نژادی، فرهنگی، زبانی و مذهبی داشته و حق دارند از هر تلاشی که بر خلاف میلشان، در جهت جذب شدن در فرهنگ اکثریت صورت می‌گیرد، مصون بمانند.^{۲۱}

در همین حال، در چارچوب مقررات حقوق بشر نیز رویکردی عام و هم‌سو، در مورد اقلیت‌ها و مردم بومی وجود دارد. حقوق بین‌المللی بشر، باید مردم بومی و اقلیت‌ها، هم‌چنین افراد و گروه‌های درون آن‌ها را به رسمیت شناخته و از حقوق آنان حمایت نماید.

21. Document of The Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, <http://www.osce.org/documents/odihr/1990>.

این ایده در اعلامیه‌های "حقوق اقلیت‌های زبانی، مذهبی، نژادی و ملی"^{۲۲} و "حقوق مردم بومی"^{۲۳} آمده که باید حقوق شهروندی مردم بومی و اقلیت‌ها، مانند سایر شهروندان رعایت شود.

در کنار حقوقی که برای اقلیت‌ها و بومیان پیش‌بینی شده، تعهداتی نیز برای دولت‌ها در جهت حفظ و حمایت از حقوق این افراد در نظر گرفته شده است. کمیته‌ی حقوق بشر، در اعمال حقوق فرهنگی مردم بومی و اقلیت‌ها از سوی دولت‌ها، به حقوق زبانی و خودمختاری اقلیت‌ها بیش‌تر توجه کرده و رابطه‌ی این عوامل را با نهادها و شیوه‌های سنتی زندگی آنان مدنظر داشته است؛ کمیته تعهد اصلی کشورها، در حمایت از مردم بومی را شامل مقابله با موارد زیر می‌داند:

- تهدیداتی که فرهنگ اقلیت‌ها را به خطر می‌اندازد.
 - تهدیداتی که شیوه‌های استفاده‌ی آنان از زمین را تحت تأثیر قرار می‌دهد.
 - عواملی که باعث نابودی مذهب و سنت‌های آنان می‌شود.^{۲۴}
- در کنار حق بر آموزش به زبان خودی، دسترسی و داشتن رسانه به زبان مادری، از اهم مسائلی است که کمیته آن را تأیید کرده است و اشاره می‌کند که دولت‌ها باید این امکان را برای مردم بومی ایجاد نمایند. کمیته به منع انواع تبعیض نژادی و تبعیض نسبت به حقوق زبانی اقلیت‌ها، مردم بومی و مهاجران در امر آموزش اشاره کرده است و حق آنان بر آموزش به زبان مادری و دسترسی به رسانه‌ها به زبان مادری را تأیید می‌کند.^{۲۵}

22. Declaration on the Rights of Person Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, Adopted by General Assembly Resolution 47/135 of 18 December 1992.

23. Declaration on the Right of Indigenous People, Adopted by General Assembly on 13 September 2007.

24. A/44/18 Para 209 regarding Guiana.

25. A/53/18 Para 405, regarding Morocco.

کمیت به سایر جنبه‌های حقوق فرهنگی نیز توجه کرده است. در شاهد این مدعا می‌توان به مسئله‌ی حفظ هویت فرهنگی اقلیت‌ها و همچنین اتخاذ سیاست‌هایی از سوی دولت که زندگی مردم بومی و قبیله‌ای را، مطابق با سنت‌های آنان تضمین می‌کنند،^{۲۶} اشاره نمود. به همین روال، سایر حقوق فرهنگی که پیش‌تر به آن‌ها پرداخته شد، نیز شامل این توجه می‌گردند. حمایت از سنت‌ها و رسوم اقلیت‌ها و بومیان، تدریس تاریخ متفاوت برای این گروه، تدریس و آموزش به زبان مادری مردم بومی، مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و سیاست‌های فرهنگی، خودمختاری فرهنگی و توسعه‌ی منطقه‌ای فرهنگی، به همین منظور در مستندات آورده شده‌اند.^{۲۷}

در کشورهایی که اقلیت‌ها و مردم بومی زندگی می‌کنند؛ دولت‌ها باید شرایطی را برای حفظ هویت فرهنگی مردم بومی در نظر بگیرند. این امر موجب برقراری رابطه‌ی فرهنگی آنان با اکثریت جامعه می‌شود. به عنوان مثال، تعمیر و بازسازی مجسمه‌های بودا در بامیان افغانستان^{۲۸}، بردباری و هم‌بستگی فرهنگی را در این کشور ارتقا داد و سبب جلب اعتماد و اطمینان اهالی محل گردید. در نتیجه‌ی این امر، حس امنیت و تعلق خاطر آنان به جامعه ارتقا پیدا کرد.

فرهنگ و حقوق فرهنگی، تاثیر عمیقی بر هویت افراد دارند. اقدام‌های نمادین می‌

26. A/44/18 Para 51, regarding France.

27. A/45/18 Para 73, regarding Bangladesh.

۲۸. تندیس‌های بودا در بامیان در دل کوه در استان بامیان افغانستان ساخته شده بودند و بزرگ‌ترین تندیس‌های بودا و بلندترین مجسمه‌های سنگی در جهان به شمار می‌آمدند. این دو تندیس به بلندای ۵۳ متر و ۳۵ متر، در کنار مجموعه‌ای از بناهای تاریخی در این محل برای زمانی طولانی از جاذبه‌های اصلی گردش‌گری در افغانستان به شمار می‌رفتند. تندیس کوچک‌تر در سال ۵۰۷ میلادی، و تندیس بزرگ‌تر در سال ۵۵۴ میلادی ساخته شده است، و به ترتیب به نام شمامه و صلصال نامیده می‌شدند. تندیس‌های بودا در زمان حاکمیت طالبان بر افغانستان توسط دینامیت، توپ جنگی و سلاح ضد تانک در سال ۲۰۰۱ میلادی تخریب شدند.

تواند فضای مثبتی برای تغییر در جامعه پدید آورند؛ فضایی که منجر به روح دوستی و همکاری میان افراد کشور می‌شود. نمادهای فرهنگی که ریشه در تاریخ، هویت و ارزش‌های یک ملت دارند، بیش‌ترین تاثیر را ایجاد می‌کنند و این موضوع در مورد بومیان اهمیت بیش‌تری می‌یابد.^{۲۹}

گزارش‌گر ویژه‌ی کمیسیون حقوق بشر، در مورد حقوق فرهنگی به این نکته اشاره می‌کند که سیاست‌های فرهنگی می‌توانند از درگیری‌های متعدد جلوگیری کنند. به ویژه سیاست‌های دولت‌ها درباره‌ی مردم بومی، به درگیری‌ها و اختلاف‌ها در منطقه پایان داده است. توجه و اهمیت به حقوق فرهنگی، در جریان صلح گواتمالا نشان می‌دهد که حقوق فرهنگی تا چه اندازه در ساخت صلح موثرند.^{۳۰}

فاصله‌ی کوتاهی میان احترام به آزادی و حق مشارکت در زندگی فرهنگی اقلیت‌ها، مردم بومی و در حاشیه ماندن افراد این گروه وجود دارد. برقراری تعادل در این مورد دشوار است، زیرا مستلزم برقراری شرایطی است که آنان ضمن حفظ فرهنگ و هویت فرهنگی خود، در متن فعالیت‌های اجتماعی باشند و در حاشیه‌ی جامعه زندگی نکنند. از سوی دیگر، میان اقدام‌های مثبت دولت‌ها برای حفظ هویت اقلیت، با اراده‌ی جذب اقلیت‌ها و مردم بومی در فرهنگ اکثریت، نیز، فاصله اندکی است. در این زمینه باید کلیه‌ی اقدام‌ها با در نظر گرفتن اثرات و ابعاد مختلف فرهنگی و اجتماعی آن صورت گیرد. مشخص نیست که این اقدام‌های مثبت دولت‌ها در زمینه‌ی حقوق فرهنگی این گروه‌ها، به چه ترتیبی باید صورت گیرد که به جذب آنان در فرهنگ اکثریت منجر نشود؛ در حالی که شامل حمایت از این گروه‌ها نیز باشد.^{۳۱}

29. Xantaki, Alexandr, "Indigenous Rights Culture and Land", The European Journal of International Law, Vol.19, No.4, 2008. p.91.

30. , Stamatopoulou, op.cit.

31. Xantaki, op.cit., p.93.

در واقع باید دولت‌ها بر مبنای برقراری عدالت میان اکثریت و اقلیت جامعه، قدم بردارند تا بتوانند به حفظ و توسعه‌ی هویت فرهنگی اقلیت‌ها کمک کنند. تجربه نشان می‌دهد که اگر امکان فعالیت و آزادی در زمینه‌ی هویت فرهنگی فراهم باشد، وظیفه‌ی دولت‌ها در وضع اقدامات ایجابی کم‌تر می‌شود.^{۳۲}

در سال ۱۹۹۲ میلادی، "اعلامیه‌ی سازمان ملل متحد در مورد اقلیت‌ها"^{۳۳} تصویب شد و یادداشت‌های تفسیری نیز در سال ۲۰۰۵ بر آن اضافه گردید. "اعلامیه‌ی حقوق اقلیت‌های سازمان ملل"، پلی رابط میان حقوق فردی اقلیت‌ها، حقوق جمعی آنان و هم‌چنین تعهدات ایجابی دولت‌ها بود که بر اساس آن اقداماتی را برای حمایت از حقوق اقلیت‌ها اتخاذ نمایند.

در یادداشت‌های تفسیری که بر این اعلامیه در سال ۲۰۰۵ میلادی نوشته شد، بر حاکمیت دولت‌ها و تمامیت ارضی سرزمین آنان تاکید گردید. به خصوص این نکته مورد اشاره قرار گرفت که حق بر تعیین سرنوشت، مندرج در ماده‌ی اول میثاق، قابل اعمال بر افراد متعلق به اقلیت‌ها نمی‌باشد؛ و اعلام نمود، حق بر تعیین سرنوشت اقلیت‌ها، یک حق داخلی است که به منظور تضمین رعایت فرهنگ و توسعه‌ی اقتصادی و فرهنگی اقلیت‌ها استفاده می‌شود. هم‌چنین دولت‌ها متعهدند که شرایط حفظ هویت فرهنگی اقلیت‌ها را فراهم سازند. با این که اعلامیه، بر حق تعیین سرنوشت داخلی اقلیت‌ها تاکید می‌ورزد؛ ولی امکان پی‌گیری حق بر تعیین سرنوشت بین‌المللی این گروه را تحت شرایط خاصی منتفی نمی‌داند و بیان می‌کند: "این اعلامیه محدودیتی برای چنین شرایطی ایجاد نمی‌نماید."^{۳۴} بنابراین، متأسفانه تفسیر صریحی از این بخش از اعلامیه نمی‌توان نمود.

32. Stamatopoulou, op.cit., p.184.

33. Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, A/RES/47/135, 18 December 1992.

34. Ibid., para. 21.

برخی از ویژگی‌های حقوق فرهنگی به مردم بومی و اقلیت‌ها تعلق دارد و خاص آنان است. از این رو برای رفتار با اقلیت‌ها شرایط خاصی پیشنهاد می‌شود. این شرایط در زیر آورده شده‌اند:

- دولت و نهادهای دولتی موظفند، به تعهدات خود در زمینه‌ی رعایت آزادی افراد و گروه‌های اقلیت احترام گذاشته و برای مشارکت آزادانه‌ی آنان در زندگی فرهنگی، بیان هویت فرهنگی، و بیان فرهنگ خودی، امکانات لازم را فراهم آورند. دولت‌ها نباید، در اجرای این آزادی‌ها ممانعت و مداخله‌ای به عمل آورند. دولت‌ها وظیفه دارند حق مشارکت بومیان در زندگی فرهنگی را حفظ کرده و در قبال نقض این حقوق که توسط سایر افراد یا گروه‌های داخلی یا خارجی صورت می‌گیرد، از حقوق آنان دفاع کنند؛ در این راه اصل برابری و عدم تبعیض می‌تواند بهترین راهنمای کشورها باشد. مطابق با ماده‌ی دوم "میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی"، دولت‌ها باید قوانین و سیاست‌هایی اتخاذ کنند که در بهره‌مندی از حقوق فرهنگی، تبعیض و نابرابری پیش نیاید. اما اجرای اصل برابری به معنای جذب اجباری اقلیت‌ها در اکثریت جامعه نیست. مسلماً اقدامات ایجابی که کشورها برای تأمین امنیت و تضمین حقوق اقلیت‌ها انجام می‌دهند، از سوی سازمان ملل پذیرفتنی است و مورد حمایت قرار خواهد گرفت.
- هنجارهای بین‌المللی، رفتارهای فرهنگی‌ای را که منجر به نقض مقررات شناخته شده‌ی حقوق بشر می‌شوند، منع نمایند. حقوق اقلیت‌ها و مردم بومی، بخشی از رژیم حقوق بین‌المللی بشر است. در قبال اقدام‌هایی که به نقض حقوق بشر می‌انجامد، دولت‌ها موظفند سیاست‌های اصلاحی و محدودکننده‌ای را اتخاذ کنند.
- افراد عضو گروه‌های اقلیت اختیار کامل دارند که در زندگی و فعالیت‌های فرهنگی شرکت کنند و یا از شرکت کردن امتناع کنند. این اختیار و آزادی، هیچ پیامد حقوقی و جزایی به دنبال نخواهد داشت و دولت‌ها موظفند آزادی انتخاب مردم را تضمین کنند.

- حقوق فرهنگی مردم بومی و اقلیت‌ها شامل حق بر آموزش نیز می‌باشد.
- سایر حقوق فرهنگی اقلیت‌ها به شرح زیر است:
 - حق استفاده از زبان خود، در زندگی خصوصی و شخصی، و حتی جنبه‌هایی از زندگی عمومی و اجتماعی؛
 - حق داشتن مدارس اختصاصی؛
 - حق بهره‌مندی از آموزش به زبان مادری؛
 - حق ترویج فرهنگ از طریق وسایل ارتباطی جمعی، رسانه‌ها، موزه‌ها و تئاتر؛
 - حق اجرای مراسم مذهبی، با توجه به اصل عدم تبعیض و برابری؛
 - حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌های فرهنگی که بر زندگی آنان موثر است؛
 - حمایت از آثار علمی، هنری، میراث شفاهی و انسانی اقلیت‌ها، و حفظ و حراست آن‌ها.

تمام مطالب ذکر شده، موضوعاتی حساس برای حفظ میراث فرهنگی مردم بومی و اقلیت‌هاست.

- مردم بومی و اقلیت‌ها حق دارند، فرهنگ را از طریق نهادهای خود توسعه دهند و در ارائه‌ی تعریف و تبیین سیاست‌های فرهنگی مربوط به خود شرکت کنند. دولت‌ها باید، در این موارد با مردم بومی و اقلیت‌ها به طور شفاف مذاکره کنند، و بر مبنای اصول دموکراسی تصمیم بگیرند.^{۳۵}
- آموزش گروه اکثریت جامعه، باید دربرگیرنده‌ی آموزش‌هایی مربوط به تنوع فرهنگی و فرهنگ اقلیت‌ها و بومی‌های ساکن در کشور باشد. یادگیری تنها محدود به آموختن در مراکز آموزشی نیست. برای آموزش بزرگ‌سالان و مسئولان شیوه‌های مختلفی وجود دارد. رسانه‌ها و سازمان‌های دولتی و غیردولتی نقش مهمی در تحقق

35. Xantaki, op.cit., p.96.

این امر دارند.

- هر چند که در اسناد حقوق بشری، حقوق فرهنگی یک حق جمعی تلقی نشده است، اما نمی‌توان عناصر جمعی حقوق فرهنگی را نادیده گرفت؛ به ویژه زمانی که بحث از مردم بومی و اقلیت‌ها پیش می‌آید. در اسناد بین‌المللی به این امر اشاره شده است که افراد عضو اقلیت‌های نژادی، زبانی، مذهبی و یا مردم بومی، حق بهره‌مندی از حقوق فرهنگی را به صورت فردی یا جمعی و همراه با سایر اعضای گروه دارند.
- "محدودیت‌های احتمالی مقررات حقوق بین‌الملل برای زمانی که حقوق فرهنگی افراد با حقوق جمعی تعارض پیدا می‌کند، واضح نیست. مطابق با اصول عمومی حقوق بشر، باید چنین محدودیت‌هایی بر مبنای سایر اصول بنیادین حقوق بشر در نظر گرفته شود؛ و در مدت زمانی مشخص یا تا وقتی نیاز و اجباری هست برقرار باشند. چنین محدودیت‌هایی، زمانی برای افراد برقرار می‌شوند که حیات و سلامت گروه اجتماعی بزرگ‌تری در معرض تهدید و خطر باشد. البته هر نوع محدودیتی تنها به صورت موردی، قابل اعمال خواهد بود."^{۳۶} در مورد اقلیت‌ها و مردم بومی اتخاذ رفتار هماهنگ و یکسان با اکثریت جامعه ضروری نیست، زیرا در بسیاری از موارد رفتار هماهنگ موجب تبعیض می‌گردد. به ویژه در مورد بعضی گروه‌ها که تبعیض مثبت، برای متعادل سازی شرایط این گروه‌ها ضروری به نظر می‌رسد.
- دسته‌ای از سنت‌ها و رفتارهای فرهنگی مردم بومی و گروه‌های اقلیت، بر حقوق بین‌المللی بشر منطبق نیست، و عملاً حقوق بشر را نادیده گرفته و یا اصولاً پایمال می‌کند. به ویژه در مورد برخی از رفتارها و سنت‌ها و یا اعمال طب سنتی در مورد زنان، دختران و یا کودکان نمی‌توان از دولت‌ها انتظار داشت که برای حفظ حریم اقلیت‌ها و وحدت و تمامیت آنان در برابر این گونه رفتارها سکوت کرده، آن را

36. Stamatopoulou, op.cit., p. 173.

مجاز بدانند و یا در گسترش و حفظ این رسوم با اقلیت‌ها همکاری کنند. از دیدگاه تئوری‌های حقوق بشر، این باورها و سنت‌ها تا حدی مجازند و امکان بروز و اجرای آن‌ها وجود دارد که با معیارها و استانداردهای حقوق بین‌المللی بشر منطبق باشند، و دولت‌ها نباید به بهانه‌ی احترام به حقوق فرهنگی، مذهبی و نژادی مردم بومی اجازه دهند که سنت‌های ضد حقوق بشری اعضای جامعه‌ی اقلیت را دچار آسیب و تنگنا کند و از حقوق انسانی محروم نماید.

مبحث دوم: حقوق فرهنگی مردم بومی و اقلیت‌ها در رویه‌ی بین‌المللی

در سال ۱۹۳۵ میلادی، دیوان دایمی دادگستری نظریه‌ای در مورد "مدارس اقلیت در آلبانی" منتشر کرد.^{۳۷} در این نظریه، حقوق اقلیت‌ها در معاهدات اروپایی بررسی و اعلام شد اقلیت‌ها باید در جامعه از جایگاه اجتماعی برابر با اکثریت برخوردار باشند؛ دولت‌ها باید قدم‌هایی برای حفظ و حمایت از ویژگی‌های آنان بردارند و همچنین حمایت از حقوق اقلیت‌ها را در جامعه تضمین نمایند.

دیوان آورده است که: "اگر اقلیت‌ها از داشتن نهادهای مربوط به خود محروم باشند، هیچ برابری اجتماعی میان اکثریت و اقلیت جامعه وجود نخواهد داشت". در نظریه‌ی دیوان، نکاتی به چشم می‌خورد؛ اولین نکته این که این نظر، تئوری تعهد ایجابی دولت‌ها. مبنی بر اتخاذ اقدام مناسب برای حفظ ویژگی‌های بومی و ملی، و مشارکت اقلیت‌ها در تصمیمات و سیاست‌های کلی را تایید می‌نماید.

از نقطه‌نظر سابقه‌ی تاریخی، مسئله با پیچیدگی‌هایی همراه بود. پرسش اصلی در پرونده‌ی مدارس اقلیت‌ها در آلبانی این بود که آیا گروه اقلیت یونانی حق دارند مدرسی تاسیس کنند که به زبان یونانی آموزش دهند. چالش این بود که اولاً تاسیس مدارس

37. "Minority Schools in Albania", Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion, No. 26, 6/April/1935.

خصوصی، حتی در سطح ابتدایی پس از اصلاحات قانون اساسی آلبانی، ممنوع شده بود؛ ثانیاً از سال ۱۹۲۰ میلادی، در جنوب آلبانی تعدادی مدرسه برای اقلیت یونانی وجود داشت که توسط دولت تاسیس شده بودند و تحت نظارت وزارت آموزش و پرورش اداره می‌شدند. از سوی دیگر در جامعه‌ی آلبانی، اقلیت ارتدوکس حتی با تغییر قانون اساسی، حق داشتن مدرسه به زبان خود را در تمام سطوح داشت؛ اما در روند سکولاریزه کردن آموزش در سال ۱۹۳۳ میلادی، مواد ۲۰۷ و ۲۰۶ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۲۸ اصلاح شد؛ به موجب قانون جدید، کلیه‌ی مدارس باید زیر نظر دولت اداره می‌گردید و مدارس خصوصی از هر نوع باید تعطیل می‌شدند.

دیوان در این مورد اعتقاد داشت که تمام آلبانیایی‌های متعلق به اقلیت‌های زبانی، مذهبی و نژادی، باید از امنیت و رفتار مشابه با اکثریت جامعه برخوردار باشند؛ و هم‌چنین حق ویژه‌ای برای دسترسی برابر به فرصت‌ها و موقعیت‌های موجود در جامعه مانند مدارس، مراکز آموزشی، مذهبی، فرهنگی و نظایر آن‌ها، با حق استفاده از زبان خود داشته باشند. دیوان در نظریه‌ی خود به مسئله‌ی برابری اقلیت‌ها با اکثریت، و حق آنان بر داشتن نهادهایی برای آموزش به زبان مادری و تعیین منابع آموزشی اشاره کرد؛ هم‌چنین اعلام نمود حفظ امنیت و ثبات، در کشوری که در آن اقلیت‌های گوناگون زندگی می‌کنند، با رعایت این دو اصل ممکن است:

۱- تضمین برابری کامل اقلیت‌ها با اکثریت جامعه، و احترام کامل به حقوق آنان؛

۲- تضمین این که اقلیت‌ها دسترسی کامل به ابزار مناسب، برای حفظ ویژگی‌های نژادی، سنت‌ها و خصیصه‌های ملی خود داشته باشند.

دیوان به این امر اشاره کرد که اگر اقلیت‌ها از دسترسی به نهادهای مربوط به خود منع شوند، برابری بین افراد جامعه برقرار نخواهد شد. دیوان هم‌چنین اعلام کرد که اقلیت‌های زبانی در آلبانی، حق دسترسی به مدارس دارند که در آن مدارس به زبان مادری اقلیت‌ها تدریس شود، ولی این امر، بدان معنا نیست که زبان رسمی کشور در این مدارس تدریس

نشود.^{۳۸}

در نظریه‌ی دیوان نکاتی دیده می‌شود که راهنمای رفتار با اقلیت‌هاست. پیش از آن که در اسناد بین‌المللی به حقوق اقلیت‌ها اشاره شود، دیوان به حق برابری و عدم تبعیض در جامعه توجه کرده است. مهم‌ترین نکته‌ی مطرح شده در نظریه‌ی دیوان، شناسایی حق اقلیت‌ها بر تاسیس و در اختیار داشتن نهادهای خاص اقلیت‌هاست. حق بر آموزش به زبان مادری نیز، در نظر دیوان برای اولین بار مورد اشاره قرار گرفت و پس از آن به عنوان یک حق فرهنگی شناخته شد.

کمیته‌ی حقوق بشر، تفسیری از ماده‌ی بیست و هفتم "میثاق مدنی و سیاسی" ارائه داد که در جای خود اهمیت فراوان دارد. کمیته در تفسیر خود، بهره‌مندی از حقوق مندرج در ماده‌ی ۲۷ را لطمه‌ای به حاکمیت و وحدت سرزمینی کشورهای عضو نمی‌داند. هم-چنین این نکته را خاطرنشان می‌کند که حقوق فرهنگی، اگر به عنوان روش زندگی شناخته شوند، به منزله‌ی استفاده از سرزمین و منابع آن نیز می‌تواند تعبیر گردد. در نتیجه‌ی این تفسیر، این حقوق را می‌توان برای مردم بومی و اقلیت‌ها هم منظور داشت. کمیته، ماده‌ی بیست و هفتم را شامل غیر اتباع نیز می‌داند؛ یعنی حقوق فرهنگی بر کارگران مهاجر و گردش‌گرانی که در کشورها زندگی می‌کنند نیز قابل اعمال است. نکته‌ی حائز اهمیت این است که موجودیت و هویت اقلیت‌های نژادی، مذهبی و زبانی بستگی به تصمیم کشورهای عضو ندارد، بلکه توسط معیارهای عینی مشخص می‌شود.^{۳۹}

"کمیته‌ی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بررسی گزارش کشورهای عضو در مورد وضعیت حقوق فرهنگی اقلیت‌ها، بر حقوق زبانی اقلیت‌ها تاکید کرده و

38. Advisory Opinion, No.26, available at: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decision/1935.04.06Albania>.

39. General Comment No. 23: the Right of Minorities (Art 27), CCPR/C/Rev.1/Add.5.1994. para. 7.

خودمختاری فرهنگی آنان را به معنای داشتن نهادهای مشورتی و فرهنگی، برای اعمال سنت‌ها و شیوه‌های زندگی، مذهب، دانش، فرهنگ و حقوق فرهنگی به رسمیت شناخته و هم‌چنین نحوه‌ی حمایت کشورها از این حقوق را تعیین کرده است.^{۴۰}

کمیته در تفسیر ماده‌ی بیست و هفتم، دوباره به مسئله‌ی حقوق مردم بومی و قبیله‌ای، در نحوه‌ی استفاده‌ی سنتی از زمین اشاره نمود و تاکید کرد که باید کشورها با اقلیت‌ها در مورد مسائل مربوط به آنان مشورت کنند. می‌توان برای مثال به پرونده‌ای که در این زمینه با شکایت مائوری‌ها^{۴۱} علیه دولت نیوزیلند مطرح شد اشاره نمود.^{۴۲}

در این پرونده، کمیته پذیرفت که ماهی‌گیری و کنترل آن، یکی از عناصر اساسی فرهنگ اقلیت‌هاست و طبق ماده‌ی ۲۷، دولت‌ها باید از فعالیت‌های اقتصادی اقلیت‌ها حمایت کنند. از دید کمیته، بدون شک فعالیت اقتصادی و نحوه‌ی استفاده‌ی اقلیت‌ها و مردم بومی از زمین و منابع طبیعی، بخش مهمی از فرهنگ آنان را تشکیل می‌دهد. از این رو، باید هر تصمیمی در این خصوص با مشورت و همراه با نظر گروه‌های اقلیت اتخاذ شود.

در پرونده‌ای مشابه، پرونده‌ی /منیک شکایتی علیه دولت کانادا مطرح کرده بود. کمیته مجدداً بر این نکته صحه گذاشت که فعالیت اقتصادی اقلیت‌ها، بخشی از حقوق فرهنگی مورد حمایت ماده‌ی بیست و هفتم است.^{۴۳}

در سال ۱۹۹۶ میلادی پرونده‌ی دیگری در مورد فنلاند طرح گردید. در مطالعه و اعلام رای این پرونده نیز کمیته به این امر اشاره کرد: "اقدام‌هایی که تاثیر محدودی بر روش زندگی اقلیت‌ها دارند، الزاماً به نقض ماده‌ی ۲۷ منجر نمی‌شود؛ اما به هر رو از این

40. Annual Report 2001, OHRCR/A/C/N/08, pp.21-25.

41. Māori.

42. A/ 56/40. Volume 1 - a Communication NI 1547/.

43. Ominayk v. Canada, OHCCR/C/120/2002.

اقدام‌ها باید تفسیر مضیق به عمل آورد؛ چرا که عبارات واضح نیستند و تفسیر آن دشوار است.^{۴۴} این پرونده درباره‌ی نهادهای مذهبی اقلیت‌ها و فعالیت آن‌ها در کشور بود که کمیته در مورد محدودیت‌های وضع شده از سوی دولت، برای ادامه‌ی فعالیت این موسسات نظر منفی نداشت.

کمیته به حقوق فرهنگی افراد بومی به ویژه حقوق زبانی آنان، جدای از گروه اجتماعی ایشان نیز اشاره کرده است. رویه‌ی کمیته، این امر را پذیرفته است که گاهی اعمال محدودیت بر حقوق فرهنگی افراد ممکن است برای سلامتی و حیات فرد، یا اقلیت و یا مردم بومی خطرناک باشد.

گاهی اوقات حقوق فرهنگی اقلیت‌ها، به معنای حکومت و حق تعیین سرنوشت مطرح می‌شود. در "سازمان امنیت و همکاری اروپا"^{۴۵}، تئوری‌هایی درباره‌ی اقلیت‌ها مطرح شده است، از جمله به این نظریه اشاره شده که حق بر تعیین سرنوشت داخلی، نمی‌تواند خصیصه‌ی غیر سرزمینی داشته باشد.^{۴۶}

"گروه کاری سازمان ملل در مورد اقلیت‌ها"^{۴۷} نیز این مسئله را مورد بررسی قرار داد و این نظر را تایید کرد که خودمختاری فرهنگی برای حمایت از مفاهیم فرهنگی است و تعریف سرزمینی ندارد.^{۴۸}

این نوع از خودمختاری می‌تواند بسیار مفید باشد؛ به ویژه زمانی که مردم بومی یا

44. OHCCR/C/f/c/I-140.

45. European Security and Co-operation Organization (OCSE).

46. "Draft Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous People", Sub-Commission on Human Rights Decision 2000/107, United Nation High Commissioner for Human Rights, at: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.DEC.2000.107.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.DEC.2000.107.En?Opendocument)

47. The United Nation Working Group on Minorities.

48. 90A/51/18 Para 111 regarding Hungary.

اقلیت‌ها، در سراسر سرزمین پراکنده شده‌اند. "کمیته‌ی رفع تبعیض نژادی" نیز از خودمختاری فرهنگی اقلیت‌ها حمایت می‌کند.^{۴۹}

اتفاق نظری که در مورد خودمختاری فرهنگی اقلیت‌ها وجود دارد، با سایر حقوق اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، مدنی و سیاسی متفاوت است. در واقع، باید جنبه‌ی جمعی حقوق فرهنگی را در مورد اقلیت‌ها در نظر بگیریم؛ به ویژه این واقعیت را که دولت‌ها باید در هنگام برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی، با اقلیت‌ها هماهنگ باشند. مفهوم خودمختاری فرهنگی، مفهومی است که در بسیاری از موارد ممکن است کاربردهای سیاسی داشته باشد؛ به ویژه در مورد درخواست‌های سیاسی که مربوط به حقوق سرزمینی است.

برای اولین بار جامعه‌ی ملل در قضیه‌ی جزایر آلاند مسئله‌ی اقلیت‌ها را مطرح نمود.^{۵۰} مردم آن جزایر می‌خواستند که از فنلاند جدا شوند و به سوئد بپیوندند. جامعه‌ی ملل دو کمیسیون را مسئول بررسی رابطه‌ی میان اقلیت‌ها، حق بر تعیین سرنوشت، و وضعیت حقوقی جزایر آلاند کرد. در اولین کمیسیون در مورد جزایر آلاند، این نکته مدنظر قرار گرفته شد که در میثاق، به تعیین سرنوشت اشاره نشده است و بنابراین جزئی از حقوق موضوعه‌ی حاکم بر ملت‌ها نیست.^{۵۱} کمیسیون بر این مبنا استدلال کرد: "حقوق بین‌الملل، حق ملت‌ها برای جدایی از کشور اصلی را به رسمیت نمی‌شناسد؛ چرا که این حق، مغایر با اصل حاکمیت کشورها و بخشی از مسائل داخلی است و جامعه‌ی بین‌المللی نمی‌تواند در

49. "Committee on Elimination of Racial Discrimination", available at: <http://www.ohcr.org/E/Doc/14/75>.

50. Aland Islands.

51. "Report of the International Commission of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion the Legal Aspect of the Aland Islands Question" (Larnaude, Huber, Struycken), LNOJ, ss no .3, October 1920, pp.5-6.

آن مداخله نماید. اما در این مورد، چون فنلاند در حال جدایی از روسیه است و در مرحله-ی انتقال وضعیت به سر می‌برد، مسئله‌ی جزایر آلاند صرفاً یک مسئله داخلی تلقی نمی‌شود؛ و کمیسیون حقوق دانان بر این باور است که دولت‌ها نمی‌توانند از اقتدار خود نسبت به اقلیت‌ها سوء استفاده کنند و در نهایت این وضعیت تبدیل به یک اختلاف بین‌المللی شده است.

در این مورد آن‌ها اعتقاد داشتند که فنلاند باید حفظ حقوق اقلیت‌ها و نقش آنان را در آینده تضمین کند. متعاقب این نظر، کمیسیون حاکمیت فنلاند را بر جزیره‌ی آلاند به رسمیت شناخت؛ و برای تضمین حقوق اقلیت‌ها مقرراتی وضع کرد که حقوق فرهنگی این گروه، از جمله زبان و هویت فرهنگی مردم جزیره را تضمین نماید.^{۵۲}

مقرراتی که برای حمایت از اقلیت‌های جزایر آلاند پیشنهاد شد، به الگویی برای حمایت از حقوق اقلیت‌ها در قاره‌ی اروپا تبدیل گردید. هرچند که پیش از آن، حق بر تعیین سرنوشت این گروه‌ها نادیده گرفته می‌شد، اما پس از قضیه‌ی جزایر آلاند، این مقررات برای تضمین حقوق اقلیت‌ها مجدانه اعمال گردید. هم‌چنین در مورد دیگری در همان سال‌ها، در پایان جنگ جهانی اول و در جریان مذاکرات صلح ورسای در سال ۱۹۱۹، متفقین^{۵۳} تلاش کردند که در مورد حقوق اقلیت‌ها مقرراتی را وضع کنند و کشورهای مغلوب در جنگ را ترغیب به پذیرش مقرراتی جهت تضمین حقوق فرهنگی

52. Resolution of 24 June 1921, LNOJ SS No.5,p.24 at p.34, and Convention Relating to the Status of the Aland Islands, 20 October 1921, 9 LNTS 212.

۵۳. دول اصلی در اتحاد علیه آلمان و متحدانش عبارت بودند از: بریتانیا، فرانسه و روسیه. هم‌چنین دولت‌های دیگری در این اتحاد حضور داشتند که شامل کشورهای بلژیک، صربستان، ایتالیا، ژاپن، یونان و رومانی می‌شدند، ولی به عنوان دول فرعی اتفاق شناخته می‌شدند. ایالات متحده نیز بعداً به عنوان قدرت یاور (Associated Power)، و به دلیل حمله‌ی آلمان به خطوط کشتیرانی بین‌المللی و هم‌چنین تلگرام زیرمزمین، وارد جنگ گردید.

افراد و اقلیت‌ها نمایند^{۵۴}.

پیشنهادهایی که برای حمایت از حقوق فرهنگی اقلیت‌ها ارائه می‌شد، عبارت بودند از:

۱. اصل عدم تبعیض میان اقلیت‌ها و اکثریت جامعه - در اجرای این اصل، اقلیت‌ها می‌توانستند از کلیه‌ی حقوق سیاسی و مدنی، مانند اکثریت افراد جامعه، بهره‌مند شوند. اجرای این اصل، تنها با منظور داشتن مفهوم عدم تبعیض در قوانین کشورها و حذف قوانین تبعیض‌آمیز ممکن بود.

۲. اصل حقوق برابر - اقلیت‌ها می‌بایست از حقوق برابر برای تاسیس، کنترل و مدیریت نهادهای خیریه، فرهنگی، مذهبی و آموزشی مانند اکثریت جامعه بهره‌مند باشند. برای دستیابی به این هدف، باید اقلیت‌ها امکان آموزش به زبان خود را داشته باشند.^{۵۵}

واضح است که متفقیین با وضع این مقررات قصد نداشتند که نوعی "خودمختاری" به اقلیت‌ها بدهند، و یا دولتی درون دولت‌ها به وجود آورند؛ به همین سبب در اسناد و مذاکرات، از واژه‌ی "افراد اقلیت"^{۵۶} استفاده شده است، و نه از واژه‌ی "اقلیت‌ها"^{۵۷}. متفقیین به این نکته توجه داشتند که بدون تضمین هویت اقلیت‌ها، صلح در مناطق دارای اقلیت برقرار نخواهد شد. دیوان دایمی دادگستری، در قضیه‌ی مدارس اقلیت‌های آلبانی نیز به این نکته اشاره کرده است.^{۵۸}

با این که "حق بر تعیین سرنوشت" برای اقلیت‌ها به رسمیت شناخته نشد، ولی توافقی

54. FilipaVrdoljak, Ana, "Self-determination and Cultural Rights", Cultural Human Rights Journal, printed in Netherland, 2008. p.24.

55. Ibid; p. 31.

56. Member of Minorities.

57. Minority.

58. Xanthaki, op.cit., p. 18, para. 2.

برای حفظ حقوق و هویت فرهنگی اقلیت‌ها، در سایه‌ی فرهنگ غالب صورت گرفت. بر اثر این توافق، کشورهای اروپایی متعهد شدند که این مقررات را پذیرفته و مقررات داخلی خود را با موازین بین‌المللی هماهنگ نمایند؛ هرچند که در بین دولت‌ها این اعتقاد وجود داشت که این مقررات تهدیدی برای حاکمیت، امنیت داخلی و ثبات ملی آنان است. شاید این مقررات، قدرت حاکمه را در اعمال قوانین خودسرانه و یک‌طرفه بر مردم کشور محدود می‌کردند، اما این محدودیت‌ها و حقوق پیش‌بینی شده، برای حفظ صلح و امنیت منطقه‌ای و بین‌المللی بود.^{۵۹}

حق بر تعیین سرنوشت می‌تواند بر حقوق فرهنگی اقلیت‌ها اثر بگذارد. همان طور که گزارش‌گر ویژه‌ی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۸ میلادی، در مورد تحولات تاریخی و اخیر حق بر تعیین سرنوشت و ارتباط آن با حقوق فرهنگی می‌گوید: "حق افراد بر انتخاب و توسعه‌ی آزادانه‌ی فرهنگ، بهره‌مندی و غنا بخشیدن به میراث فرهنگی، از نتایج اجرای اصل حق بر تعیین سرنوشت مردم است؛ که در نهایت، موجب امنیت و ثبات منطقه و جامعه‌ی بین‌المللی گشته است". وی اعتقاد دارد که حق بر تعیین سرنوشت، تضمین‌کننده-ی حقوق فرهنگی و توسعه‌ی فرهنگی افراد است. او همچنین امیدوار است که استعمارزدایی فرهنگی، تا حدودی به تقویت فرهنگ حقوق بشر و امنیت در جهان کمک کند.^{۶۰}

59. Humphrey, J., "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century in International Law Association", The Present State of International Law and other Essays, Deventer, 1937, p.101.

60. A.Cristescu, "The Historical and Current Development of the Right to Self-Determination on the Basis of the Charter of the United Nations and Other Instruments adopted by the United Nation Organs, with Particular Reference to the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Final Report, 3 July 1978, UN Doc.E/CN.4/9330, para. 18.

نظرات گزارش‌گر ویژه، با ماده‌ی اول دو میثاق هماهنگی دارد. در گزارش وی، خودمختاری مردم بومی و امکان بهره‌برداری آن‌ها از ثروت‌های طبیعی و ملی ایشان، به رسمیت شناخته شده است. این نکته حائز اهمیت است که همواره مسئله‌ی حق بر تعیین سرنوشت و حقوق فرهنگی، در کنار مسئله‌ی حق حاکمیت بر منابع طبیعی و ثروت‌های ملی مطرح می‌گردد. باید اضافه نمود که توسعه‌ی حقوق فرهنگی در جامعه‌ی بین‌المللی با شناسایی حقوق اقلیت‌ها هماهنگ است.

دیگر گزارش‌گر سازمان ملل، درباره‌ی موضوع مربوط به اقلیت‌ها می‌گوید: "دولت‌هایی که به اصل حاکمیت کامل و انحصاری و تمامیت سرزمینی اعتقاد دارند، باید سایر اصول مندرج در منشور سازمان ملل متحد، مانند دموکراسی و حقوق بشر را نیز اجرا نمایند".^{۶۱} این نظرات در کنفرانس جهانی حقوق بشر، در ۱۹۹۳ میلادی، در وین نیز منعکس شد.

مردم بومی در تعریف، به دلیل ویژگی‌های خاص تاریخی و فرهنگی، از اقلیت‌ها تفکیک شده‌اند؛ اما به طور کلی این مقررات برای مردم بومی نیز اجرا می‌شود. در ماده‌ی سوم اعلامیه‌ی حقوق مردم بومی، به حق بر تعیین سرنوشت اشاره شده است. شناسایی حق بر تعیین سرنوشت، برای مردم بومی در حوزه‌ی حقوق فرهنگی، مساوی با برقراری عدالت برای آنان و برخورداری از امکانات مساوی با اکثریت جامعه می‌باشد.

در بررسی رویه‌های بین‌المللی، این نکته به وضوح دیده می‌شود که رویه‌های بین‌المللی، پیش از اسناد بین‌المللی، به مسئله‌ی حفظ و حمایت از حقوق اقلیت‌ها پرداخته‌اند، و حقوق فرهنگی آنان را به رسمیت شناخته‌اند. هم‌چنین علاوه بر آن، رویه‌های بین‌المللی، تاسیس سازوکارهایی برای حمایت از حقوق اقلیت‌ها و مردم بومی را ضروری می‌بینند.

61. Absjorn, Eide; Krause, Catrina and Rosas, Allan, economic, Social and Cultural Rights: A Text Book, Second Revised Edition; The Hague, The Netherland, Kluwer Law International, 2001, p.24.

کمیته، مسئله‌ی مشارکت آنان در تعیین سیاست‌های فرهنگی را پذیرفته است و از دید کمیته این موضوع صرفاً سیاسی نیست و امری فرهنگی تلقی می‌شود که بر سیاست‌های اقتصادی تأثیر می‌گذارد.

مبحث سوم: تأثیر اجرای حقوق فرهنگی بومیان و اقلیت‌ها

در مورد حقوق فرهنگی بومیان و اقلیت‌ها، نکته‌ی اصلی آزادی انتخاب فرهنگ و زندگی فرهنگی است. دولت‌ها باید این حق را برای مردم بومی و اقلیت‌ها به رسمیت بشناسند، تا آنان بتوانند فرهنگ و شیوه‌ی زندگی خود را انتخاب نمایند. بدیهی است، این آزادی در چارچوب مقررات حقوق بشر قابل پذیرش و احترام است و قطعاً نباید شیوه‌ی زندگی انتخابی اقلیت‌ها و مردم بومی با مقررات حقوق بشر در تعارض باشد.^{۶۲} گروه اقلیت و مردم بومی باید به حق انتخاب افراد که در اسناد بین‌المللی حقوق بشر آمده است، احترام بگذارند. چه بسا افرادی که متعلق به اقلیت یا گروه نژادی و یا مذهبی خاصی هستند و تمایل دارند که فرهنگ اکثریت جامعه را بپذیرند. این حق در ماده‌ی سوم "اعلامیه‌ی حقوق افراد متعلق به اقلیت‌های نژادی، مذهبی و زبانی" به رسمیت شناخته شده است. هم-چنین ماده‌ی چهارم این سند مقرر می‌دارد "اعمال فرهنگ خاص توسط گروه اقلیت، زمانی محدود می‌شود که این اقدام‌ها، نقض‌کننده یا مغایر با استانداردهای حقوق بین‌الملل باشند".

در بند سی و دوم سند اجلاس کپنهاگ، در "کنفرانس امنیت و همکاری در اروپا"، آمده است: "تعلق به گروه اقلیت یا بومی، مسئله‌ای فردی است و نباید از این انتخاب زبانی متوجه افراد گردد".^{۶۳}

62. Ghanea, Nazilaand; Xanthaki, Alexander; Minorities, People and Self-determination, Martinus NIJHOFF Publishers, 2007, p.117.

63. Copenhagen Doc., adopted 1990, available at: <http://www.ocse.org>.

حقوق فرهنگی از جمله حقوقی هستند که هم جنبه‌ی جمعی آن‌ها قابل احترام و حمایت است و هم جنبه‌ی فردی آن باید مورد حمایت قرار بگیرد. از جنبه‌ی فردی، هر فرد حق دارد که روش زندگی فرهنگی خود را انتخاب نماید و این انتخاب نباید عواقبی برای فرد به همراه داشته باشد.

حق دیگر فرهنگی که با توجه به ویژگی بومیان و اقلیت‌ها، حمایت و احترام به آن دارای اهمیت اساسی است، حق بر حفظ زبان بومی و آموزش به آن زبان می‌باشد. از آن-جایی که زبان در اجتماع جنبه‌ی محوری دارد، موضوع تمام محدودیت‌ها و محرومیت‌ها قرار می‌گیرد. قدرت‌های سیاسی در زمان جنگ به هنگام تصرف و اشغال یک سرزمین و یا حتی در زمان صلح، در وضع مقررات مربوط به زبان سخت‌گیری می‌کنند. مهم‌ترین جنبه‌های حقوق فرهنگی اقلیت‌ها و مردم بومی، با زبان آنان ارتباط دارد.^{۶۴}

زبان، یکی از دلایل اصلی تمایز افراد از یکدیگر است. زبان تنها یک راه برقراری ارتباط نیست، بلکه یکی از عناصر مهم شکل‌دهنده‌ی محیط پیرامون انسان است. احترام به حقوق زبانی افراد، باید شامل احترام به حقوق زبانی جمعی آنان نیز باشد و مردم بومی و اقلیت‌ها باید بتوانند از زبان خود در محیط‌های عمومی مانند دادگاه، ادارات دولتی، رسانه‌ها و مدارس استفاده نمایند.^{۶۵}

اگر دسترسی اقلیت‌ها یا بومیان به زبان مادری محدود شود، آنان مسیر ارتباط با فرهنگ، رسوم و تاریخ خود را از دست می‌دهند. در واقع هیچ عنصری مانند زبان، موجب جذب اقلیت‌ها در فرهنگ اکثریت و از بین رفتن فرهنگ‌های خاص نمی‌شود. مردم بومی و قبیله‌ای همواره قربانیان سیاست جذب فرهنگی بوده‌اند که در نهایت به از بین رفتن زبان

64. Absjorn, op.cit., p.68.

65. Stamatopoulou, op.cit., p.48.

و فرهنگ ایشان منجر شده است.^{۶۶}

در برخی از کشورها زبان مردم بومی و اقلیت‌ها، به عنوان زبان رسمی به رسمیت شناخته شده است (مانند زبان مائوری در نیوزیلند). در برخی از کشورها نیز آزادی و حق استفاده از زبان مادری، برای اقلیت‌ها به رسمیت شناخته شده است. کمیته‌ی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تأکید می‌کند "کشورها موظفند اقدام‌های ایجابی برای تضمین آموزش، متناسب با فرهنگ مردم بومی و اقلیت‌ها، اتخاذ نمایند.^{۶۷}"

آموزش به زبان مادری، یکی از مهم‌ترین حقوق این گروه است؛ اما در عمل، اجرای این حق، حتی در مورد حقی بدیهی مانند آموزش مقطع ابتدایی، با دشواری‌های زیادی همراه است. اسناد و نهادهای حقوق بشری مانند کمیته‌ی حقوق بشر و کمیته‌ی منع انواع تبعیض نژادی به این حق توجه ویژه‌ای کرده‌اند.

در تبیین حق بر آموزش در اسناد سازمان ملل آورده شده است: "دولت‌ها می‌پذیرند که امکانات و وسایل مورد نیاز آموزش به زبان مادری را فراهم نمایند و مشارکت افراد گروه‌ها را در تصمیم‌گیری، درباره‌ی سیاست‌ها و روش‌های آموزش زبان مادری، تضمین نمایند."^{۶۸}

زبان یکی از مهم‌ترین عوامل برای ادامه‌ی حیات اقلیت‌ها و مردم بومی است. ماده‌ی ۲۷ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر که به حق بر آموزش اشاره می‌کند، به تعهد کشورها مبنی بر فراهم نمودن امکان آموزش به زبان مادری، از طریق تأسیس مدارس اشاره نمی‌نماید.

66. UNDP Human Development Report: Cultural Liberty in Today's Diverse World, 2004, p.33.

67. General Comment No.13 on the Right to Education, Art. 13 of the Covenant, E/2000/22, para.50.

68. The Draft Principles and Guidelines for the Protection of Heritage of Indigenous People, para. 30.

این در حالی است که غالباً نظام آموزش عمومی در اختیار دولتهاست و سیاست‌های کلی را دولت تعیین می‌کنند.

در ماه می سال ۲۰۰۵ میلادی، در "چهارمین اجلاس گردهم‌آیی مردم بومی"، به مسئله‌ی آموزش ابتدایی به زبان مادری اشاره شد. هم‌چنین "اعلامیه‌ی هزاره"^{۶۹}، دومین هدف توسعه را آموزش ابتدایی برای همه تا سال ۲۰۱۵ میلادی اعلام کرده است. اجلاس به استناد "اعلامیه‌ی هزاره"، آموزش به زبان مادری در مدارس ابتدایی را حق اقلیت‌ها و مردم بومی دانسته است و به دولتها توصیه می‌کند که تعداد بومیان را در بخش آموزش افزایش دهند، تا امکان آموزش به زبان مادری برای این گروه در مدارس فراهم گردد. سازمان ملل متحد، یونسکو و یونیسف نیز از سیستم آموزش دوزبانه حمایت می‌نمایند.^{۷۰}

حق بر استفاده از زبان مادری، تنها در مورد آموزش و حقوق فرهنگی مطرح نیست، بلکه در مقوله‌ی حق بر دادرسی عادلانه نیز، استفاده از زبان مادری تأثیر به‌سزایی دارد. گزارش گر ویژه‌ی "حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مردم بومی" گزارش می‌دهد "مشکل اصلی در کشورهایی مانند مکزیک و گواتمالا ناشی از کمبود کارکنان بخش قضایی است که به زبان بومی، تاریخ، فرهنگ و شرایط زندگی مردم بومی آگاه باشند. در نقطه‌ی مقابل به عنوان مثال، این امکان برای مائوری‌ها در نیوزیلند وجود دارد که به دادرسی، به زبان خود، دسترسی داشته باشند و اسناد و رای دادگاه به زبان بومی هم ارائه گردد".^{۷۱}

آشنایی با زبان و فرهنگ مردم بومی و اقلیت‌ها می‌تواند در روند رسیدگی و صدور رای تأثیرگذار باشد. زبان عامل اصلی ارتباط بومیان با جامعه است و در صورت نقض این حق، بسیاری از حقوق دیگر این گروه نیز به تبع آن نقض می‌گردد. به هر جهت، نابودی و

69. United Nation Millenium Declaration, Adopted by General Assembly , Resolution A/55/L.2.

70. Stamatopoulou, op.cit., p.198.

71. E/CN.4/2004/80, para.64.

مهم‌جور ماندن زبان اقلیت‌ها، موجب قطع ارتباط افراد گروه با فرهنگ خود می‌شود و از همین منظر نیز، زبان اقلیت‌ها مورد حمایت اسناد بین‌المللی قرار گرفته است.

حق بر تعیین سرنوشت فرهنگی نیز در اسناد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. این حق در مورد مردم بومی و قبیله‌ای مصداق می‌یابد. این دسته از مردم، با توجه به ویژگی و تفاوت‌های فرهنگی با اکثریت، ضمن حفظ ارتباط با جامعه، می‌توانند به حفظ فرهنگ و هویتشان کمک نمایند. بررسی اسناد و رویه‌ی کشورها نشان می‌دهد که حق بر تعیین سرنوشت فرهنگی گروه‌های بومی و اقلیت، مورد پذیرش بیش‌تری قرار گرفته است.

آنچه که در اجرا و احترام به حقوق فرهنگی اقلیت‌ها و مردم بومی در جامعه‌ی داخلی حائز اهمیت است؛ حفظ و پیش‌گیری از وقوع بحران و تنش سیاسی میان این گروه و اکثریت جامعه می‌باشد. در بسیاری از موارد منشا درخواست‌های جدایی‌طلبانه و تنش‌های سیاسی، بی‌توجهی به حقوق اقلیت‌ها و مردم بومی است که عمده‌ی آن را حقوق فرهنگی تشکیل می‌دهد. می‌توان در جامعه‌ی داخلی با احترام به این حقوق، به ویژه حقوق زبانی، هویت فرهنگی، حقوق سرزمینی، شعائر مذهبی و حقوقی از این دست از بروز بحران در جامعه‌ی داخلی پیش‌گیری نمود و یا حتی بحران‌ها و اعتراض‌های این گروه را با احترام به حقوق فرهنگی آنان پایان داد.

احترام به حقوق فرهنگی این گروه، ضمن حفظ خرده‌فرهنگ‌ها و ممانعت از جذب آن‌ها در فرهنگ اکثریت و نابودی آن‌ها می‌تواند، از بروز نارضایتی و بحران‌های سیاسی در جامعه‌ی داخلی جلوگیری نماید. به سیاست کانادا در برخورد با ایالت کبک می‌توان به عنوان یک نمونه‌ی موفق در این مورد اشاره نمود.^{۷۲}

72. Visible Minorities in Canada, Canadian Center For Justice, available at: <http://www.dsp-psd.pwgc.gc.ca>. March 2011.

نتیجه‌گیری

بررسی حقوق فرهنگی مردمان بومی و اقلیت نشان می‌دهد که دولت‌ها موظفند اقدام‌هایی در راستای حفظ حقوق این گروه اتخاذ نمایند. مهم‌ترین اقدام دولت‌ها می‌تواند عدم تبعیض میان اکثریت جامعه و این افراد باشد. علاوه بر آن به دلیل تفاوت در شیوه‌ی زندگی و عمده‌تا زبان، روش زندگی و حقوق فرهنگی آنان از جمله حق بر دسترسی به آموزش به زبان مادری، اجرای مراسم و سنت‌های قومی و مذهبی، حق بر حفظ هویت فرهنگی و حقوقی از این دست باید محترم شمرده شود و مهم‌تر از آن در تصمیم‌گیری‌هایی که بر سرنوشت آنان تاثیر می‌گذارد، نقش داشته باشند.

نکته‌ی بسیار مهم شیوه‌ی عمل دولتهاست؛ چرا که ضمن احترام به هویت و حقوق فرهنگی این گروه باید امکان مشارکت آنان را در زندگی فرهنگی اجتماع نیز فراهم آورد تا در عین حمایت از آنان امکان متحد شدن آنان با اکثریت جامعه پدید آید؛ البته هم باید از جذب اجباری این گروه در اکثریت جامعه و هم از در حاشیه ماندن آنان ممانعت به عمل آورد.

منابع

Books

- 1- Alston, Philip, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The United Nations and Human Rights, A Critical Appraisal 1992.
- 2- Absjorn, Edie; Krause, Catrina and Rosas, Allan, Economic, Social and Cultural Rights: A Text Book, Second Revised edition, The Hague, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.
- 3- Ghanea, Nazilaand; Xanthaki, Alexander, Minorities, People and Self determination, Martinus NIJHOFF Publishers, 2007.
- 4- Manisul, Ssenyonjo, Economic Social and Cultural Rights in International Law, Hart Publishing , 2009.
- 5- Morsink, Johannes, The Universal Declaration of Human Rights: Drafting and Intent, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
- 6- Mullally, Siobhan, The Un Minority Rights and Gender Equality: Setting Limits to Collective Claims, Martinus Nijhoff Publisher, 2007.
- 7- Stamatopolou, Elsa, Protection of National Minorities by their Kin State, European Commission for Democracy through Law, Collection Science and Technique of Democracy No.32, Council of Europe Publishing, 2002.
- 8- Stamatopoulou, Elsa, Cultural Rights in International Law, Martinus Nijhoff, Leiden.Boston, 2007.

Articles

- 1- FilipaVrdoljak, Ana, "Self-determination and Cultural Rights", Cultural Human Rights Journal, printed in Netherlands, 2008.

- 2- Humphrey, J., "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century in International Law Association", The Present State of International Law and other Essays, Deventer, 1937.
- 3- M.Graham, Lorie, "Self-determination for Indigenous People: Translating Self-determination into Practice and into Peace", Ilsa Journal of International & Cooperative Law, 2000.
- 4- - Xantaki, Alexandr, "Indigenous Rights Culture and Land", The European Journal of International Law, Vol.19, No.4 ,2008.
- 5- Symonides, Janusz, " Cultural Rights as Neglected Category", International; Social Science Journal, Blackwell Publisher, Dec. 1998.

Documents

- 1- Human Rights Council, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Ms. Farida Shaheed, Fourteenth-Session, 22 March 2010, available at:
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.36_en.pdf.
- 2- International Labor Organization, C 169, Indigenous and Tribal People Convention, 1989.
- 3- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Declaration of Principe of International Cultural Co-operating, 16 November 1966.
- 4- Declaration on The Rights of Indigenous People, Adopted by General Assembly, 13 September 2007.
- 5- General Assembly Resolution, 48/163, 21 Dec.1993, "The International

- Decade of the World's Indigenous People" (1995-2004).
- 6- General Assembly Resolution, 56/156, "Human Rights and Cultural Diversity", A/RES/56/156 15 February 2002.
 - 7- General Assembly Resolution, 59/174, 2 Dec. 2004, "Second International Decade of World's Indigenous People" (2005-2015).
 - 8- General Assembly Declaration on the Rights of Indigenous People, 13 September 2007.
 - 9- Document of The Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, <http://www.osce.org/documents/odihr/1990>.
 - 10- Declaration on the Rights of Person Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, adopted by General Assembly Resolution 47/135 of 18 December 1992.
 - 11- Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities", A/RES/47/135, 18 December 1992.
 - 12- General Comment No.23: the Right of Minorities (Art 27), CCPR/C/Rev.1/Add.5.1994.
 - 13- Draft Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous People, Sub-Commission on Human Rights Decision 2000/107, United Nation High Commissioner For Human Rights, at: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.DEC.2000.107.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.DEC.2000.107.En?Opendocument)
 - 14- The United Nation Working Group on Minorities.
 - 15- Report of the International Commission of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion the Legal

Aspect of the Aland Islands Question, (Larnaude, Huber, Struycken), LNOJ, ss No .3, October 1920.

16- Resolution of 24 June 1921, LNOJ SS No.5.

17- Convention Relating to the Status of the Aland Islands, 20 October 1921, 9 LNTS 212.

18- A.Cristescu, The Historical and Current Development of the Right to Self-Determination on the Basis of the Charter of the United Nations and Other Instruments adopted by the United Nation Organs, with Particular Reference to the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report, 3 july 1978, UN Doc.E/CN.4/9330.

19- General Comment No.13 on the Right to Education", Art. 13 of the Covenant, E/2000/22.

Cases

1- Minority Schools in Albania, Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion, No. 26, 6/April/1935.

2- Ominayk v. Canada, OHCCR/C/120/2002.

بازخوانی مفهوم اصل تبادل در حقوق بین الملل بشردوستانه

دکتر ابراهیم بیگ زاده *

عباس باقرپور اردکانی **

چکیده

اصل تبادل، بنیاد و اساس حقوق بین الملل به شمار می رود و حقوق بین الملل بشردوستانه به عنوان شاخه ای از حقوق بین الملل نیز به طور طبیعی متأثر از آن است. به موجب این اصل، طرف های متعاقد، تعهدشان در برابر یکدیگر متقابل و نسبی است و به هر میزان که طرف مقابل متعهد است، آن ها نیز متعهد می شوند. با وجود این، در گذر زمان اصل مذکور به ویژه در چارچوب حقوق بین الملل بشردوستانه فراز و نشیب هایی را پشت سر گذاشته است. در حالی که این اصل مبنا و پایه ی کنوانسیون های اولیه ی بشردوستانه بوده، تحول در روی کرد جامعه ی بین المللی به قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه و ارتقای جایگاه این دسته از قواعد و طرح ماهیت عام الشمول برخی از تعهدات آن، موجب شده است امروزه کم و بیش سخن از عدم اعمال اصل تبادل در نظام حقوق بین الملل بشردوستانه به میان آید. در این مقاله تلاش شده است تا حدود و ثغور این نظریه کاویده شده و جایگاه اصل تبادل در حقوق بین الملل بشردوستانه ی معاهداتی و عرفی، رابطه ی آن با اقدام های تلافی جویانه و نیز عملکرد ملی و رویه ی قضایی بین المللی در ارتباط با آن مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد.

کلیدواژگان

اصل تبادل، حقوق بین الملل بشردوستانه، تعهدات عام الشمول، اقدام های تلافی جویانه.

* دانشیار دانشکده ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش آموخته ی دکتری حقوق بین الملل.

مقدمه

اصل تبادل (یا اصل عمل متقابل)^۱ از ابتدا بنیاد حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل بشردوستانه را شکل داده است. به موجب این اصل، طرف‌های متعهد، تعهدشان در برابر یکدیگر متقابل و نسبی است و به هر میزان که طرف مقابل متعهد است، آن‌ها نیز متعهد می‌شوند. نتیجه‌ی طبیعی این اصل، نسبی بودن تعهدات متقابل^۲ است. این اصل از دیرباز ابزار مهمی در تبیین و ترسیم قواعد حقوق جنگ به‌شمار می‌رفته است. حقوق‌دان فرانسوی لوئیس‌لی فور^۳ معتقد است که اصل تبادل ریشه و بنیاد همه‌ی حقوق بین‌الملل است. از نظر وی، اصل تبادل برای نظام موجود میان قدرت‌های برابر حیاتی است. به اعتقاد وی در نبود این اصل، حقوق بین‌الملل به سمت نابودی خود پیش خواهد رفت.^۴

تبادل به عنوان شرط رعایت حقوق بین‌الملل به‌خوبی با انتخاب‌های منطقی و منافع دولت‌ها سازگار بوده است. گلدسمیت و پوزنر^۵ همکاری مبتنی بر تبادل را یکی از چهار شیوه‌ی رفتار دولت در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل می‌دانند. چهار شیوه‌ی مورد نظر عبارت است از، تقارن منافع، هماهنگی (توافق در تعقیب منافع مشابه)، همکاری (بر مبنای اصل تبادل) و اجبار (استفاده از زور)^۶. اصل تبادل در حقوق بین‌الملل معاهدات جایگاه ویژه و تعریف شده‌ای دارد و اساساً مبنای انعقاد معاهدات بین‌المللی می‌باشد. از همین روست که

1 . Reciprocity.

2 . *Sie omnes obligations*.

3 . *Louis Le Fur*.

4 . Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals (International Humanitarian Law)*, Brill Academic Pub. 2nd edition, June, 2005, p. 24.

5 . Goldsmith and Posner.

6 . Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press 2005, p. 12.

برخی از حقوق‌دانان، معاهدات بین‌المللی را قرارداد^۷ دانسته^۸ و حتی در بسیاری از این معاهدات (هم‌چون کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه و کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ۱۹۴۹ ژنو) از عبارت «طرف‌های معظمه‌ی طرف قرارداد»^۹ استفاده شده است.

اول - چارچوب نظری مفهوم اصل تبادل

حقوق‌دانان برخاسته از نظام حقوق نوشته اغلب یک اصطلاح حقوقی لاتین^{۱۰} را برای اشاره به ماهیت مبتنی بر تقابل تعهدات معاهداتی به کار می‌برند که به موجب آن، عدم رعایت یک تعهد از سوی طرف مقابل، رافع تعهد طرف دیگر خواهد بود^{۱۱}. هم‌چنین، این اصل کلی که معاهده تنها اطراف آن را در مقابل یکدیگر دارای حق و تکلیف می‌کند و یک معاهده علی‌الاصول نمی‌تواند موجب حق و تکلیف برای طرف ثالث باشد نیز منبعث از اصل تبادل می‌باشد. استفاده از حق شرط در معاهدات و فرآیند پذیرش یا رد آن از سوی دیگر دولت‌های متعاهد و نظام‌های حقوقی متفاوتی که پس از آن ایجاد می‌شود نیز ناظر به اصل عمل متقابل در حقوق بین‌الملل معاهدات می‌باشد. هم‌چنین، اجازه‌ی فسخ معاهده از سوی یک طرف عضو در صورتی که طرف مقابل تعهدات معاهداتی خود را نقض کرده باشد، در واقع ترجمان دیگری از اصل عمل متقابل در این حوزه می‌باشد. با وجود این، اصل تبادل در حقوق بین‌الملل عرفی دارای ابهام بوده و حد و مرز آن

7 . Contract.

8 . Shaw, Malcolm N., International Law, 5th ed. 2003, pp. 88-89- Rosenne, Shabtai, The Law of Treaties, 1970, p. 46- Lauterpacht, Hersch, International Law, 1970, p. 351.

9 . High Contracting Parties.

10 . Inadimplenti non est adimplendum.

11 . Moore, John Norton, "Enhancing Compliance with International Law: A Neglected Remedy", 39 Virginia Journal of International Law, 1992, 881, 957-962.

به‌خوبی روشن نیست. ماهیت و محتوای مبهم حقوق بین‌الملل عرفی موجب شده است رابطه‌ی عرف با اصل تبادل نیز تا حدودی پیچیده و غامض به نظر برسد. به‌ویژه آن که تعهدات حقوق بین‌الملل عرفی نیازمند ابراز رضایت صریح یک دولت به نحوی که در حقوق بین‌الملل معاهدات جریان دارد، نبوده و همچنین ایجاد یک قاعده‌ی عرفی متضمن پذیرش متقابل تعهد مورد نظر از سوی دولت‌ها نمی‌باشد. از سوی دیگر، مفهوم اعتراض مستمر^{۱۲} که می‌تواند مانعی در متعهد شدن یک دولت به یک قاعده‌ی عرفی مشخص باشد را نیز نمی‌توان منطقاً نتیجه‌ی صرف اصل تبادل دانست، زیرا این اصل ناظر به مخالفت یک دولت مشخص با یک قاعده‌ی عرفی بوده و لزوماً مبتنی بر ضرورت پذیرش آن تعهد از سوی دولت‌های دیگر نمی‌باشد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است، این اصل که به موجب آن، «عدم ایفای تعهد از یک طرف رافع تعهد طرف دیگر خواهد بود» را نمی‌توان به طور کلی بر تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل اعمال نمود و چنین به نظر می‌رسد که اصل مزبور در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال نباشد.^{۱۳}

برخی از حقوق‌دانان اصل عمل متقابل را بر دو گونه دانسته‌اند. اصل عمل متقابل مثبت که مبنای الزام به تعهد است، و اصل عمل متقابل منفی، که موجب خاتمه بخشیدن به تعهدی است که قبلاً پذیرفته شده است. به عبارت دیگر، اصل عمل متقابل مثبت بدین معناست که یک دولت در صورتی خود را در برابر دولت دیگر متعهد به رعایت یک قاعده‌ی حقوقی می‌نماید که طرف دوم نیز همین تعهد را به عهده بگیرد؛ در حالی که اصل عمل متقابل منفی به نحو مندرج در ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات مبین آن است که یک طرف می‌تواند در صورت نقض تعهدات معاهداتی از سوی طرف متعاقد

12 . Persistent Objection

13 . Summary Records of the 2590th Meeting, [1999] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 165, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A./1999.

دیگر، به تعهد خود خاتمه ببخشد.^{۱۴}

دوم - رابطه‌ی اصل تبادل با اقدام تلافی جویانه

اقدام تلافی جویانه در سیر تحول نظام حقوق بین‌الملل همواره بحث‌انگیز بوده است. در اعمال این اصل برخی اصول حقوقی مشخص مورد اجماع است. در واقع، اقدام تلافی جویانه، گونه‌ای تحریم واکنشی است. به لحاظ حقوقی، اقدام تلافی جویانه نقض حقوق بین‌الملل در پاسخ به نقض غیرمجاز ارتکاب یافته توسط طرف دیگر می‌باشد. بدین ترتیب، نقض یک قاعده‌ی حقوقی پیش شرط اقدام تلافی جویانه‌ی مشروع می‌باشد. در قضیه‌ی *نائولیلا دیوان داوری بین‌المللی* ایجاد شده به موجب *معاهده‌ی ورسای*، به بررسی حمله‌ی آلمان به منطقه‌ی آفریقای جنوب غربی پرتغال به عنوان اقدام تلافی جویانه در واکنش به قتل سه شهروند آلمانی توسط پرتغالی‌ها پرداخت. دیوان ابراز داشت، شرط ضروری و غیرقابل اجتناب توسل به اقدام تلافی جویانه آن است که باید قبلاً نقض حقوق بین‌الملل از سوی طرف دیگر صورت پذیرفته باشد. دیوان ادعای آلمان مبنی بر برخورداری از حق مشروع اقدام تلافی جویانه را رد کرد، زیرا به این نتیجه رسید که پرتغال به صورت تصادفی و اتفاقی و بدون نقض قبلی حقوق بین‌الملل اتباع آلمانی را به قتل رسانده بود.^{۱۵} به علاوه، باید بین دو طرف مورد نظر رابطه‌ای در این خصوص وجود داشته و طرف دوم از نقض قاعده‌ی ارتکابی از سوی طرف اول متاثر شده باشد. ضمناً اقدام

14 . Watts, Sean, "Reciprocity and the Law of War", Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009, pp. 365-434

15 . Naulilaa Case, 2 R.I.A.A., 1011 (1928), reprinted in Whiteman Digest of International Law, 148-49 (1963).

تلافی جویانه‌ی پیش‌دستانه نیز مورد تصدیق و شناسایی قرار نگرفته است.^{۱۶}

پیش‌شرط دیگری که برای توسل به اقدام تلافی جویانه لازم است، برخورداری از شخصیت حقوقی است. نظریه‌ی حقوق بین‌الملل کلاسیک دولت‌ها را به عنوان عمده‌ترین عنصر واجد شخصیت حقوقی بین‌المللی قلمداد می‌کند.^{۱۷} اگر چه حقوق بین‌الملل عصر جدید از برخورداری نقش توسط اشخاص حقیقی در عرصه‌ی بین‌المللی حمایت می‌کند، اما نظریه‌ای که از توسل به اقدام تلافی جویانه از سوی افراد و اشخاص حقیقی حمایت کند، وجود ندارد. معمولاً دستور به اقدام تلافی جویانه از سوی بالاترین مقام مربوط صادر می‌شود.^{۱۸} از همه مهم‌تر، هدف و غایت توسل به اقدام تلافی جویانه واداشتن طرف مقابل به توقف نقض ارتكابی و بازگشت به رعایت حقوق بین‌الملل می‌باشد.^{۱۹} این ویژگی وجه ممیز عمل تلافی جویانه با اقدام متقابل است؛ زیرا در عمل متقابل، یک طرف به دلیل نقض تعهد صورت گرفته از سوی طرف دیگر به تعهد خود خاتمه می‌بخشد، در حالی که در اقدام تلافی جویانه، توسل به این راه کار به منظور واداشتن طرف دیگر به رعایت قاعده‌ی حقوقی است. ضمناً دو شرط اصلی اقدام تلافی جویانه نیز فرعی بودن این اقدام و طی سایر مراحل مشروع دیگر و همچنین ضرورت تناسب آن با نقض ارتكابی پیشین می‌باشد؛

16 . Michael J. Kelly, "Time Warp to 1945-Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law", 13 Journal of Transnational Law and Politics, 2003, 1, 7-8 .

17 . See: Henry Wheaton, Elements of International Law 32, Coleman Phillipson ed., 5th ed. 1916; Charles H. Stockton, Outlines of International Law, 61-63 (1914).

۱۸. دستورالعمل جنگ زمینی ایالات متحده تصریح می‌کند که اقدام تلافی جویانه هیچ‌گاه نمی‌تواند از سوی سربازان به صورت انفرادی و بدون دریافت دستور از سوی فرمانده، به کار گرفته شود. فرماندهی نظامی نیز چنین دستوری را صرفاً پس از بررسی دقیق تهاجم ادعایی صادر می‌کند. در صورتی که اقدام فوری لازم نباشد، ضرورتاً باید با بالاترین مقام نظامی در دسترس مشورت شود.

U.S. Dept of the Army, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare, 497 (1956).

19 . Kalshoven, *op.cit.*, p. 33.

شروطی که در ارتباط با اصل عمل متقابل کاربرد ندارند.

سوم - جایگاه اصل تبادلی در کنوانسیون‌های بشردوستانه

حقوق بین‌الملل بشردوستانه در گذشته همواره با قوت تحت تاثیر اصل عمل متقابل بوده است. حتی پس از تصویب کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو نیز اصل عمل متقابل به طور کامل در معنای حقوق موضوعه‌ی آن از حقوق بین‌الملل بشردوستانه رخت بر نیست. همان‌طور که می‌دانیم، تا اواخر قرن هیجده میلادی، عرف تقریباً تنها منبع مقررات بین‌المللی مربوط به مخاصمات مسلحانه بود. در عین حال در نیمه‌ی قرن نوزده میلادی، عرف به مثابه حقوق مشترک جنگ در نظر گرفته می‌شد. در معاهدات منعقدی اولیه در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اصل عمل متقابل جایگاه مهمی داشت. اولین اسناد منعقدی عمدتاً معاهدات دوجانبه‌ای بودند که نه با هدف تنظیم رفتارهای خصمانه بلکه در جهت تلاش برای حفظ روابط صلح‌آمیز منعقد می‌شدند و در آن‌ها اشاره‌ای مختصر به قواعد حقوق جنگ می‌شد. به عقیده‌ی محققین، عهدنامه‌ی مودت و تجارت آمریکا و پروس^{۲۰} منعقدی در سال ۱۷۸۵ اولین معاهده‌ای است که در آن مقرراتی در خصوص جنگ زمینی وجود دارد. در این معاهده اصل بی‌طرفی، بازگشت امن شهروندان به کشور متبوع خود در صورت وقوع جنگ و رعایت حال اسرای جنگی مورد تاکید قرار گرفته است. در مقدمه، مبنای انعقاد این عهدنامه اصل عمل متقابل دانسته شده است. کد لیبیر نیز باوجود توجه ویژه به مقررات بشردوستانه، اصل عمل متقابل و اقدام تلافی‌جویانه را مورد تاکید صریح قرار داده و اظهار داشته است:

20 . Treaty of Amity and Commerce between his Majesty the King of Prussia and the United States of America, U.S.-Prussia, Sept. 10, 1785, reprinted in Dietrich Schindler & Jiri Toman, The Laws of Armed Conflict, 4th ed., 2004.

«حقوق جنگ را نمی‌توان از اقدام تلافی‌جویانه جدا کرد.... هنوز هم ملت‌های متمدن اقدام تلافی‌جویانه را به عنوان سیمای شاخص و برجسته‌ی جنگ مورد تصدیق قرار می‌دهند.^{۲۱}»

کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه نیز اصل عمل متقابل را مورد توجه و پذیرش قرار داده‌اند. در بندهای دوم و سوم دو اعلامیه‌ی ۱۸۹۹ لاهه^{۲۲} و همچنین ماده‌ی ۲ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه صراحتاً به شرط عمل متقابل استناد شده است. به موجب ماده‌ی ۲ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷:

«مقررات مندرج در ترتیبات مورد اشاره در ماده‌ی یک و همچنین این کنوانسیون اعمال نخواهد شد، مگر در رابطه‌ی میان طرف‌های متعاقد و آن‌هم تنها در صورتی که همه‌ی طرف‌های متخاصم، عضو متعاقد کنوانسیون باشند^{۲۳}».

ماهیت سایر معاهدات منعقدی لاهه نیز با اصل عمل متقابل هم‌خوانی و سازگاری دارد. با وجود این، در صورتی که بخواهیم با نظر آن دسته از حقوق‌دانان که معتقدند کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه تدوین‌کننده‌ی قواعد عرفی از پیش موجود بوده‌اند، موافقت کنیم، آن گاه به طور طبیعی، ماده‌ی ۲ مزبور ارزش حقوقی خود را از دست خواهد داد. در عین حال، درج شرط مارتنس در کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه که

21 . United States War Department, Instructions for the Government of Armies in the Field, (General Orders No. 100, prepared by Francis Lieber, L.L.D.) (1863), known as Lieber Code, article 27.

22 . 1899 Hague Declaration (IV, 2) Concerning Asphyxiating Gases, and 1899 Hague Declaration (IV,3) Concerning Expanding Bullets, Reproduced in: A. Roberts and R. Guelff, Documents on the Laws of War Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 36 and 40, respectively.

23 . Article 2, 1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land; *Ibid.*, p. 46.

البته ناظر بر ناکافی بودن مقررات مندرج در معاهدات مزبور می‌باشد، می‌تواند به عنوان شرطی که اثر اصل عمل متقابل را تضعیف می‌کند، در نظر گرفته شود.

در حالی که رویه و عملکرد دولتی تا قبل از جنگ جهانی دوم بر شرط نسبی بودن معاهدات مربوط به حقوق جنگ دلالت دارد، اما وقوع جنگ جهانی دوم و تحولات پیش آمده در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل کیفری پس از آن، شرط نسبی بودن تعهدات مندرج در کنوانسیون‌های لاهه و ابتدای آن بر اصل عمل متقابل را مورد تشکیک قرار داد. در واقع، با وجود آن که دولت‌هایی مانند بلغارستان، یونان، ایتالیا و یوگسلاوی به این کنوانسیون‌ها و اسناد نیوسته بودند، اما دادگاه بین‌المللی نظامی نورمبرگ^{۲۴}، شرط نسبی بودن تعهدات معاهداتی مذکور را به عنوان معاذیر رافع مسئولیت ناشی از تخلف مردود دانست و بر عرفی بودن تعهدات مندرج در این اسناد و الزام‌آور بودن آن برای دولت‌ها، صرف‌نظر از عضویت‌شان، صریحا تأکید کرد^{۲۵}. حتی در سال‌های اخیر نیز دولت‌ها به شرط نسبی بودن در قابلیت اعمال مقررات لاهه استناد می‌کنند. در سال ۱۹۹۴ دولت فدرال آلمان در پاسخ به پرسش طرح شده از سوی یک نماینده‌ی مجلس آن کشور در رابطه با قابلیت اعمال مقررات لاهه در مخاصمه‌ی مسلحانه میان ترکیه و پ.ک.ک، اظهار داشت که ترکیه کنوانسیون چهارم لاهه را تصویب نکرده است^{۲۶}.

کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو شرط نسبی بودن را به طور صریح ذکر نکرده‌اند. در مقابل، صریحا عدم اعمال کنوانسیون به دلیل متعاهد نبودن یکی از طرف‌های مخاصمه در بند ۳ از ماده‌ی ۲ رد شده است. با وجود این، در کنوانسیون‌های مزبور در رابطه با انواع مخاصمه و

24 . Nuremberg International Military Tribunal (IMT) .

25 . George H. Aldrich & Christine M. Chinkin, "The Hague Peace Conferences: A Century of Achievement and Unfinished Work", 94 American Journal of International Law, 2000, pp. 90, 93.

26 . Btdrucks 12/8458, translated in Sassoli & Bouvier, How Does Law Protcet in War? 599, Marco Sassoli & Antoine Bouvier eds., 1999, at 1384-85.

اشخاص تحت حمایت محدودیت‌هایی اعمال شده است. این محدودیت‌ها را می‌توان در راستای اصل عمل متقابل دانست.

به نظر می‌رسد ماده‌ی ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو تأثیرات به‌سزایی بر اصل سنتی عمل متقابل گذاشته باشد، زیرا در مخاصمه‌ی مسلحانه‌ی غیربین‌المللی اولاً، طرفین متخاصم، دولت‌ها نمی‌باشند و ثانیاً، یک طرف مخاصمه دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی نیست. این ویژگی‌ها می‌تواند مانع از توسل دولت طرف مخاصمه به اصل عمل متقابل باشد.

ماده‌ی ۱ مشترک ناظر به اصل عمل متقابل منفی است، زیرا از لزوم رعایت کنوانسیون در تمامی اوضاع و احوال سخن می‌گوید. نقطه‌نظرات طرح شده در کنفرانس دیپلماتیک دقیقاً مشخص نمی‌کند که آیا عبارت مذکور، آن‌گونه که نماینده‌ی نروژ در این کنفرانس اظهار داشته، ناظر به لزوم رعایت کنوانسیون از سوی تمامی جمعیت یک سرزمین می‌باشد، یا مراد از آن، چنان‌که پیلود از کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ عقید دارد، آن است که اصول بشردوستانه به صورت جهان‌شمول اعمال گردد^{۲۷}. با وجود این، ژان پیکته در متن تفسیری کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ تصریح می‌کند که کنوانسیون‌های ژنو بر مبنای اصل عمل متقابل منعقد نشده‌اند^{۲۸}.

این در حالی است که مفهوم عمل متقابل در سایر مواد کنوانسیون‌های ژنو به صورت تفصیلی و کامل مورد توجه قرار گرفته و لذا نمی‌توان صرفاً با استناد به ماده‌ی ۱، اصل عمل متقابل را از این کنوانسیون‌ها به‌راحتی کنار گذاشت^{۲۹}. برای مثال، ماده‌ی ۲ مشترک

27 . Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, at 2B (William S. Hein & Co. 2004) (1950).

28 . Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 6-7, Jean S. Pictet ed., ICRC., 1958.

29 . Sean, *op.cit.*, p. 412.

کنوانسیون‌های ژنو تصریح می‌کند که این کنوانسیون بر جنگ‌های اعلام شده و هر مخاصمه‌ی مسلحانه دیگری که ممکن است بین «دو یا چند طرف متعاقد^{۳۰}» رخ دهد، اعمال می‌شود؛ بند آخر این ماده که در خصوص قابلیت اعمال کنوانسیون میان یک طرف متعاقد با طرف دیگر غیرعضو کنوانسیون می‌باشد نیز به روشنی ناظر به اصل عمل متقابل است. به موجب این مقرره، هر گاه یکی از دول متخاصم عضو این کنوانسیون نباشد، دولت‌های متخاصم و متعاقد دیگر در روابط متقابل خود تابع این کنوانسیون خواهند بود و چنان‌چه دولت مزبور مقررات این کنوانسیون را قبول و اجرا کند، در مقابل آن دولت نیز ملزم به اجرای مقررات کنوانسیون خواهند بود.

ماده‌ی ۴ کنوانسیون سوم ژنو نیز از جمله واجد شرطی است که مبین اعمال اصل عمل متقابل می‌باشد. به موجب این شرط، شبه‌نظامیان، اعضای دسته‌های داوطلب و اعضای نهضت‌های مقاومت وقتی بازداشت می‌شوند، در صورتی به عنوان اسیر جنگی شناخته می‌شوند که در عملیات خود مطابق قوانین و عرف جنگ رفتار کرده باشند.

در کنوانسیون چهارم ژنو نیز که به موضوع حمایت از غیرنظامیان می‌پردازد و در واقع تجلی عینی حقوق بشردوستانه است وجود اصل عمل متقابل به‌خوبی مشاهده می‌شود. در ماده‌ی ۴ این کنوانسیون که به تعریف اشخاص تحت حمایت کنوانسیون پرداخته به‌طور صریح آمده است: «اتباع دولتی که طرف متعاقد کنوانسیون نباشند، تحت حمایت این کنوانسیون قرار نمی‌گیرند». در عین حال، ماده‌ی ۱۵۸ همین کنوانسیون که به موضوع فسخ معاهده می‌پردازد، تصریح می‌کند که فسخ فقط درباره‌ی دولت فسخ‌کننده معتبر است و نسبت به تعهداتی که دول متخاصم مکلف‌اند به موجب اصول حقوق ملل، منبعث از رسوم مقرر بین ملل متمدن و قوانین انسانیت و مقتضیات وجدان عمومی اجرا نمایند، بلااثر خواهد بود.

چهارم - فاصله گرفتن از اصل تبادل در حقوق بین‌الملل بشردوستانه

تحولات بعدی در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل عام به ویژه ارتقای شان و کرامت انسانی و لزوم حمایت از انسان به‌ویژه گروه‌های در معرض خطر در وضعیت‌های خاصی چون مخاصمات مسلحانه از یک طرف و ضرورت ارتقای نقش آفرینی انسان‌ها در عرصه‌ی روابط بین‌الملل از سوی دیگر موجب شده تا حقوق بین‌الملل بشردوستانه به میزان کم‌تری در مقایسه با گذشته از اصل عمل متقابل و نسبی بودن تعهدات تاثیر پذیرد. برای نمونه می‌توان به بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون ۱۹۴۹ حقوق معاهدات اشاره داشت. به موجب این بند، یک دولت نمی‌تواند با استناد به تخلف طرف مقابل، از تعهدات مربوط به حمایت از بشر که در معاهدات بشردوستانه آمده، به‌ویژه مقررات مربوط به ممنوعیت اقدام تلافی‌جویانه علیه اشخاص مورد حمایت این معاهدات شانه خالی کند.^{۳۱}

اضافه شدن بند مزبور به کنوانسیون حقوق معاهدات اثرات عمیقی بر بحث و نظرهای حقوقی در رابطه با سلسله مراتب میان قواعد حقوق بین‌الملل به جای گذاشته و در اصل سنتی عمل متقابل به خصوص در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، علاوه بر حقوق بین‌الملل بشر شکاف ایجاد کرده و تعهدات بشردوستانه را در زمره‌ی تعهدات موضوع قواعد آمره قرار داده است.^{۳۲} در عین حال باید توجه داشت که این بند صرفاً ناظر به آن

۳۱. این بند به پیشنهاد شفاهی نماینده‌ی سوئیس در جلسه‌ی کمیته‌ی عمومی کنفرانس دیپلماتیک به متن کنوانسیون اضافه شد. پیشنهاد مزبور که با هشتاد و هفت رای مثبت در مقابل نه رای ممتنع و بدون رای منفی به تصویب رسید، مقرر می‌داشت:

«بندهای یک تا سه (وضع‌کننده‌ی اصل عمل متقابل) بر مقررات مربوط به حمایت از انسان‌ها مندرج در معاهدات با خصلت بشردوستانه به ویژه مقررات مربوط به ممنوعیت هرگونه اقدام تلافی‌جویانه علیه اشخاص تحت حمایت آن معاهدات اعمال نخواهد شد».

Rosenne, *op.cit.*, p. 46.

32 . For an exhaustive analysis of erga omnes in the international obligations, see generally: Maurizio, Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes, 1997.

بخش از حقوق مخاصمات مسلحانه است که حمایت از بشر را مورد توجه قرار داده و لذا به دیگر حوزه‌های حقوق مخاصمات مسلحانه، مانند کاربرد سلاح، تعمیم نمی‌یابد. در این رابطه می‌توان به دستورالعمل نیروی هوایی ایالات متحده اشاره کرد که اظهار می‌دارد: «کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو برای حمایت از قربانیان جنگ، مشروط به عمل متقابل نمی‌باشند. طرف‌های متعاقد هر کنوانسیون متعهد شده‌اند تا کنوانسیون حاضر را رعایت کرده و نسبت به رعایت آن نیز اطمینان حاصل نمایند. بند ۵ ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون وین حقوق معاهدات نیز تصدیق نموده است که حقوق عام مربوط به نقض‌های اساسی، به عنوان پایه و مبنای تعلیق اجرای معاهدات، بر مقررات مربوط به حمایت از اشخاص در معاهدات با خصلت بشردوستانه اعمال نمی‌گردند. با وجود این، عمل متقابل به صورت ضمنی در رابطه با دیگر قواعد و تعهدات مربوطه از جمله و به طور کلی حقوق درگیری‌های مسلحانه قابلیت اعمال داشته و علاوه بر آن، یک عامل اساسی در رعایت واقعی حقوق درگیری‌های مسلحانه می‌باشد. هم‌چنین، تعهدات معدودی همانند آنچه در پروتکل ۱۹۲۹ ژنو در خصوص ممنوعیت استفاده از گازهای خفه‌کننده، سمی یا دیگر گازها و موارد باکتریولوژیکی جنگی آمده، هم‌چنان و به طور رسمی مشروط به عمل متقابل شده‌اند»^{۳۳}.

در رابطه با بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات محدودیت دیگری با توجه به ماده‌ی ۴ کنوانسیون حقوق معاهدات قابل استنباط است. به موجب این ماده، کنوانسیون

33 . US, Air Force Pamphlet (1976), § 11-5.

دستورالعمل نیروی دریایی ایالات متحده نیز اظهار می‌دارد: «برخی از تعهدات به موجب حقوق درگیری مسلحانه منوط به عمل متقابل می‌باشند، یعنی آن‌ها تنها در صورتی و مادامی که دو طرف به رعایت آن‌ها ادامه دهند، الزام‌آور می‌باشند. نقض عمده از سوی یک طرف، طرف دیگر را از وظیفه‌ی رعایت آن تعهد معاف می‌دارد. مفهوم عمل متقابل بر قواعد بشردوستانه‌ای که از قربانیان درگیری‌های مسلحانه حمایت می‌نماید، یعنی اشخاص حمایت شده به موجب کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو، اعمال نمی‌شود...».

US, Naval Handbook (1995), § 6.2.4.

حقوق معاهدات صرفاً بر معاهداتی اعمال می‌شود که بعد از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون حقوق معاهدات منعقد شده باشد، یعنی معاهداتی که بعد از تاریخ ۲۷ ژانویه ۱۹۸۰ منعقد گردیده‌اند. در این زمینه، تسری بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو، پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ و مقررات ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه در صورتی است که بپذیریم بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ که اصل عمل متقابل منفی را رد می‌کند، منعکس‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود و یا حداقل تدوین‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی در زمان انعقاد آن (۱۹۶۹) بوده و نه این که یک قاعده‌ی جدید حقوق بین‌الملل معاهدات را مدون کرده باشد. برخی معتقداند که این بند تدوین‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی موجود در زمان انعقاد کنوانسیون حقوق معاهدات بوده است.^{۳۴} دیوان بین‌المللی دادگستری اظهار داشته است که بند ۵ منعکس‌کننده‌ی عرف می‌باشد.^{۳۵} دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز قویاً از عرفی بودن بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ حمایت کرده است.^{۳۶} مجموعه قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه که با همت کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ گردآوری شده است نیز در قاعده‌ی ۱۴۰ تأکید می‌کند که تعهد به رعایت و الزام به رعایت مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه منوط به اصل عمل متقابل نمی‌باشد.^{۳۷}

با وجود این، هنوز هم ابهاماتی در خصوص عرفی بودن بند ۵ ماده‌ی ۶۰ پیش از تدوین آن و یا حتی در زمان تدوین آن وجود دارد؛ برای مثال پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون‌های ژنو صراحتاً و به طور روشن اصل عمل متقابل را نفی نکرده و مهم‌تر از آن، حتی مقررهای مندرج در ماده‌ی ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو را تکرار کرده است. به

34 . Mohammed M. Gomma, Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach, 1996, 106-107.

35 . ICJ Namibia Advisory Opinion, 94.

36 . Prosecutor v. Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 520 (Jan. 14, 2000).

37. Henckaerts, M. and Doswald-Beck, L. (eds), Customary International Humanitarian Law, Volume II Practice, Part 2 (2005), Rule 140.

موجب بند ۲ از ماده‌ی ۹۶ پروتکل اول الحاقی، هرگاه یکی از طرف‌های مخاصمه ملتزم به رعایت این پروتکل نباشد، طرف‌های عضو پروتکل در روابط متقابل خود با یکدیگر نسبت به آن متعهد باقی می‌مانند. به علاوه آن‌ها در رابطه با هر یک از طرف‌هایی که عضو این پروتکل نیستند، لیکن مقررات آن را پذیرفته و به کار می‌بندند نیز ملتزم خواهند بود. در عین حال، پروتکل اول الحاقی نیز به سمت کاهش اثرات اصل عمل متقابل و قابلیت اعمال گسترده‌تر مقررات آن بیش‌تر از کنوانسیون‌های ژنو حرکت کرده است. در بند ۴ از ماده‌ی ۱ پروتکل آمده است که این پروتکل، بر وضعیت‌هایی که در آن ملت‌ها جهت احقاق حق تعیین سرنوشت خود به مبارزه با سلطه‌ی استعماری و اشغال بیگانه و بر ضد نظام‌های نژادپرست می‌پردازند، اعمال می‌گردد. مورد دیگر، ماده‌ی ۴۴ پروتکل است که بر خلاف ماده‌ی ۴ کنوانسیون سوم ژنو تاکید می‌کند که هر رزمنده‌ای که به دست نیروهای طرف مقابل بیفتد، اسیر جنگی محسوب می‌شود. در بند ۲ از ماده‌ی ۴۴ نیز صراحتاً آمده است که در حالی که کلیه‌ی رزمندگان ملزم به رعایت قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه هستند، تخلف از این قواعد موجب نمی‌شود که یک رزمنده از حق رزمنده بودن و چنان‌چه به دست نیروهای دشمن بیفتد، از حق اسیر جنگی بودن محروم شود، مگر این که خود را به عنوان رزمنده متمایز نساخته و اسلحه‌ی خود را به طور آشکار حمل ننماید.

در مورد پروتکل دوم الحاقی نیز رگه‌هایی از اصل عمل متقابل مشاهده می‌شود. به موجب بند ۱ از ماده‌ی ۱ این پروتکل، کلیه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ای که در حوزه‌ی سرزمینی یکی از دولت‌های عضو و بین نیروهای مسلح آن با قوای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های سازمان یافته‌ی مسلح و تحت یک فرماندهی مسئول که بر بخشی از سرزمین کشور مذکور کنترل داشته باشند، مشمول پروتکل خواهند بود.

صرف‌نظر از ابهام‌های یادشده، نمی‌توان منکر این واقعیت شد که روند روبه‌رشد تحولات در حقوق بین‌الملل برخلاف روی‌کرد سنتی تعهدات معاهداتی بوده است که

رعایت تعهدات از سوی یک طرف متعاهد به نفع آن طرف بوده و طرف مذکور به طور منطقی می‌تواند انتظار رعایت متقابل از طرف دیگر را داشته باشد (اصل عمل متقابل).

پنجم - عملکرد دولتی در رابطه با اصل تبادل

نگاهی به عملکرد دولتی از جمله دستورالعمل‌های نظامی کشورها نشان می‌دهد که اصل عمل متقابل در حوزه‌ی حقوق بشردوستانه اهمیت و جایگاه سنتی خود را از دست داده است. در این رابطه می‌توان به دستورالعمل حقوق جنگ بلژیک اشاره داشت که اظهار می‌دارد:

«حقوق معاهداتی جنگ علی‌الاصول میان طرف‌های امضاکننده الزام‌آور باقی خواهد ماند، حتی اگر یکی از آن‌ها آن را نقض نماید».^{۳۸}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی کانادا چنین مقرر داشته است:

«یک طرف درگیری مسلحانه‌ی بین‌المللی متعهد و ملزم به رعایت حقوق درگیری‌های مسلحانه می‌باشد، حتی اگر طرف مقابل آن حقوق را نقض کند».^{۳۹}

دستورالعمل نظامی کلمبیا تا آن‌جا پیش می‌رود که اظهار می‌دارد:

«در حقوق بین‌الملل بشردوستانه اصل عمل متقابل وجود ندارد و این بدان معناست که هیچ یک از طرف‌های درگیری نمی‌تواند نقض ارتكابی از سوی دشمن را به عنوان دلیلی بر توقف اجرای اصول بشردوستانه مطرح نماید».^{۴۰}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی فرانسه نیز مقرر داشته است جنگ‌جویان باید در همه‌ی شرایط قواعد حقوق درگیری‌های مسلحانه را رعایت کنند، «حتی اگر طرف مقابل آن قواعد را رعایت نکرده باشد».^{۴۱} دستورالعمل نظامی هلند اظهار می‌دارد:

38 . Belgium, Law of War Manual (1983), p. 18, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

39 . Canada, LOAC Manual (1999), p. 15-1, § 5, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

40 . Colombia, Basic Military Manual (1995), p. 35, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

«قواعد حقوق جنگ باید رعایت شود. آن‌ها باید در همه‌ی اوضاع و احوال محترم شمرده شوند. این بیان بدان معناست که احترام به قواعد مذکور مشروط و منوط به رفتار طرف مقابل نیست. به عبارت دیگر، عمل متقابل را نمی‌توان به یک اقدام برای رعایت و احترام به این قواعد مورد استفاده قرار داد».^{۴۲}

دستورالعمل نظامی نیوزیلند نیز بیان می‌دارد:

«به طور کلی، یک طرف درگیری مسلحانه‌ی بین‌المللی متعهد به رعایت حقوق عرفی و تعهدات معاهداتی درگیری‌های مسلحانه است، حتی اگر طرف مقابل این حقوق را نقض نماید».^{۴۳}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی اسپانیا خاطر نشان می‌سازد:

«معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مشتمل بر قواعد امری حقوقی می‌باشند.... این قواعد ارزش و اعتبار خود را به خاطر این که طرف‌های مقابل آن‌ها را رعایت نمی‌نمایند، از دست نمی‌دهند».^{۴۴}

دستورالعمل نظامی انگلستان نیز مقرر می‌دارد:

«یک طرف متخاصم نمی‌تواند خود را از تعهد به رعایت تمام یا بخشی از حقوق جنگ با این بهانه و عذر که طرف مقابل احتمالا یا قطعا این حقوق را نقض کرده است، رها و معاف سازد».^{۴۵}

علاوه بر دستورالعمل‌های نظامی کشورها، رویه‌ی قضایی داخلی کشورها نیز در پاره‌ای موارد در اعمال اصل عمل متقابل در حقوق بین‌الملل بشردوستانه تشکیک

←

41 . France, LOAC Manual (2001), p. 14. reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

42 . Netherlands, Military Manual (1993), p. IX-1., reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

43 . New Zealand, Military Manual (1992), § 1601.3, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

44 . Spain, LOAC Manual (1996), Vol. I, § 1.1.d.(2). reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

45 . UK, Military Manual (1958), § 121, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

کرده‌اند.^{۴۶}

ششم - اصل تبادل در پرتو عملکردهای بین‌المللی

در سال ۱۹۹۴، گزارش‌گر ویژه‌ی کمیسیون حقوق بشر در گزارش مربوط به وضعیت حقوق بشر یوگسلاوی سابق، اظهار داشت:

«ایده‌ی ایجاد ارتباط میان ارائه‌ی کمک‌های انسان‌دوستانه به سربرنیسکا و تخلیه‌ی صرب‌ها از توزلا^{۴۷} باید محکوم شود. رعایت و تبعیت از تعهدات حقوق بشر و حقوق بشردوستانه از سوی یک طرف مخاصمه منوط به رعایت آن تعهد از سوی دیگران نمی‌باشد. چنین تعهداتی برای هر یک از طرف‌ها مطلق بوده و به عمل متقابل بستگی ندارد»^{۴۸}.

۴۶. در قضیه‌ی راورتر (Rauter)، در سال ۱۹۴۸، دادگاهی در هلند استدلال متهم را مبنی بر این‌که دولت در تبعید هلند و مردم هلند خودشان، قبلاً با ارتکاب اقدام‌هایی که وی نیز مرتکب شده است، حقوق و عرف‌های جنگ را نقض کرده و در نتیجه او از تعهد به رعایت آن حقوق و قواعد معاف بوده است رد کرده است. دادگاه ویژه‌ی استیناف ضمن تایید این رای، مجدداً این دفاعیه را که رایش آلمانی و متهم به عنوان رکن اجرایی آن از تعهد به رعایت حقوق و عرف‌های جنگ به دلیل آن‌که به آن‌ها دستور اقدام تلافی‌جویانه علیه شهروندان هلندی داده شده بود و معاف بوده‌اند و طرف مقابل قبلاً همین اقدام‌ها را مرتکب شده بود، رد کرد.

Netherlands, Special Court (War Criminals) at The Hague, Rauter case, Judgement, 4 May 1948 and Judgement, 12 January 1949.

در قضیه‌ی فان لیپ (Von Leeb) (محاکمه‌ی فرماندهی ارشد) در سال ۱۹۴۸، محکمه‌ی نظامی ایالات متحده در نورمبرگ اظهار داشت: «به موجب اصول کلی حقوق، یک متهم از جرم ارتكابی با ارانه‌ی این استدلال که طرف مقابل همان جنایت را قبل یا بعد از جنایت متهم مرتکب شده است، معاف نخواهد شد». US, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case, Judgement, 30 December 1947–28 October 1948.

47. Tuzla.

48. UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Periodic report, UN Doc. E/CN.4/1994/3, 5 May 1993, § 91.

بیست و دومین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۷۲ نیز قطعنامه‌ای را در خصوص فعالیت‌های کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ تصویب و طی آن ابراز داشت که کنوانسیون‌های ژنو:

«حمایتی اساسی را برای نوع انسانی تدارک دیده‌اند و بر این اساس، یک تعهد قوی در برابر تمام جامعه‌ی بین‌المللی به‌شمار می‌روند ... اعمال مقررات مندرج در این کنوانسیون‌ها را نمی‌توان منوط به عمل متقابل یا ملاحظات سیاسی یا نظامی کرد».^{۴۹}

رویه‌ی قضایی بین‌المللی نیز در همین راستا حرکت کرده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه‌ی مشورتی خود در قضیه‌ی نامیبیا اظهار داشت:

«اصل کلی حقوقی آن است که حق خاتمه بخشیدن به دلیل نقض باید در ارتباط با همه‌ی معاهدات مفروض گرفته شود، مگر مقرراتی که مربوط به حمایت از نوع انسانی در معاهدات با خصلت بشردوستانه درج شده است، به نحوی که در بند ۵ ماده‌ی شصت کنوانسیون حقوق معاهدات وین تصریح گردیده است».^{۵۰}

علاوه بر این، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه‌ی مارتیج^{۵۱} در سال ۱۹۹۶ اظهار داشت که ممنوعیت حمله به جمعیت غیرنظامی و افراد عادی باید در تمامی اوضاع و احوال و صرف‌نظر از رفتار طرف مقابل رعایت شود. نظر اکثر مقامات حقوقی به شعبه‌ی رسیدگی‌کننده اجازه می‌دهد تا ابراز کند که تحت هیچ وضعیتی حمله علیه غیرنظامیان مشروعیت ندارد، حتی اگر این اقدام واکنش متناسبی در برابر نقض مشابهی باشد که از سوی طرف دیگر ارتکاب یافته است. مستثنا بودن اصل اقدام تلافی‌جویانه در خصوص این اصول بنیادین بشردوستانه در ماده‌ی ۱ مشترک

49 . 22nd International Conference of the Red Cross, Teheran, 8–15 November 1973, Res. I.

50 . ICJ, Namibia Case, Advisory Opinion, 21 June 1971, § 96.

51 . Martić.

کنوانسیون‌های ژنو تایید شده است.^{۵۲} همین دادگاه در قضیه‌ی کوپرسکیچ^{۵۳} با اشاره به این امر که وکیل خوانده مستقیماً یا تلویحاً به اصل بده - بستان^{۵۴} استناد و اظهار داشته است که وقتی طرف مقابل جرایم و جنایات مشابهی را مرتکب شده است، این واقعیت دفاع موجهی برای متهم به‌شمار می‌رود، اظهار می‌دارد، اگر چه این اصل به عنوان یک دفاع در محاکمه‌های مربوط به جنایات جنگی به دنبال جنگ دوم جهانی مطرح گردیده، اما استدلال مذکور به نحو جهان‌شمولی مردود اعلام شده است. برای مثال، محکمه‌ی نظامی آمریکا در رسیدگی به قضیه‌ی فرمانده/ارشد به طور قاطع اعلام کرد که به موجب اصول کلی حقوق، یک متهم نمی‌تواند از جرم ارتكابی با این استدلال که طرف مقابل همان جنایت را قبل یا بعد از جنایت متهم مرتکب شده است، خود را تبرئه کند. در حقیقت، چه عملکرد دولت‌ها و چه نظرات اندیشمندان حقوقی اعتباری برای این دفاع قائل نبوده‌اند. دادگاه مزبور می‌افزاید، این استدلال اساساً به این دلیل مخدوش است که به موجب آن، حقوق بشردوستانه را بر یک پایه‌ی محدود و مضیق از تبادل حقوق و تعهدات در نظر می‌گیرد. در حالی که این مجموعه از حقوق بر تعهدات مطلق یعنی تعهداتی که غیرمشروط می‌باشد، تکیه دارند. به عبارت دیگر، تعهداتی که بر مبنای عمل متقابل استوار نشده است. این مفهوم قبلاً در ماده‌ی ۱ مشترک کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو تلخیص شده و بر اساس آن، «طرف‌های معظمه‌ی متعاهد متعهد می‌شوند تا کنوانسیون حاضر را در تمامی اوضاع و احوال رعایت کنند...». علاوه بر این، باید یک مقرره‌ی مشترک از

52 . ICTY, Martić Case, Review of the Indictment, 8 March 1996, § 15.

53 . Kupreškić.

54 . Tu quoque.

اصطلاح «tu quoque» عبارتی لاتین به معنای تو هم همین‌چنین است. متهم با استناد به آن اعلام می‌کند که طرف اتهام زننده خود مرتکب همان اقدام شده و لذا نمی‌تواند طرف دیگری را به ارتکاب همان جرم متهم کند.

کنوانسیون‌های ژنو^{۵۵} را مورد توجه قرار داد که به موجب آن «هیچ یک از طرف‌های متعاقد نباید اجازه داشته باشند تا خود یا هر یک از طرف‌های دیگر متعاقد را از مسئولیت ایجاد شده توسط خود یا دیگر طرف متعاقد در رابطه با نقض‌های مورد اشاره در ماده‌ی پیشین (یعنی نقض‌های فاحش) تبرئه نمایند». البته درست است که این مقرر صرفاً به مسئولیت دولت‌ها در اثر نقض‌های فاحش ارتکاب یافته از سوی نمایندگان دولت‌ها یا نقض‌های شدید موجد مسئولیت دولت‌ها در هر سطحی (به عنوان مثال ترک فعل یک دولت در جلوگیری یا مجازات چنان نقض‌هایی) اشاره دارد، با وجود این، مفهوم کلی این مقررات آن است که مسئولیت نقض فاحش مطلق بوده و به هیچ عنوان نمی‌توان از این مسئولیت با تکیه بر ابزار حقوقی مانند فسخ معاهدات یا موافقت‌نامه‌ها رهایی یافت. چنین مسئولیتی و به بیان کلی‌تر، مسئولیت کیفری فردی به دلیل نقض جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نمی‌توان با توسل به استدلال‌هایی مانند عمل متقابل از بین برد. دادگاه در ادامه می‌افزاید، ماهیت مطلق اکثر تعهدات ناشی از قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه یک روند تدریجی به سمت انسانی کردن تعهدات حقوقی بین‌المللی را منعکس نموده و به فرسایش کلی اصل عمل متقابل در اعمال حقوق بشردوستانه در قرن گذشته اشاره دارد. پس از جنگ جهانی اول، اعمال حقوق جنگ از ابتدا بر عمل متقابل میان متخاصمین فاصله گرفت و نتیجه آن شد که به طور کلی، قواعد به نحو روزافزونی از سوی هر یک از متخاصمین، صرف‌نظر از بی‌اعتنایی احتمالی دشمن مورد توجه و عنایت قرار گرفت. اساس و بنای این انتقال، روشن شدن این امر برای دولت‌ها بود که هدف از وضع قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه حفاظت از منافع دولت‌ها نبوده، بلکه آن‌ها اولاً و علی‌الاصول به منظور نفع‌رسانی به افراد یعنی نوع بشر مقرر شده‌اند. بر خلاف دیگر قواعد بین‌المللی مانند قواعد مندرج در معاهدات تجاری که به لحاظ حقوقی مبتنی بر حمایت از منافع متقابل

۵۵. مواد ۵۱، ۵۲، ۱۳۱ و ۱۴۸ کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو.

دولت‌هاست، رعایت قواعد بشردوستانه را نمی‌توان وابسته و منوط به اجرای متقابل این تعهدات از سوی دولت‌های دیگر نمود. ترجمان این روند در قالب قواعد حقوقی با «الزام قطعی» که توسط کانت در حوزه‌ی اخلاق تبیین شده است، قابل مشاهده است که به موجب آن، یک نفر باید تعهدی را ایفا کند، صرف‌نظر از این‌که دیگران آن تعهد را رعایت نموده یا به آن بی‌اعتنایی کرده باشند.^{۵۶}

56 . ICTY, Kupreškić Case, Judgement, 14 January 2000, §§ 515–518.

نتیجه‌گیری

با توجه به موارد پیش گفته می‌توان چنین استنتاج نمود که حرکت تدریجی و یک‌نواخت در حقوق بین‌الملل به سمت جهان‌شمول کردن تعهد حمایت از بشر می‌باشد؛ روندی که اهمیت و ویژگی بنیادین ارزش‌هایی که در حقوق بشردوستانه ریشه دوانیده‌اند را مورد تاکید قرار می‌دهد. ارزش‌های اخلاقی مندرج در حقوق بشردوستانه متعالی‌تر از تعهدات حقوقی‌اند. در نتیجه، تعهدات بشردوستانه قوی‌تر از سایر تعهدات معمول می‌باشند. بر این اساس، تا جایی که مربوط به حمایت از حقوق اساسی انسان‌ها در زمان مخاصمه‌ی مسلحانه می‌شود، چنین قواعدی تعهدات عام‌الشمول^{۵۷} می‌باشند.^{۵۸} بدیهی است رعایت حقوق بشردوستانه متعالی‌تر از قلمرو منفعت دولت‌های عضو می‌باشد^{۵۹}، منفعتی حقوقی که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی *بارسلونا/تراناکشن* بر آن صحه می‌گذارد. با وجود این، باید بررسی کرد که چه قواعدی در زمره‌ی تعهدات عام‌الشمول قرار می‌گیرند؟ تعهداتی که برای نظم جهانی مبتنی بر رعایت و احترام کامل به کرامت انسانی اساسی و بنیادین هستند^{۶۰}. به طور قطع، همه‌ی قواعد حقوق بشردوستانه در این حوزه قرار

57. *Erga omnes obligation*.

۵۸. در بیانیه‌ی ارائه شده به دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی سلاح‌های شیمیایی در سال ۱۹۹۵، هند با نقل قول از فیتز‌موریس اظهار داشت که اقدام متقابل یا تلافی‌جویانه در حقوق بین‌الملل بر طبق اصول مشخص و معینی تنظیم شده است... اقدام تلافی‌جویانه نمی‌تواند شامل اقدام‌هایی شود که خصلت عام و مطلق دارند، مانند برخی نقض‌های حقوق بشر، نقض‌های مشخصی از حقوق جنگ و قواعدی که ماهیتاً آمره هستند، یعنی تعهداتی که دارای خصیصه‌ی مطلق متابعت بوده و رعایت آن‌ها وابسته با منوط به رعایت از سوی طرف مقابل نبوده، بلکه در تمامی شرایط امری و الزام‌آور است، مگر تحت فشار و اجبار باشند...
India, Written Statement Submitted to the ICJ, Nuclear Weapons Case, 20 June 1995, p. 2.

59. See: Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 211.

60. See: Meron, *Human Right and Humanitarian Norms as Customary Law* 1989 - Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", 81 *American Journal of International Law*, 1987, 348-370.

نمی‌گیرند، اما به طور کلی می‌توان گفت که قواعد عمده‌ی کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی و نیز قواعد عرفی که از انسان در برابر سوءاستفاده از قدرت حمایت می‌کند، در این چارچوب قرار می‌گیرد. در واقع، از آن‌جا که کنوانسیون‌های ژنو امروزه به نحو جهان‌شمولی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند، می‌توان گفت مقررات اساسی این کنوانسیون‌ها در کلیت و قالب یک پارچه‌ی آن بیان‌کننده‌ی تعهدات عام‌الشمول می‌باشد.^{۶۱}

در مورد مقررات پروتکل اول الحاقی، این بیان به‌ویژه در مورد قواعدی که از جمعیت غیرنظامی در برابر آثار ناشی از عملیات نظامی حمایت می‌کنند و ریشه‌ی آن‌ها در مقررات ۱۹۰۷ لاهه بوده و بر طبق نظر دادگاه نظامی بین‌المللی نورمیرگ بخشی از قواعد عرفی می‌باشند، صدق می‌کند.^{۶۲} سایر قواعد مربوط به حمایت از مجروحان، بیماران و غرق‌شدگان، غیرنظامیانی که در دست دشمن اسیرند و همچنین مسائل مربوط به کمک‌رسانی و دفاع فردی نیز می‌تواند در این مقوله گنجانده شود. از سوی دیگر، پروتکل دوم مربوط به مخاصمات غیربین‌المللی تا حدودی قواعد تدوین شده در ماده‌ی ۳ مشترک را توسعه داده است^{۶۳}، بدون آن‌که تعهداتی که به لحاظ ماهوی جدید باشد را اضافه کرده باشد؛ ضمن آن‌که، مقررات جدید قواعد مندرج در ماده‌ی ۳ مشترک را که از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری «ارائه‌کننده‌ی مقتضیات اولیه‌ی انسانی» است منعکس می‌کند.^{۶۴}

بهره این‌که، بخش عمده‌ای از قواعد بشردوستانه‌ی حاکم بر مخاصمات مسلحانه در چارچوب نظم حقوقی بین‌المللی قرار می‌گیرد و این امر یا به دلیل آن است که قواعد

61 . See: Aldrich, "New Life for the Law of War", 75 American Journal of International Law, 1981, 764-783 - Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", 3 UCLA Pac. Basin LJ, 1984, 55-118.

62 . International Military Tribunal, Vol. XXII, p. 497.

۶۳. نک. ماده‌ی ۱ پروتکل دوم الحاقی که تصریح می‌کند: «این پروتکل که ماده‌ی ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو را تکمیل و توسعه داده است...».

64 . Corfu Channel, Merits, ICJ Reports, 1949, p. 22.

مذکور ریشه در ملاحظات اولیه‌ی انسانی دارد و یا به خاطر آن است که به نحو جهان‌شمولی مورد پذیرش اعضای جامعه‌ی بین‌المللی قرار گرفته‌اند. تعهد به رعایت این قواعد منوط به شرط دیگری نیست، چرا که قواعدی عام هستند. بدین ترتیب، قواعد اساسی بشردوستانه تعهدات عام‌الشمول هستند و جامعه‌ی بین‌المللی در رعایت آن دارای منفعت حقوقی است. علاوه بر این، در رابطه با مخاصمات مسلحانه‌ی غیربین‌المللی، اولاً در قابلیت اعمال اصل عمل متقابل بر آن تشکیک وارد شده و ثانیاً، قواعد اساسی آن از جمله ماده‌ی ۳ مشترک نیز دربرگیرنده‌ی تعهد عام‌الشمول بوده و جامعه‌ی دولت‌ها در رعایت این قواعد بنیادین نیز منفعت حقوقی دارند.^{۶۵}

65 . Gasser, Hans Peter, "Ensuring Respect by Third States and UN", in: Armed Conflict and the New Law, Volume II: Effecting Compliance, Chapter 2: Ensuring Respect for the Geneva Conventions And Protocols: The Role of Third States and the United Nations, edited by Hazel Fox and Michael A. Meyer, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, p. 23.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی نیکاراگوئه نیز همین نظر را دارد. نظر مخالف قاضی شوبل نیز در همین راستا ارزیابی می‌شود.

Nicaragua Case, para. 218. Judge Schwebel seems to share this view (Schwebel, diss. Op. para. 259).

منابع

Books

1. Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press 2005.
2. Gasser, Hans Peter, "Ensuring Respect by Third States and UN", in: *Armed Conflict and the New Law, Volume II: Effecting Compliance*, Chapter 2: *Ensuring Respect for the Geneva Conventions And Protocols: The Role of Third States and the United Nations*, edited by Hazel Fox and Michael A. Meyer (1993, the British Institute of International and Comparative Law).
3. Henry Wheaton, *Elements of International Law* 32, Coleman Phillipson ed., 5th ed. 1916.
4. Lauterpacht, Hersch, *International Law*, 1970.
5. Marco Sassoli & Antoine Bouvier (eds), *How Does Law Protect in War?* 599, 1999.
6. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I & II.
7. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991.
8. Meron, *Human Right and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989)
9. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997.
10. Mohammed M. Gomma, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, 1996.

Articles

1. Aldrich, "New Life for the Law of War", 75 American Journal of International Law, 1981.
2. Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", 3 UCLA Pac. Basin LI., 1984.
3. George H. Aldrich & Christine M. Chinkin, "The Hague Peace Conferences: A Century of Achievement and Unfinished Work", 94 American Journal of International Law, 90, 93, 2000.
4. [Kalshoven](#), Frits, Belligerent Reprisals (International Humanitarian Law), Brill Academic Pub; 2nd edition, June, 2005.
5. Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", 81 American Journal of International Law, 1987.
6. Michael J. Kelly, Time Warp to 1945-Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law, 13 Journal of Transnational Law and Politics, 1, 7-8, 2003.
7. Moore, John Norton, Enhancing Compliance with International Law: A Neglected Remedy, 39 Virginia Journal of International Law, 881, 957-62 1999.
8. Watts, Sean, Reciprocity and the Law of War, Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009, p.p. 365-434.

Documents

1. Summary Records of the 2590th Meeting, [1999] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 165, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A./1999.

2. Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, at 2B (William S. Hein & Co. 2004) (1950).
3. UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Periodic report, UN Doc. E/CN.4/1994/3, 5 May 1993, § 91.
4. 22nd International Conference of the Red Cross, Teheran, 8–15 November 1973, Res. I.

Cases

1. ICJ, Nicaragua Case, & Schwebel, dissenting opinion.
2. ICJ, Namibia case, Advisory Opinion, 21 June 1971.
3. ICJ, Corfu Channel, Merits, ICJ Reports, 1949
4. ICJ, India, Written statement submitted to the ICJ, Nuclear Weapons case, 20 June 1995.
5. ICTY, Martić case, Review of the Indictment, 8 March 1996.
6. ICTY, Kupreškić case, Judgement, 14 January 2000.
7. ICTY, Prosecutor v. Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 520 (Jan. 14, 2000).
8. Naulilaa Case, 2 R.I.A.A., 1011 (1928), *reprinted in* Whiteman Digest of International Law, 148-49 (1963).
9. Netherlands, Special Court (War Criminals) at The Hague, *Rauter case*, Judgement, 4 May 1948 and Judgement, 12 January 1949.
10. US, Military Tribunal at Nuremberg, *Von Leeb (The High Command Trial) case*, Judgement, 30 December 1947–28 October 1948.

National Laws and Manuals

11. Belgium, Law of War Manual (1983).
12. Canada, LOAC Manual (1999).
13. Colombia, Basic Military Manual (1995).
14. France, LOAC *Manual* (2001).
15. Netherlands, Military Manual (1993).
16. New Zealand, Military Manual (1992).
17. Spain, LOAC Manual (1996).
18. United Kingdom, Military Manual (1958).
19. United States. Department of the Army, Field Manual, The Law of Land Warfare.
20. United States, Air Force Pamphlet (1976).
21. US, Naval Handbook (1995).
22. United States War Department, Instructions for the Government of Armies in the Field, (General Orders No. 100, prepared by Francis Lieber, L.L.D.) (1863), known as Lieber Code.

قواعد حاکم بر مجوز واردات^۱ در چارچوب مقرارت سازمان تجارت جهانی

دکتر محمدجعفر قنبری جهرمی *

حاتم صادقی زیازی **

چکیده

مجوز واردات به لزوم اخذ اجازه برای وارد کردن یک محصول اشاره دارد؛ در واقع آن رویه‌های اداری که برای عملکرد نظام‌های صدور مجوز واردات به کار می‌رود و مستلزم تسلیم تقاضانامه و یا سایر اسناد به مقامات اداری مربوط به عنوان شرط واردات است. دو شیوه‌ی اساسی برای صدور مجوز واردات وجود دارد؛ صدور خودکار مجوز و صدور غیر خودکار مجوز. صدور خودکار مجوز معمولاً با هدف جمع‌آوری داده‌های آماری و یا اجرای مقررات، از جمله موارد مربوط به واردات اقلام خطرناک می‌باشد؛ مشروط به این که واردکننده واجد شرایط مناسب (برای مثال در مورد واردات سلاح گرم، در کشور واردکننده مورد تایید مراجع مربوطه باشد) صدور خودکار مجوز باشد. در مقابل صدور غیر خودکار مجوز معمولاً به عنوان ابزار اختصاص سهمیه‌ی واردات بین واردکنندگان مورد استفاده قرار می‌گیرد. امروزه، صدور غیر خودکار مجوزها عمدتاً در ارتباط با نرخ سهمیه‌های تعرفه مورد استفاده قرار می‌گیرند که سهمیه‌ی عددی مستقیم را در واردات بسیاری از محصولات کشاورزی جایگزین کرده است. در حالی که این نوع نظام صدور مجوز به طور واضح در اجرای موثر محدودیت‌های واردات ضروری است، از یک سو به طور آشکار می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گرفته و از سوی دیگر موانع قابل توجهی در تجارت ایجاد کند.

1. Import Licensing Procedures .

* استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق بین‌الملل.

مقررات سازمان تجارت جهانی تا حد زیادی مبتنی بر مجموعه مقررات دور توکیو، و برخی تغییرات مطرح شده در تحمیل محدودیت‌های شدیدتر بر استفاده از نظام‌های صدور مجوز واردات، می‌باشد. در این ارتباط به‌طور خاص، ضرب‌الاجل‌هایی برای زمان انتشار مقررات صدور مجوز جدید و تجدیدنظر شده و فرآیند درخواست‌های صدور مجوز واردات پیش‌بینی شده است. هم‌چنین، محدودیتی در مورد تعداد آژانس‌های دولتی که درخواست‌کنندگان مجوز در انجام امور، نیاز به دسترسی به آن‌ها دارند، اعمال شده است.

کلید واژگان

مجوز واردات، مانع غیرتعرفه‌ای، سازمان تجارت جهانی، نرخ سهمیه‌های تعرفه.

مقدمه

پیش از آن که قواعد حاکم بر مجوز واردات را بررسی کنیم، لازم است مختصری به تعریف و بیان شمول این مانع تجاری و چرایی مانع بودن آن بپردازیم. مجوز واردات به لزوم اخذ اجازه برای وارد کردن یک محصول اطلاق می‌شود. در واقع آن رویه‌های اداری که برای عملکرد نظام‌های صدور مجوز واردات به کار می‌رود و مستلزم تسلیم تقاضانامه و یا سایر اسناد به مقامات اداری مربوط به عنوان شرط واردات است.

رویه‌های اداری مورد استفاده در اجرای رژیم‌های صدور مجوز واردات، از آن جایی که در بیش تر موارد به صورت نادرست اجرا می‌شود، در اجرا موجب گسترش نظام‌هایی شد که به عنوان مانع تجاری از آن‌ها یاد می‌شود. این رویه‌ها به صورت بی‌طرفانه و به گونه‌ای منصفانه و عادلانه اعمال نمی‌شود. نرخ سهمیه‌ی تعرفه به صورت دل‌خواهی و اختیاری تنظیم می‌شود و همچنین نبود شفافیت این مشکل را پررنگ‌تر می‌سازد.

در کنار این، متعهد نبودن دولت‌های عضو به حفظ اطلاعات محرمانه‌ی واردکنندگان، موجب نگرانی‌های واردکنندگان است.

توزیع غیرمنصفانه و ناعادلانه‌ی مجوزها به‌ویژه درخصوص آن دسته از واردکنندگان که محصولاتی را از کشورهای در حال توسعه‌ی عضو و خصوصاً کشورهای عضو دارای کم‌ترین میزان توسعه‌یافتگی وارد می‌کنند، کاملاً نمایان می‌باشد که این منجر به سوداگری در صدور مجوزها شده و استفاده‌ی کامل از نرخ سهمیه‌ی تعرفه‌ها را با مانع روبه‌رو کرده است.

دو شیوه‌ی صدور مجوز واردات وجود دارد؛ صدور خودکار^۲ و صدور غیرخودکار^۳. صدور خودکار مجوز معمولاً با هدف جمع‌آوری داده‌های آماری و یا اجرای مقررات، از جمله موارد مربوط به واردات اقلام خطرناک (برای مثال مواد منفجره

2. Automatic Licensing .

3. Non-Automatic Licensing .

یا سلاح گرم) می‌باشد. مشروط به این که واردکننده واجد شرایط مناسب (برای مثال در مورد واردات سلاح گرم، مورد تایید مراجع داخلی باشد) صدور خودکار مجوز باشد. در مقابل صدور غیرخودکار^۴ مجوز معمولاً برای اختصاص سهمیه‌ی واردات بین واردکنندگان استفاده می‌شود. امروزه، صدور غیرخودکار مجوزها عمدتاً در ارتباط با نرخ^۵ سهمیه‌های تعرفه مورد استفاده قرار می‌گیرد که سهمیه‌ی عددی مستقیم را در واردات بسیاری از محصولات کشاورزی جای‌گزین کرده است. در حالی که این نوع نظام صدور مجوز به طور واضح در اجرای موثر محدودیت‌های واردات ضروری است، از یک سو به طور آشکار می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد و از سوی دیگر موانع قابل توجهی در تجارت ایجاد کند. برخی از این دغدغه‌ها و نگرانی‌ها توسط جان جکسون^۶ چنین بیان شده است:

"یکی از مشکلات در نظام سهمیه‌بندی روش اعطای مجوزهاست. آیا مجوزها باید براساس این که «هر که زود آمده، زود هم پذیرایی شود»^۷ اعطا گردد؟ آیا سهمیه‌بندی عادلانه‌ای بین کشورهای صادرکننده صورت می‌گیرد؟ آیا صدور مجوز باید به مزایده گذاشته شود؟... آیا سیاست صدور مجوز به طرح‌های ملی کمک می‌کند وقتی که چنین برنامه‌هایی موجود است؟ آیا خطراتی برای مقامات صادرکننده‌ی مجوز در قبول رشوه و یا به خاطر ملاحظات اقدام به تمدید مجوز وجود دارد؟"^۸

4. Tariff-Rate Quotas (TRQS)

۵. رکن استیناف حکم داده است که رویه‌ی صدور مجوز برای نرخ سهمیه تعرفه در قلمرو موافقت‌نامه صدور مجوز واردات است. گزارش رکن استیناف، WT/DS27/AB/1997.195 جامعه‌ی اروپا، برای واردات، فروش و توزیع موز.

6. John Jackson.

7. Firest-com, Firest-served.

8. Jackson, John, H., World Trade and The Law of GATT, Indiana Polis, Bobbs-Merrill, 1969, p. 306.

فصل اول: پیشینه‌ی وجود مانع و قواعد حاکم در خصوص رفع مانع قبل از تاسیس سازمان تجارت جهانی

گفتار اول: اجرای غیر تبعیض آمیز محدودیت‌های کمی (ماده‌ی ۱۳ گات)

هیئت حل اختلافی از گات حکم داده است که نظام صدور مجوز خودکار محدودیت کمی بر واردات در مفهوم ماده‌ی ۱۱ گات ۱۹۴۷ ایجاد نمی‌کند.^۹ در مقابل نظام صدور مجوز غیر خودکار چنین محدودیت‌هایی را ایجاد می‌کند.^{۱۰} و بنابراین تحت شمول ماده‌ی ۱۳ گات می‌باشد. این ماده قواعدی را برای تعیین محدودیت‌های کمی طراحی شده در تضمین این که چنین محدودیت‌هایی بر مبنای عدم تبعیض اعمال می‌شود، بیان می‌دارد. اکثر این قواعد ماهوی هستند نه شکلی؛ برای مثال در بند ۲ ماده‌ی ۱۳ شرایط توزیع تجاری که تابع محدودیت‌های واردات است باید تا حد ممکن به عنوان سهام تلقی گردد، به طوری که طرفین قرارداد به دست آوردن آن را در نبود محدودیت‌ها توقع دارند. به هر حال، بند ۳ ماده‌ی ۱۳ برخی شرایط شفاف قابل اجرا بر محدودیت‌های کمی را مقرر می‌دارد و نظام صدور مجوز واردات برای اجرای آن‌ها به کار گرفته می‌شود. بنابراین:

۹. گزارش هیئت حل اختلاف گات، برنامه حداقل قیمت واردات، مجوزها و ضمانت سرمایه برای برخی میوه‌های فراوری شده و سبزیجات جامعه‌ی اروپا.

BISD 25th Supp. 68 (1979)

۱۰. گزارش هیئت حل اختلاف گات، جامعه‌ی اقتصادی اروپا - محدودیت‌هایی بر واردات سیب - شکلات از سوی ایالات متحده.

در این قضیه جامعه‌ی اروپا استدلال نکرد که نظام صدور مجوز مورد اختلاف، محدودیت واردات در مفهوم ماده‌ی ۱۱ BISD 36th Supp. 135, 5.2 (1989) نیست، بلکه در عوض ادعا کرد که آن در مفهوم استثنائات ماده‌ی ۱۱ قرار دارد. هم‌چنین گزارش هیئت حل اختلاف گات، تایلند - محدودیت‌ها بر واردات و نیز گزارش هیئت حل اختلاف گات، اقدامات ژاپن بر واردات چرم، BISD 37th Supp. 67 (1990) مالیات‌های داخلی بر سیگار.

BISD 31st Supp. HH. (1984).

• بنا به درخواست هر طرف متعاقد دارای منفعت در تجارت محصول مورد نظر، طرف متعاقد اعمال‌کننده محدودیت‌ها باید همه‌ی اطلاعات مربوط به اجرای محدودیت‌ها، مجوزهای اعطا شده‌ی واردات و توزیع مجوزها بین کشورهای تامین‌کننده را ارائه دهد؛

• در مورد سهمیه‌ها، طرف متعاقد کل مقدار یا ارزش محصولی که در طول دوره‌ی تعیین شده در آینده صادر می‌شود و هر تغییر در این مقدار و ارزش را اعلان عمومی کند.^{۱۱}

• در مورد سهمیه‌ی اختصاص یافته بین کشورهای تامین‌کننده، طرف متعاقد اعمال‌کننده محدودیت، بی‌درنگ همه‌ی طرف‌های متعاقد ذینفع در تامین محصول مورد نظر را از سهمیه‌بندی‌ای که به‌تازگی براساس مقدار و ارزش به کشورهای مختلف تامین‌کننده اختصاص داده، مطلع می‌سازد و آن را اعلان عمومی می‌کند. موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات^{۱۲} هر چند با جزئیات بیش‌تر، متضمن شرایط مشابه می‌باشد.

در سال ۱۹۵۰ در مذاکرات چندجانبه‌ی دور تورکوئی،^{۱۳} طرف‌های متعاقد گزارش گروه کاری راجع به پیشنهاد مجموعه قوانین رویه‌های استاندارد برای اجرای محدودیت‌های واردات و صادرات و کنترل ارزهای خارجی را تصویب کردند. این مجموعه قوانین برای ایجاد نظم و انضباط بیش‌تر در نظام صدور مجوز واردات طراحی شده است.^{۱۴} توصیه‌های گزارش – که مجموعه قوانین راهنمایی طرف‌های متعاقد را مورد

۱۱. هیئت حل اختلاف گات حکم داد که اختصاص سهمیه پیش از تاریخ، یعنی سهمیه‌ی اظهار شده‌ای که در زمان اعلان ثبت شده است این شرایط را نقض می‌کند. جامعه‌ی اروپا – محدودیت‌های بر واردات سیب، BISD 36th Supp. 93(1989).

12. Agreement on Import Licensing procedures (AIP).

13. Torquay Round .

14. GATT Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice , Geneva : WTO and

توجه قرار می‌داد و نه تعهدات اضافی تحمیل شده بر طرف‌ها را — به شرح ذیل بوده است:

- اعطای مجوز واردات بایستی به تبدیل ارز در دسترس، اشاره داشته باشد؛
- فعالیت‌های صدور مجوز واردات و صادرات و اجازه‌های تبدیل ارز باید در زمان معقولی انجام شود؛
- پروانه و مجوز باید برای یک دوره‌ی زمانی مناسب اعتبار داشته باشد تا تولید یا تحویل کالا ممکن باشد؛
- دوره‌ی زمانی مشخص شده برای اعمال سهمیه‌ها باید تا حد کافی طولانی باشد تا تبادل اطلاعات تامین‌کنندگان احتمالی خارجی و انعقاد قراردادهای فروش را ممکن سازد؛
- مقامات گمرکی صلاحیت داشته باشند فرصت معقولی برای انجام تغییرات در کمیت و ارزش محموله‌های فردی اعطا کنند.

این توصیه‌ها در موافقت‌نامه‌ی رویه‌های صدور مجوز واردات مورد توجه قرار گرفته است.

گفتار دوم: مجموعه مقررات دور توکیو^{۱۵}

یکی از موافقت‌نامه‌ها یا مجموعه مقررات اختیاری مورد مذاکره در دور توکیو، موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات (مجموعه مقررات) بوده است. در اصل، نوزده کشور امضاءکننده‌ی این سند بوده‌اند که بیش‌تر از میان کشورهای توسعه‌یافته بودند. تا سال ۱۹۹۴، بیست و هفت کشور این مجموعه مقررات را پذیرفتند. هدف این موافقت‌نامه به قرار ذیل بوده است.

←

Benan Press , 6th ed., 1995, p.405-406.

15. The Tokyo Round Code .

"تا اطمینان حاصل شود که رویه‌های اداری مورد استفاده در اجرای رژیم‌های صدور مجوز واردات، با مقررات مربوط به گات از جمله الحاقیات و پروتکل‌هایش؛ با نگاه به ممانعت از تحریف‌های تجاری که از اجرای نادرست این رویه‌ها به وجود می‌آید، و با مدنظر قرار دادن اهداف توسعه‌ی اقتصادی و نیازهای مالی و تجاری کشورهای در حال توسعه، مطابق است."^{۱۶}

بیش‌تر قواعد مجموعه مقررات به همان صورت در موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات تکرار شده‌اند که در ادامه‌ی مباحث به آن خواهیم پرداخت.

گفتار سوم: مذاکرات دور/روگونه

ایالات متحده‌ی آمریکا که نگران گسترش نظام‌های صدور مجوز در سراسر جهان و شکل‌گیری موانع تجاری بود، پیش‌گام فراخوان اصلاح مجموعه مقررات در مذاکرات دور/روگونه شد. در سپتامبر ۱۹۸۹، ایالات متحده و هنگ‌کنگ پیشنهاد مهمی برای فراخوان اصلاح اساسی موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات (مجموعه مقررات) مطرح کردند.^{۱۷} اهداف اصلی این پیشنهاد، بهبود قابلیت پیش‌بینی و شفافیت، تحمیل ضرب‌الاجل مشخص برای انتشار اطلاعات براساس شرایط صدور مجوز جدید یا تجدیدنظر شده و زمان فرآیند درخواست‌های صدور مجوز و محدود کردن تعداد آژانس‌هایی که درخواست انجام این فعالیت مطرح می‌کنند، بوده است؛ این پیشنهاد به‌طور کلی تصویب می‌شود.^{۱۸}

16. Analytical of the GATT, *op.cit.*

17. Art.1.2, Agreement on Import Licensing Procedures (Code).

18. Proposal by the United States and Hong Kong with Respect to the Improvement on Import Licensing Procedures ,GATT Doc. No. MTN. GNG/N68/w/58(sept 27,1989).

فصل دوم: قواعد حاکم بر مجوز واردات در چارچوب مقررات سازمان تجارت جهانی

همان‌طوری که بیان شد، مقررات سازمان تجارت جهانی تا حد زیادی مبتنی بر مجموعه مقررات دور توکیو، با شماری از تغییرات مطرح شده برای اعمال محدودیت‌های شدیدتر بر استفاده از نظام‌های صدور مجوز واردات، می‌باشد. در این میان به‌طور خاص، ضرب‌الاجل‌های مشخصی برای زمان انتشار مقررات صدور مجوز جدید و تجدیدنظر شده و فرآیند درخواست‌های صدور مجوز واردات پیش‌بینی شده است. هم‌چنین، محدودیتی برای تعداد آژانس‌های دولتی که درخواست‌کنندگان مجوز، نیاز به دسترسی به آن‌ها دارند، در نظر گرفته شده است.

همان‌طوری که هیئت استیناف در قضیه‌ی *جامعه‌ی اروپا-موز*^{۱۹} بیان داشته، درک این نکته مهم است که مقررات حاضر فقط بر رویه‌های مربوط به صدور و اجرای مجوز واردات اعمال می‌شود و نه بر قواعد اصلی حاکم بر تخصیص مجوز. بنابراین، اگر این قواعد تبعیض‌آمیز هستند یا محدودیت‌هایی را در تعارض با ماده‌ی ۱۱ گات بر واردات تحمیل می‌کنند، آن‌ها را نمی‌توان بر طبق موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات مورد انتقاد قرار داد، بلکه باید بر طبق مقررات مناسب گات ۱۹۹۴ به چالش کشید. همان‌طوری که رکن استیناف اظهار داشته، موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات، مانع "تحمیل نظام‌های صدور مجوز واردات مختلف بر محصولات مشابه زمانی که از اعضای مختلف وارد شده است" نمی‌شود.^{۲۰} در این مورد رکن استیناف حکم هیئت حل اختلاف مبنی بر این که نظام صدور مجوز واردات مورد بحث با ماده‌ی ۱ گات در تعارض است را تایید کرده است. در پی این حکم، هیئت اختلاف به این نتیجه می‌رسد که هر اعتراضی به این واقعیت که حق صدور مجوز مبتنی بر عملکرد صادرات است، اعتراض به خود احکام است تا

19. EC-Bananas, para.197.

20. *Ibid.*, para.198.

رویه‌ها و بنابراین نمی‌تواند بر طبق موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات رسیدگی شود.^{۲۱} موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات با بیان اصول کلی قابل اعمال برای همه‌ی نظام‌های صدور مجوز واردات آغاز می‌شود. پس قواعدی را تصریح می‌کند که بر نظام‌های صدور خودکار مجوز واردات و بر نظام‌های غیرخودکار آن اعمال می‌شود. سایر مقررات شامل مقررات اداری، بررسی موضوعاتی نظیر تاسیس کمیته‌ی صدور مجوز واردات، اعلان الزامات، مشورت و حل اختلاف می‌شود.

گفتار اول: اصول کلی

بند ۱ از ماده‌ی ۱ موافقت‌نامه، رویه‌های مربوط به صدور مجوز واردات را چنین بیان می‌دارد:

"رویه‌های اداری^{۲۲} مورد استفاده برای اجرای رژیم‌های صدور مجوز واردات مستلزم تسلیم تقاضا یا سایر اسناد (غیر از آن‌هایی که برای مقاصد گمرکی مورد نیاز است) به رکن اداری مربوط، به عنوان پیش‌شرط واردات کالا به قلمرو گمرکی کشور واردکننده‌ی عضو می‌باشد".

بند ۲ و ۳ ماده‌ی ۱ به دو اصل کلی و مهم اشاره می‌کنند که باید در تمام نظام‌های صدور مجوز واردات خودکار یا غیرخودکار رعایت شوند. نخست، رویه‌های اداری باید مطابق با مقررات مورد نظر در گات ۱۹۹۴، اجرا شوند تا از انحراف در تجارت که از اجرای نادرست این رویه‌ها ناشی می‌شود جلوگیری شود.^{۲۳} دوم، قواعد مربوط به

21. EC- Poultry, Para. 254, Report of WTO Panel, India- Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products, WT/DS90/R(1999), para. 5.131 (import Licensing system Violates GAAT Article XI:1).

۲۲. رویه‌های مربوط به صدور مجوز و نیز سایر رویه‌های اداری مشابه.

۲۳. بند ۲ از ماده‌ی ۱ تصریح می‌کند که اهداف توسعه‌ی اقتصادی و تامین نیازهای مالی کشورهای عضو در حال توسعه در رابطه با این امر در نظر گرفته می‌شود.

رویه‌های صدور مجوز واردات باید از لحاظ اجرا بی‌طرفانه بوده و به گونه‌ای منصفانه و عادلانه اعمال شوند. در قضیه‌ی جامعه‌ی اروپا-پیور، برزیل نظام صدور مجوز جامعه‌ی اروپا را که در آن جامعه‌ی اروپا نرخ سهمیه‌های تعرفه‌ی پیورش را تنظیم می‌کرد، به این دلیل که بر خلاف انتظاراتش بوده و سهم برزیل را از بازار پیور جامعه‌ی اروپا، از زمان شروع نرخ سهمیه‌های تعرفه، کاهش داده است مورد اعتراض قرار داد و ادعا کرد که دلایلی دارد که این امر مانع تجارت است. هیئت حل اختلاف این ادعا را رد کرد و توضیح داد که اشاره‌ی برزیل به درصد سهم‌اش، اشاره به کل صادراتش به جامعه‌ی اروپاست که دربرگیرنده‌ی سهمی معادل کل صادراتش به جامعه‌ی اروپا است؛ از این‌رو مجوزهای نرخ سهمیه‌ی تعرفه‌ی صادر شده برای واردات از برزیل به‌طور کامل استفاده شده است و حجم کلی صادرات پیور برزیل به جامعه‌ی اروپا به‌طور کلی افزایش یافته است. هیئت حل اختلاف بیان داشت، روی هم رفته احتمال کاهش درصد سهم به علت نقض موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات، بسیار کم است و بنابراین این ادعا پذیرفته نمی‌شود.^{۲۴} این حکم توسط رکن استیناف نیز مورد تایید قرار گرفت.^{۲۵}

ماده‌ی ۱، در ادامه رویه‌های اداری متعددی را بیان می‌دارد که باید در خصوص تمام نظام‌های صدور مجوز واردات خودکار و غیرخودکار رعایت شوند. این رویه‌ها برای ایجاد فرآیند شفاف در صدور مجوز و نیز ساده‌سازی این فرآیند تا حد ممکن می‌باشد. طبق شق (الف) بند ۴ از ماده‌ی ۱، قواعد قابل اعمال و نیز اطلاعات مربوط به رویه‌ها به گونه‌ای منتشر خواهد شد که دولت‌ها و تجار از آن‌ها آگاهی یابند،^{۲۶} و کمیته‌ی سازمان تجارت جهانی از صدور مجوز واردات مطلع شود.^{۲۷} چنین انتشاری در صورت امکان،

۲۴. بند ۵ از ماده‌ی ۱ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات .

۲۵. بند ۶ از ماده‌ی ۱ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات .

۲۶. همان.

۲۷. به اعضایی که خواهان اظهار نظر کتبی هستند، در صورت درخواست، فرصت اظهار نظر و بحث

باید بیست و یک روز قبل از به اجرا در آمدن این مقرره و در هر حال حداکثر تا تاریخ به اجرا در آمدن آن عملی شود. فرم‌های درخواست و عنداللزوم فرم‌های درخواست مجدد و رویه‌ها تا حد ممکن ساده خواهند بود.^{۲۸} و به متقاضیان حداقل بیست و یک روز فرصت داده خواهد شد درخواست مجوز خود را تسلیم کنند.^{۲۹} متقاضیان در ارتباط با درخواست تنها باید با یک رکن اداری تماس بگیرند و نباید با بیش از سه رکن اداری در تماس باشند.^{۳۰}

بند ۷ ماده‌ی ۱ مقرر می‌دارد که واردکننده نباید بی‌جهت به خاطر اشتباهات سهوی مجازات شود. هیچ درخواستی به خاطر وجود اشتباهات جزئی در اسناد رد نمی‌شود و برای هرگونه اشتباهی که به‌طور واضح ناشی از نیت تقلب و اهمال فاحش نباشد، نمی‌توان مجازاتی بیش از آنچه صرفاً برای اخطار لازمست تعیین کرد. هم‌چنین واردات موضوع مجوز را نمی‌توان به علت اختلاف ناچیز میان ارزش، کمیت یا وزن (محموله) با آنچه در مجوز ذکر شده است، رد کرد.^{۳۱}

بند ۹ ماده‌ی ۱ اعلام می‌دارد که ارزش لازم برای پرداخت قیمت کالای موضوع مجوز، بر همان مبنایی در اختیار دارندگان مجوز قرار می‌گیرد که واردکنندگان کالاهایی که ورود آنها نیاز به مجوز ندارد، می‌توانند دریافت دارند. در ادامه، بند ۱۰ ماده‌ی ۱ تصریح می‌کند که استثنائات امنیتی، موضوع ماده‌ی ۲۱ گات ۱۹۹۴ قابل اعمال خواهد بود. در نهایت بند ۱۱ ماده‌ی ۱ مقرر می‌دارد مقررات موافقت‌نامه‌ی حاضر هیچ عضوی را ملزم

←

درباره‌ی این نظرات داده خواهد شد. عضو مورد نظر به این نظرات و نتایج بحث توجه مقتضی خواهد کرد (شق(ب) بند ۴ ماده ۱).

28. Committee on Import Licensing, Report of the Committee on Import Licensing to the Council for Trade in Goods. G/L/652(October 28,2003), para. 5.

۲۹. بند ۵ از ماده‌ی ۱ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۳۰. بند ۶ از ماده‌ی ۱ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۳۱. همان.

نمی‌سازد اطلاعات محرمانه‌ای را که ممکن است مانع اجرای قانون شود و یا به گونه‌ای با منافع عمومی مغایرت داشته باشد یا به منافع تجاری شرکت‌ها اعم از عمومی یا خصوصی لطمه وارد آورد، افشا کند.

گفتار دوم: صدور خودکار مجوز واردات^{۳۲}

ماده‌ی ۲ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات، قواعد خاصی را برای صدور خودکار مجوز مقرر داشته است. صدور خودکار مجوز واردات رویه‌ای است که طی آن همواره با درخواست‌های به عمل آمده برای واردات موافقت می‌شود.^{۳۳} رویه‌های صدور خودکار مجوز نباید به نحوی اجرا شود که بر واردات مشمول مجوز خودکار آثار محدودکننده داشته باشد. فرض بر این است که رویه‌های صدور خودکار مجوز دارای آثار محدودکننده‌ی تجاری خواهد بود، مگر این‌که:^{۳۴}

- هر شخص که تعهدات قانونی عضو واردکننده را برای واردات محصولات مشمول مجوز خودکار رعایت می‌کند، واجد شرایط درخواست و اخذ مجوزهای واردات باشد؛
- بتوان درخواست‌های مجوز را در هر روز کاری قبل از ترخیص کالا از گمرک تسلیم کرد؛

• با درخواست‌های مجوز چنان‌چه به نحو مقتضی و کامل تسلیم شده باشد، به محض دریافت تا جایی که از لحاظ اداری ممکن باشد، فوراً، حداکثر ظرف ده روز کاری، موافقت شود.

طبق شق (ب) بند ۲ از ماده‌ی ۲، صدور خودکار مجوز واردات تا زمانی می‌تواند

۳۲. آن دسته از رویه‌های صدور مجوز واردات که مستلزم سپردن وثیقه‌ای هستند که بر واردات اثر محدودکننده ندارد، تحت شمول بندهای ۱ و ۲ قرار می‌گیرند.

۳۳. بند ۱ از ماده‌ی ۲ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۳۴. بند ۲ از ماده‌ی ۲ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

ادامه یابد که اوضاع و احوال به وجود آمده‌ی آن هم‌چنان غالب باشد و هدف‌های اداری مهم آن نتواند به طریق مناسب‌تری محقق گردد.

گفتار سوم: صدور غیر خودکار مجوز واردات

قواعد حاکم بر صدور غیر خودکار مجوز واردات که در ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه پیش‌بینی شده، دارای جزئیات بسیاری است. در واقع به علت امکان بسیار زیاد تبعیض در چنین شیوه‌ای، این قواعد بر صدور مجوز واردات اعمال می‌شوند. رویه‌های صدور غیر خودکار مجوز واردات رویه‌هایی است که در محدوده‌ی تعریف مندرج در بند ۱ از ماده‌ی ۲ نمی‌گنجند. هر شخص که تعهدات قانونی و اداری عضو واردکننده را رعایت کند واجد شرایط برای درخواست مجوز واردات خواهد بود.^{۳۵} مدت رسیدگی به درخواست‌ها، در صورتی که درخواست‌ها به ترتیب وصول مورد بررسی قرار گیرند، حداکثر سی روز، و در صورتی که تمام درخواست‌ها هم‌زمان بررسی شوند، حداکثر شصت روز خواهد بود.^{۳۶} مدت اعتبار مجوز معقول بوده و آن‌قدر کوتاه نخواهد بود که مانع واردات شود.^{۳۷} اعضا به هنگام اعمال سهمیه (مجوز)، از ورود کالا بر مبنای مجوزهای صادر شده جلوگیری نخواهند کرد و مانع استفاده‌ی کامل از سهمیه نخواهد

۳۵. شق (ه) بند ۵ از ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۳۶. شق (و) بند ۵ از ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۳۷. در قضیه‌ی جامعه‌ی اروپا _ طیور، برزیل ادعا کرد جامعه‌ی اروپا این مقرر را با قصور در ارائه‌ی اطلاعات تصریح شده نقض کرده است. هیئت حل اختلاف این ادعا را رد کرد و بیان داشت که برزیل به وضوح نشان نداده که جامعه‌ی اروپا با وجود درخواست اطلاعات از این کار سر باز زده است، چرا که این مقرر اعضا را به ارائه‌ی اختیاری اطلاعات ملزم نمی‌کند بلکه ارائه‌ی اطلاعات منوط به درخواست است.

شد.^{۳۸} هم‌چنین اعضا به هنگام صدور مجوز، مطلوبیت صدور مجوز برای محصولات در سهمیه‌های تجاری را در نظر خواهند گرفت.^{۳۹}

قواعد شفاف مندرج در ماده‌ی ۳ به طور قابل ملاحظه‌ای استانداردتر از قواعد کلی در ماده‌ی ۱ تنظیم شده‌اند. براساس بند ۴ از ماده‌ی ۳ اطلاعات مربوط به موارد زیر باید منتشر شود:

- در جایی که هدف نظام صدور مجوز اعمال سهمیه‌ها، شامل مقدار کلی سهمیه‌ها طبق کمیت و یا ارزش و سهام تخصیص‌یافته برای کشورهای متعدد عرضه‌کننده و تاریخ‌های آغازین و پایانی سهمیه‌ها است؛
- جایی که هدف نظام صدور مجوز در اصل، اعطا و یا تخصیص مجوزها و اعمال سهمیه‌ها نیست؛
- این که چگونه درخواستی برای استثنائات یا انحراف از الزام به صدور مجوز مطرح می‌شود.

به‌علاوه، طبق شق (الف) بند ۵ از ماده‌ی ۳، اعضا در صورت درخواست^{۴۰} هر عضو ذینفع در تجارت محصول ذیربط، اطلاعات مربوط به مسائل زیر را ارائه خواهند کرد:

- اعمال محدودیت‌ها؛
- مجوزهای واردات اعطایی طی دوره‌ی اخیر؛
- توزیع این مجوزها میان کشورهای عرضه‌کننده؛
- در صورت امکان، آمار واردات درخصوص محصولات مشمول مجوز واردات.^{۴۱}

۳۸. شق (ز) بند ۵ از ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات .

۳۹. شق (ط) بند ۵ از ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

۴۰. شق (الف) بند ۵ ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه بیان می‌کند که کشورهای در حال توسعه‌ی عضو توقع داشتن مسئولیت‌های اداری و مالی بیش‌تر در این خصوص را ندارند.

۴۱. شق (ی) بند ۵ ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات.

هم‌چنین، چنان‌چه متقاضی با وجود رعایت الزامات قانونی، مجوز واردات را دریافت ندارد، دلیل این امر در صورت درخواست به وی اعلام می‌شود. علاوه بر این هر متقاضی که الزامات قانونی مربوطه را برای مجوز واردات رعایت کند، اما مجوز واردات را دریافت نکند حق درخواست استیناف یا تجدید نظر خواهد داشت.

کشورهای عضو در زمان تخصیص مجوز، باید عملکرد وارداتی متقاضی را به طور خاص، از حیث قصور یا عدم قصور در استفاده‌ی کامل از دوره‌ی نمایندگی در نظر گیرند. هم‌چنین این کشورها باید در توزیع معقول مجوزها حقوق واردکنندگان جدید را تضمین کنند. در این میان باید توجه ویژه‌ای به آن دسته از واردکنندگان که محصولاتی را از کشورهای در حال توسعه‌ی عضو و خصوصاً کشورهای عضو دارای کم‌ترین میزان توسعه‌یافتگی وارد می‌کنند، مبذول داشت.

برزیل نظام صدور مجوز واردات جامعه‌ی اروپا را در قضیه‌ی *اروپا-طیور* از چند جهت مورد اعتراض قرار داده است. مواردی پیش‌تر ذکر شد؛ مورد دیگر این است که تغییرات مکرر در قواعد و رویه‌ها مشکلاتی را برای دولت‌ها و تجار از جمله ضرورت آشنا شدن با این قواعد ایجاد کرده است که این نقض بند ۴ از ماده‌ی ۱، بند ۳ از ماده‌ی ۳، شق (ب) بند ۵ از ماده‌ی ۳، شق (ج) بند ۵ از ماده‌ی ۳، شق (د) بند ۵ از ماده‌ی ۳ می‌باشد. هیئت حل اختلاف در مقام رسیدگی بیان داشت اگر چه این اعتراض برزیل را درک می‌کند، اما تغییرات در قواعد فی‌نفسه موافقت‌نامه را نقض نمی‌کند. مبنای دیگر برای اعتراض این بوده که جامعه‌ی اروپا در تخصیص مجوزها براساس عملکرد صادرات تصمیم می‌گرفت که به ادعای برزیل نقض بند ۳ از ماده‌ی ۱ و شق (ی) بند ۵ از ماده‌ی ۳ بوده است. هیئت حل اختلاف در این باره اعلام داشت هرچند شرط عملکرد صادرات غیرعادی است، اما به طور روشن این موضوع عدم اعمال یا اجرای رویه‌های صدور مجوز واردات

بوده است تا این که نقض بند ۳ از ماده‌ی ۴۲۱^{۴۲} بوده باشد. به‌علاوه، شق (ی) بند ۵ از ماده‌ی ۳ جنبه‌ی تشویقی دارد و ضرورتاً مانع بررسی عواملی غیر از عملکرد واردات نیست. هم‌چنین برزیل مدعی بود که سوداگری در صدور مجوزها، استفاده‌ی کامل از نرخ سهمیه‌ی تعرفه را با مانع روبه‌رو کرده است و این موضوع نقض شق (ط) و (ی) بند ۵ از ماده‌ی ۳ می‌باشد. هیئت حل اختلاف این ادعا را نیز رد کرد و خاطرنشان ساخت که هرگونه سوداگری در صدور مجوزها مانع از استفاده‌ی کامل سهمیه‌ها نمی‌شود. رکن استیناف تمام احکام هیئت حل اختلاف را با توجه به موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات تایید کرده است.

گفتار چهارم: مقررات دیگر

به موجب ماده‌ی ۴ موافقت‌نامه‌ی صدور مجوز واردات کمیته‌ای راجع به صدور مجوز واردات متشکل از نمایندگان اعضا تاسیس شده است. این کمیته به صورت دوره‌ای تشکیل و گزارش‌های سالانه منتشر می‌کند که در وب‌گاه سازمان تجارت جهانی قابل مشاهده است. مطابق ماده‌ی ۵، اعضای که مقرراتی را برای صدور مجوز وضع می‌کنند یا تغییراتی در آنها معمول می‌دارند باید مراتب را به اطلاع کمیته برسانند. بند ۲ از ماده‌ی ۵، اطلاعات کاملی را که برای وضع رویه‌های صدور مجوز مورد نیاز است بیان می‌کند. کمیته طبق بند ۷ در صورت لزوم و حداقل هر دو سال یک‌بار، نحوه‌ی اجرای موافقت‌نامه را با در نظر گرفتن اهداف آن و حقوق و تعهدات پیش‌بینی شده بررسی می‌کند. براساس ماده‌ی ۶، مشورت و حل و فصل اختلافات راجع به هر مسئله‌ای موثر بر اجرای موافقت‌نامه،

۴۲. قواعد مربوط به رویه‌های صدور مجوز واردات از لحاظ اجرایی طرفانه بوده و به گونه‌ای منصفانه و عادلانه اعمال خواهد شد.

مشمول مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹۹۴، آن گونه که در تفاهم‌نامه‌ی حل اختلاف تنظیم و اعمال شده است، خواهد بود.

نتیجه‌گیری

صدور مجوز واردات، موضوع اصلی دستورکار نشست دوحه^{۴۳} نبوده است. همان‌طور که بیان شد، صدور غیرخودکار مجوز واردات که غالباً برای اعمال نرخ سهمیه‌های تعرفه‌ای کشاورزی مورد استفاده قرار می‌گیرد، باعث نگرانی کمیته‌ی سازمان تجارت جهانی راجع به کشاورزی، به‌طور مشخص مسئله‌ی سهمیه‌های ثبت نشده، گردیده است. برخی اعضا اعلام داشته‌اند که این مشکل ناشی از نظام‌های مورد استفاده در اعمال مجوزهاست و راه‌حل‌های متعددی را توصیه کرده‌اند، از قبیل موکول کردن سهمیه‌های استفاده نشده برای دوره‌های بعدی و جلوگیری از واردات مازاد بر نرخ سهمیه‌های تعرفه‌ای تا این که ثبت شوند. برخی دیگر اعتقاد دارند که سهمیه‌های ثبت نشده ناشی از شرایط عرضه و تقاضا می‌باشند و نباید به عنوان یک مشکل دیده شوند. ایالات متحده پیشنهاد کرده است که دارندگان مجوز در صورتی که قادر به ارسال محموله در دوره‌های زمانی معین نباشند، به منظور فراهم کردن فرصت تجاری برای دیگر واردکنندگان، ملزم شوند تا از مجوزهای استفاده نشده صرف‌نظر کنند. هم‌چنین ایالات متحده شفافیت بیش‌تر را در خصوص انتشار تاریخ تخصیص سهمیه، دوره‌های اعتبار مجوز، وسایل انتشار اطلاعات و رویه‌های تغییرات در نظام سهمیه، ضروری دانسته است.

به‌علاوه جامعه‌ی اروپا پیشنهاد کرده که نظام صدور مجوز واردات با به‌کارگیری دستگاه‌های خودکار و اعمال نظارت‌های گمرکی مدرن، کاراتر و ساده شوند.^{۴۴} جامعه‌ی

۴۳. مجموعه موضوعات ناشی از کنفرانس سازمان تجارت جهانی در دوحه در سال ۲۰۰۱، سبب راه اندازی یک دور جدید مذاکرات تجاری گردید. این کنفرانس اعلامیه‌ای را تصویب کرد که در آن اهداف توسعه‌ای به نحو چشم‌گیری مورد تایید قرار گرفت. در این اعلامیه و در دستور کار دوحه از جمله کشورهای توسعه‌یافته تعهد کرده‌اند که با انجام اقدامات مربوط به ظرفیت‌سازی، کشورهای در حال توسعه را یاری دهند (صادقی یا رندی؛ طارم‌سری، مسعود؛ فرهنگ توصیفی اصطلاحات تجاری بین‌المللی و سازمان جهانی تجارت، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، بهمن ماه ۱۳۸۵).

44. Council for Trade in Goods-Trade Facilitation in Relation to Existing WTO

اروپا توصیه می‌کند که نیاز به اطلاعات به حداقل برسد و این که متقاضیان مجوز ملزم شوند که درخواست خود را فقط به یک آژانس که مسئول هرگونه ارتباط لازم با دیگر آژانس‌ها باشد، ارائه دهند.

منابع

الف: فارسی

۱. راهنمای تجاری دور اروگوئه، مرکز پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۵.
۲. صادقی یارندی، سیف‌الله؛ طارم سری، مسعود؛ فرهنگ توصیفی اصطلاحات تجاری بین‌المللی و سازمان جهانی تجارت، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، بهمن ماه ۱۳۸۵.

ب: لاتین

1. BISD 25th Supp. 68 (1979).
2. BISD 31st Supp. HH. (1984).
3. BISD 36th Supp. 93(1989).
4. BISD 36th Supp.135,5.2 (1989).
5. BISD 37th Supp.67(1990).
6. Committee on Import Licensing, Report of the Committee on Import Licensing to the Council for Trade in Goods. G/L/652(October 28,2003).
7. Council for Trade in Goods-Trade Facilitation in Relation to Existing WTO Agreements-Communication from the European Communities G/C/W/136, G/C/W/101, IP/C/W/137 (March 10,1999).
8. EC- Poultry, Para. 254, Report of WTO Panel, India- Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products, WT/DS90/R(1999).
9. GATT Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice , Geneva : WTO and Benan Press , 6th. ed.,1995.
10. Jackson, John. H., World Trade and the Law of GATT, Indiana Polis , Bobbs-Merrill, 1969.

11. Note by Secretariat ,Summary of Meeting held on 14 November 2000, G/AG/W/58.
12. Note by Secretariat ,Summary of Meeting held on 14 November 2000, G/AG/W/58.
13. Proposal by the United States and Hong Kong with Respect to the Improvement on Import licensing Procedures ,GATT Doc. No. MTN. GNG/N68/w/58(Sept 27,1989).
14. Proposal for Tariff Rate Quota Reform, Submission From the United States, G/AG/NG/W/58 (November 14, 2000).
15. WT/DS27/AB/1997.195.

اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق بین‌المللی کیفری

دکتر جعفر کوشا*

محمدحسین زارعی**

چکیده

«اصل تناسب» به‌عنوان یک قاعده‌ی آمره و نسبی حقوق بین‌المللی کیفری در مواد ۷۶، ۷۸ اساسنامه و ماده‌ی ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله‌ی دیوان کیفری بین‌المللی مطرح می‌باشد و آن نسبت بین جرم و مجازات است که باید بر اساس نوع و میزان صدمه‌ی وارده، وضعیت بزه‌دیده، و بزه‌کار و اوضاع و احوال ارتکاب جرم و نوع احساس عدالت در جامعه‌ی بین‌المللی و کشور محل وقوع جرم برای برقراری تعادل روانی از دست رفته‌ی بشریت و بازدارندگی و بر پایه‌ی ارزش‌های جهان‌شمول تعیین و برای رسیدن به اهداف کیفری موثر و مفید باشد. ملاک‌های تقنینی این اصل در نظام کیفری بین‌المللی شامل اصول هدف‌گذاری کیفری، سیاست جنایی، جرم‌انگاری، کیفرگذاری بین‌المللی، و ارتباط بین آن‌ها به‌عنوان اجزای سازمان مبارزه با جنایات در «نظام عدالت کیفری جهانی» است به گونه‌ای که با «شیوه‌ی مجازات‌های نامعین برای هر جرم»، «اصل قضایی شدن جرم و مجازات» بر «اصل قانونی بودن» آن دو برتری نباید و منافع کشورها نیز محفوظ بماند. ملاک‌های تقنینی این اصل در ارتباط با نظام حقوق کیفری داخلی کشورها، چه مبتنی بر نظریات طرف‌داران «عدالت مطلقه» با شیوه‌ی «تعیین مجازات‌های ثابت یا نامعین قانونی و

* استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

یا متوازی» باشد، و چه مبتنی بر نظریات «تحقیقی» که این اصل را تحت عنوان «اصل تفرید ضمانت اجراهای کیفری» با شیوه‌ی «تعیین مجازات‌های نامعین» مورد بحث قرار می‌دهند شامل همان اصول در سطح ملی است.

ملاک‌های قضایی این اصل در دو دسته ملاک‌های عام و خاص در ارتباط با جرم، مجرم، قربانی، و اوضاع و احوال ارتکاب قابل بررسی است.

کلید واژگان

اصل، تناسب، جرم، مجازات، حقوق بین‌المللی کیفری، نظم جهانی، عدالت کیفری جهانی، ملاک‌های تقنینی، ملاک‌های قضایی، نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت، جنایت جنگی، اشغال سرزمین، حقوق متهم.

مقدمه

اصل تناسب جرم و مجازات در نظام حقوق بین‌الملل کیفری به‌عنوان یک قاعده‌ی آمره و لازم‌الاجرا و مورد توجه ویژه‌ی مواد بند ۱ ماده‌ی ۷۶^۱ و مواد ۷۸^۲ و ۸۳^۳ اساسنامه‌ی

1. Art.76: Sentencing:

«... 1.in the event of a convention, the trialchamber shall consider the appropriate sentence to be imposed and shall take into account the evidence presented and submissions made during the trial that are relevant to the sentence»;

ماده‌ی ۷۶ – تعیین مجازات

«... ۱. در صورت احراز مجرمیت متهم، شعبه‌ی بدوی مجازات مناسبی را که باید بر محکوم‌علیه تحمیل شود، در نظر می‌گیرد و برای نیل به این هدف ادله‌ای را که در جریان دادرسی بیان و ارائه شده و مرتبط با مجازات هستند، ملحوظ نظر قرار خواهد داد».

2. Art. 78: Determination of the Sentence:

«1. in determining the sentence, the court shall, in accordance with the rules of procedure and evidence, takes into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. in imposing a sentence of imprisonment, the court shall deduct of the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the court. The court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.

3. when a person ha been convicted of more than one crime, the court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and hall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77,paragraph 1(b)»;

ماده‌ی ۷۸ – تعیین مجازات

دیوان کیفری بین‌المللی و قاعده‌ی ۱۴۵ قواعد دادرسی و ادله‌ی دیوان است. تفاوت ارزش‌ها، گوناگونی نظام‌های سیاست جنایی کشورهای عضو و غیرعضو اساسنامه و تهافت آرای قضایی و تضاد منافع هر یک دولت‌ها، باعث شده است که معانی گوناگونی برای این اصل ارائه شود. اما به هر تقدیر برای نیل به تعریف قابل قبول همه، هر یک از واژه‌های این موضوع آن‌گونه که طبق اسناد بین‌المللی قابل پذیرش باشد بررسی خواهد شد. به علاوه برای به کارگیری این تعریف به منظور تقنین قانون جزایی داخلی کشورهای عضو هماهنگ با اسناد بین‌المللی و رفع اختلافات در رویه‌های قضایی بین‌المللی و شعب دیوان، ملاک‌های تقنینی تعریف جرم و وضع مجازات و رابطه‌ی بین آن دو، و ملاک‌های قضایی و اجرایی تناسب آن‌طور که در متن اساسنامه و قواعد دادرسی و ادله و سند عناصر جرم بین‌المللی آمده است مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

←

۱. در موقع تعیین مجازات، دیوان موظف است که مطابق "قواعد آیین دادرسی و ادله" عوامل مختلف از جمله اهمیت و شدت جرم و هم‌چنین اوضاع و احوال شخص محکوم‌علیه را در نظر بگیرد.
۲. در صورت تعیین مجازات حبس، دیوان موظف است اگر محکوم‌علیه بر اساس دستور آن مرجع مدتی را در بازداشت بوده آن را احتساب و از مدت حبس کسر نماید. دیوان می‌تواند هر مدتی را که محکوم‌علیه به نحو دیگری غیر از دستور دادگاه در ارتباط با ارتکاب عملی مرتبط به آن جرم در توقیف بوده نیز از مدت حبس وی کسر کند.
۳. در مواردی که محرز شده محکوم‌علیه بیش از یک جرم مرتکب شده است، دیوان موظف است که برای هر یک از جرایم مذکور مجازات جداگانه و برای همگی آن‌ها یک مجازات کلی که مبین جمع مدت حبس‌ها باشد، تعیین نماید. این مدت کلی نباید کم‌تر از حداکثر مدت حبس هر یک از جرایم و بیش از سی سال حبس و یا زندان ابد در انطباق با قسمت (ب) از بند ۱ ماده ۷۷ باشد.

۱- تعریف اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق بین‌المللی کیفری^۳

این اصل، عبارت است از: رابطه‌ای بین جرم و مجازات بین‌المللی که باید با خصوصیت موثر و مفید بودن بر اساس نوع و میزان صدمه‌ی وارده، وضعیت بزه‌دیده و بزه‌کار و اوضاع و احوال ارتکاب جرم و نوع احساس عدالت در جامعه‌ی بین‌المللی و کشور محل وقوع جرم برای برقراری تعادل روانی از دست رفته‌ی بشریت و بازدارندگی بر پایه ارزش‌های جهان‌شمول بین آن‌ها برقرار باشد.

این تعریف نتیجه‌ی بررسی مفهوم لغوی و اصطلاحی اصل، تناسب، جرم، مجازات و حقوق بین‌المللی کیفری است.

۱-۱- واژه‌ی «اصل» در این جا به معنی قاعده‌ای قانون‌ساز و آمره است که وجود خود را از معاهده‌ی چندجانبه‌ای به نام اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی می‌گیرد و موجب قواعد حقوقی عام، اساسی و خاصی است که ملاک‌های تقنینی، قضایی و اجرایی از آن نشأت گرفته و یا لازمه‌ی تحقق این اصل در عرصه‌ی جهانی است. آن‌هم برای پایان دادن به ددمنشی‌ها، حفظ نظم عمومی بین‌المللی، تحقق عدالت کیفری و مجازات مجرمینی که وجدان بشریت را به درد آورده اند.

۱-۲- واژه‌ی «تناسب» کلمه‌ای عربی از ریشه‌ی (نسب) و مصدر ثلاثی بر وزن تفاعل و دارای مفهوم فعلی دو طرفینی است. در لغت فارسی به معنی به همدیگر پیوندشده و با

3. «The Principal of the Proportionality between Crime and Punishment in International Criminal Laws»; «le principe de la proportionnalité entre le crime et le châtime en droit pénal international»; «el principio de la proporcionalidad entre el crimen y el castigo en las leyes penales internacionales»

هم مناسبت داشتن و وجود داشتن رابطه و نسبت میان دو کس و یا دو چیز است و برابری دو نسبت را نیز تناسب می‌گویند.^۴

در لغت‌نامه‌های انگلیسی، واژه‌ی تناسب اغلب، معادل «Proportionality» آمده و از متفرعات اصل قانونی بودن جرم و مجازات در مکتب عدالت مطلقه است که با هدف سزاگرایی هم‌خوانی دارد. همین اصل در مکتب تحقیقی حقوق جزا، به‌عنوان اصل تفرید مجازات مطرح است. در مکاتب حقوقی مبتنی بر دین نیز اصل تناسب مکافات با گناه مدنظر شارع مقدس بوده است؛ برای مثال از دیدگاه اسلامی، صحبت از عدالت بر اساس «استحقاق»^۵ و «انذار»^۶، «جزائا وفاقا»^۷ و «مجازات به قدر خطا»^۸ برای رابطه‌ی انسان‌ها با انسان‌ها از یک طرف، و برای رابطه‌ی خداوند با انسان و آن کسی که از طرف خدا با انسان رابطه دارد از طرف دیگر می‌شود.

هم‌چنین شاهد فضل و احسان^۹ از طریق «مبالغه در عفو»^{۱۰} برای حفظ کرامت انسانی، «قبول پشیمانی»^{۱۱} برای اصلاح و بازسازی، «تبشیر»^{۱۲} برای تشویق و سبقت در امور خیر

۴. برای اطلاع بیشتر رک. زارعی، محمدحسین، «تناسب جرایم و مجازات‌ها در ایران»، پایان‌نامه‌ی دوره‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۲، صص. ۳ به بعد.

۵. سوره‌ی قمر، آیه‌ی ۴۵.

۶. سوره‌ی شعرا، آیات ۲۰۷ و ۲۰۸؛ «وما اهلکنا من قریه الا لها منذرون ذکریم ما کننا ظالمین».

۷. سوره‌ی نبا، آیه‌ی ۲۳؛ «جزائا وفاقا».

۸. سوره‌ی شوری، آیه‌ی ۴۰؛ «جزاء السیئه سیئه مثلها».

۹. «ان الله یامر باعدل والاحسان».

۱۰. «وما اصابکم من مصیبه فبما کسبت ایدیکم و یعفو عن کثیر ... ان یشاء یشکن الریح فیظللن رواکدعلی ظهره ان فی ذالک لآیات لکل شکور او یتوبقهن بما کسبوا و یعف عن کثیر»؛ سوره‌ی شوری، آیات ۳۴-۳۰.

۱۱. «تاب علیهم لیتوبوا»؛ سوره‌ی توبه، آیه‌ی ۱۱۸. هم‌چنین «غافر الذنب و قابل التوب»؛ سوره‌ی غافر، آیه‌ی ۳.

و «مبالغه در پاداش»^{۱۳} برای نهایت لطف و انسان‌دوستی هستیم. بنا به این عبارات که جملگی مبنای قرآنی دارند به نظر می‌رسد تناسب مدنظر خداوند استحقاق و شایستگی ذاتی و اکتسابی افراد است که میزان برخورداری و محرومیت‌ها را برای‌شان تعیین می‌کند. این دیدگاه مشابه دیدگاه «اسپارت‌ها»^{۱۴} و «ملس‌ها»^{۱۵} (البته بر مبنای خودنفعی) در مقابله با «امپریالیسم آتنی» (یا واقع‌گرایان باستانی)^{۱۶} و مورخین و بعضی فلاسفه یونان باستان از جمله سقراط (۳۹۹-۴۷۰ ق.م)، توکودیدس (۴۰۰-۴۷۱ ق.م)، فلاطون و ارسطو در مبحث «سیاست بین‌المللی» و «جنگ» و «عدالت و فضیلت» به مفهوم فضیلت ذاتی و اکتسابی افراد است؛^{۱۷} که در مجموعه عقاید آرمان‌گرایی کلاسیک قرار می‌گیرند^{۱۸} و دنباله‌رو آنان آرمان‌گرایان عقلی مدرن^{۱۹} هستند.

جست و جوی معنای تناسب در لابه‌لای این مباحث از این حیث جالب توجه است که هر دو مفهوم عدالت به شرح مذکور به صورت برنامه‌ی عملیاتی اجتماعی، اقتصادی، نظامی و فرهنگی قطب‌های سیاسی و قدرت‌های تاثیرگذار در عرصه‌ی بین‌المللی و نظم

←

۱۲. «والی مدین اخاهم شعبیا فقال یا قوم اعبدو و الله وارجو الیوم الاخر»؛ سوره‌ی عنکبوت، آیه‌ی ۳۶.

۱۳. «ومن یقترف حسنه نزد له فیها حسنا»؛ سوره‌ی شوری، آیه ۲۳.

۱۴. اسپارت‌ها و ملس‌ها اقوامی بودند که با امپریالیسم آتنی در جنگ بودند و ادعای رابطه با خدا و مقابله با امپریالیسم آتنی داشتند.

۱۵. نک. تواس پنگل، عدالت در میان ملل، صص. ۵۲-۲۳- آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشگاه تهران، صص. ۱۱ و ۱۳.

16. The War of Peloponnesians and Athenians.

۱۷. همان.

۱۸. همان.

۱۹. بروس راست، سیاست جهانی، انتشارات وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷.

بین‌المللی درآمده است.^{۲۰} برنامه‌های اجزای سازمان مبارزه با تبه‌کاری از جمله تبیین ارزش‌های برتر و مورد حمایت کیفری، تعیین اهداف کیفری، جرم‌انگاری و تعیین ضمانت اجرای کیفری تشکیلات قضایی و شیوه‌های قضایی و اجرایی با یکدیگر در عمل تفاوت فاحش و متضاد دارند که در مجموع نظام بین‌المللی و جامعه‌ی جهانی را تشکیل می‌دهند.^{۲۱} با این وصف نظام کیفری بین‌المللی وظیفه‌ی حفظ و حمایت از چنین نظام متعارضی را بر مبنای عدالت کیفری بین‌المللی و اصل تناسب جرم و مجازات به عهده دارد. این است که به نظر می‌رسد تناسب جرم و مجازات در نظام بین‌المللی لزوماً باید مفهومی جدید به خود بگیرد به گونه‌ای که مورد قبول همه‌ی اعضای جامعه‌ی بین‌المللی نیز باشد؛ یا باید زمینه‌ی اجرای تناسب جرم و مجازات در نظام حقوقی کیفری بین‌المللی بر اساس مفهوم داخلی آن فراهم آید. همان‌گونه که در ماده‌ی ۸۰ اساسنامه‌ی دادگاه بین‌المللی کیفری رم این معنا تعقیب شده است و صلاحیت آن دادگاه صلاحیت تکمیلی قلمداد گردیده است.^{۲۲} به این ترتیب مفهوم تناسب بر مبنای بلوک‌بندی‌های مختلف بین کشورها مفهومی متفاوت به خود می‌گیرد.

۳-۱- مفهوم «تناسب» از دیدگاه حقوق کیفری بین‌المللی: همان‌طور که اشاره شد قواعد بین‌المللی در وهله‌ی اول برای حفظ نظم جهانی است. بنابراین اگر نظم جهانی را خروجی یک سیستم یا نظام فرض کنیم، لابد عناصر اجرایی هماهنگ با سایر اجزا نیز باید وجود داشته باشد تا بتواند نظم یا نظام جهانی را حفظ کند. با توجه به این پیش فرض که هر مجموعه‌ی پویا و رو به تکامل باید از تناسب و

۲۰. همان.

۲۱. همان.

۲۲. شریعت باقری، محمدجواد، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.

هماهنگی اجزا با یکدیگر و کل مجموعه با زیر مجموعه‌ی خود برخوردار باشد، لزوم جریان تناسب در بین کلیه‌ی اجزای و مجموعه‌های مافوق و مدون بر همگان آشکار است.

۴-۱- واژه‌ی جرم از نظر لغوی در ادبیات فارسی به معنای گناه است.^{۲۳} از نظر حقوق داخلی تعریف‌های گوناگونی مطرح شده که مشهورترین و کامل‌ترین آن‌ها عبارت است از نقض قانون که برای آن کیفر یا اقدام تامینی و تربیتی یا درمانی و مدیریتی تعیین شده باشد.^{۲۴} اگر به لسان فراگیرتری بخواهیم بیان کنیم، جرم هر رفتار به دور از هنجارهای اجتماعی را گویند که مستلزم پاسخ اجتماعی باشد.^{۲۵}

از نظر حقوق کیفری بین‌المللی، بر اساس اسناد بین‌المللی جرم هر رفتاری است که در زمان وقوع منطبق با یکی از جرایمی باشد که در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی است (ماده‌ی ۲۲ اساسنامه‌ی دیوان کیفری). طبق ماده‌ی ۵ اساسنامه، دیوان نسبت به جرایم زیر که مورد اهتمام مجموعه‌ی جهانی است صلاحیت رسیدگی دارد: جنایت نسل-کشی، جنایات ضد بشریت و جنایات جنگی.

جنایت تجاوز^{۲۶} که به دو دسته‌ی جرایم بین‌المللی ذاتی و عرضی یا قراردادی تقسیم

۲۳. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه؛ واژه‌ی جرم در انگلیسی معادل «crime» است.

۲۴. صفاری علی، کیفرشناسی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶، ص. ۲۰ - نوربها، رضا، حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.

۲۵. دلماس مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی معاصر، ترجمه‌ی نجفی ابرند ابادی، انتشارات میزان، ۱۳۸۴، ص. ۲۵.

۲۶. شریعت باقری، پیشین، ص. ۱۰۰. علاوه بر این اصطلاح حقوق بین‌المللی کیفری تداعی دو رشته‌ی کاملاً مشخص از قواعد کیفری در عرصه‌ی بین‌المللی را شامل می‌شود که بی‌ارتباط با یکدیگر نیستند و مرزهای بسیار ظریفی نسبت به هم دارند.

شده‌اند و مربوط به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه هستند و ممکن است در نظام داخلی نیز تحت همین عنوان جرم‌انگاری شده باشند.^{۲۷} در این جا لازم است توضیح دهیم جرمی که می‌خواهیم تناسب بین آن و مجازاتش را بررسی کنیم، کدام است؟ آیا باید تناسب بین جرایم ذاتی با مجازات‌های مقرر را بررسی نماییم یا تناسب بین جرایم قراردادی و مجازات‌ها را باید مدنظر قرار دهیم؟ یا تناسب مجازات درباره‌ی هر دو نوع جرم مذکور موضوع بحث است؟ به‌علاوه تعریف جرم بر اساس نظام حقوق کیفری داخلی چه جایگاهی در حقوق بین‌المللی کیفری دارد؟ کدام دسته مهم‌تر و سنگین‌تر هستند؟ این توجه از آن جا ضروری است که جرایم مذکور از نظر مبنا و هدف و تئوری موضوع مورد حمایت با یکدیگر متفاوت‌اند و این تفاوت می‌تواند در تبیین و تعیین معیارهای تقنینی، قضایی و اجرایی تناسب جرم و مجازات با یکدیگر و در «نظم عمومی جامعه‌ی بین‌المللی» و «نظم داخلی» تاثیرگذار باشد.^{۲۸-۳۰}

←

رشته‌ی اول: قواعدی که رفتاری را برای دفاع از جامعه‌ی بین‌المللی و اجزا و اعضای نوعی آن و نظم جهانی مقرر می‌دارد و برای نقض آن کیفری معین می‌کند. رشته‌ی دوم: همان اجزای بین‌المللی حقوقی کیفری داخلی است که در آن‌ها عنصر برون‌مرزی وجود دارد.

۲۷. حسینقلی نژاد، حسین، حقوق کیفری بین‌المللی، انتشارات میزان، ۱۳۷۳، ص. ۲۰۰.

۲۸. همان، ص. ۳۳.

29. Crimes against Humanity: a Normative Account, p. 309, by Larry May, IncNetLibrary, 2005, p.216.

هم‌چنین نک. رابرتسون، جفری، جنایات علیه بشریت، ترجمه‌ی حسین میرمحمد صادقی، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳، ص. ۴۵۴.

دو نوع جرایم اخیر به طور ذاتی رفتارهایی غیرقانونی هستند که به بنیان جامعه بین‌المللی زیان می‌رساند و چون جامعه بین‌المللی میان دولت‌ها به وجود آمده است، این نوع جرم بین‌المللی را می‌توان رفتار غیرقانونی دولتی در رابطه با دولت‌های دیگر تعریف کرد که جنگ و تهاجم یا تعرض مثال رایج آن است. خصوصیت مشترک همه جرایم بین‌المللی آنست که با خشونت به همراه‌اند.

اما جرایم مبتنی بر نظام حقوق بشر به نظر از نوع جرایم قراردادی باشند^{۳۱}، چرا که اولاً مبنای قراردادی و معاهداتی دارند، و ثانياً هرچند مبنای نظری آن‌ها اسناد حقوق بشر و فلسفه مکتب حقوق طبیعی است، اما چون دولت‌هایی که حتی نظام داخلی آن‌ها متکی به اصول مکتب حقوقی طبیعی نیست، آن اسناد را امضا کرده‌اند، از این حیث ماهیت قراردادی پیدا می‌کنند.

به اعتقاد برخی نویسندگان فهرست جرایم بین‌المللی فراتر از چهار عنوان مذکور است.

۵-۱- واژه‌ی حقوق بین‌الملل کیفری: پرسش اساسی این است که واژگان «اصل»، «تناسب»، «جرم»، و «مجازات» در کدام محدوده و مفاهیم حقوق کیفری بین‌المللی مطرح است؟ چرا که عده‌ای معتقداند، حقوق بین‌المللی کیفری اشاره به آن دسته از جرایم

←

30.Dinstein, Yoram; Tabory, Mala, War Crimes in International Law , 1996- Dormann, Knut, Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Law, 2003, pp. 163-580.

۳۱. دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق بین‌المللی کیفری، انتشارات مرکز چاپ وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، ص. ۲۸۸.

تعریف شده در قوانین جزایی داخلی دارد که جنبه‌ی فراملی دارند و تمام و یا قسمتی از عناصر آن‌ها در خارج از مرزها ارتکاب می‌یابد^{۳۲}؛ اما عده‌ی دیگری معتقداند که حقوق کیفری بین‌المللی عبارت است از قواعد الزام‌آور بین‌المللی دولت‌های عضو اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی که ناظر است به جرایم چهارگانه‌ای که مجازات آن‌ها مفهومی جهانی پیدا کرده است^{۳۳}.

قواعد بین‌المللی همان‌طور که قبلاً اشاره شد عبارت است از: ۱- قواعد عرفی بین‌المللی؛ و ۲- قواعد حامی و حافظ ارزش‌های مورد احترام تمامی جامعه‌ی بین‌المللی که النهایه به دو دسته قواعد مربوط به حقوق بشر و قواعد بشردوستانه تقسیم می‌شوند.^{۳۴} بر این مبنا، حقوق بین‌المللی کیفری را مجموعه‌ای از قواعد بین‌المللی می‌دانند که برای توصیف جرایم بین‌المللی و نیز الزام دولت‌ها به تعقیب و مجازات دست‌کم برخی از آن‌ها تنظیم شده است. دیگر این که حقوق یادشده آیین دادرسی بین‌المللی ویژه‌ای برای تعقیب و محاکمه‌ی اشخاص متهم به چنان جرایمی تدارک می‌بیند.

با وجود این، ارائه‌ی تعریفی واحد از ماهیت این قواعد و حقوق بین‌المللی کیفری، با مفهومی جهان‌شمول و مورد قبول همه‌ی بازیگران عرصه‌ی بین‌المللی بسیار دشوار است، زیرا حقوق بین‌المللی کیفری ناظر به وظیفه‌ی حمایت از نظم عمومی بین‌المللی است و ضامن تحقق عدالت بین‌المللی می‌باشد.

۳۲. خالقی، علی، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۸، ص. ۱۶.

۳۳. کاسسه، پیشین، ص. ۲۱ - میرمحمد صادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات میزان، ۱۳۷۷، ص. ۱۹.

۳۴. ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۴ - حسینی‌نژاد، پیشین، ص. ۹۶.

با ذکر این مطالب حال باید به تعریف اصل تناسب جرم و مجازات در «حقوق بین‌المللی کیفری» همت گمارد، به گونه‌ای مورد قبول واقع و با عناصر مقوم حقوق بین‌المللی کیفری سازگار باشد. برای این منظور لازم است مقوله‌های مقوم حقوق بین‌المللی کیفری از یکدیگر تفکیک شود تا بتوان با شناخت دقیق این مقوله‌ها، اصل تناسب جرم و مجازات را به‌عنوان هماهنگ‌کننده‌ی اجزا و عناصر نظام عدالت کیفری و سیاست بین‌المللی از یک طرف، و کل این خرده نظام با خرده نظام‌های عدالت در عرصه‌های نظامی، اقتصادی، فرهنگی، و نظام کلی عدالت بین‌المللی از طرف دیگر براساس نظم عمومی در جامعه‌ی جهانی^{۳۵} و سیاست جهانی^{۳۶} شناسایی کنیم.

نظام فراملی، ورای نظام داخلی ممکن است در سطح منطقه‌ای یا جهانی بنا به اراده‌ی ملت‌ها و دولت‌ها، ملل و دول و تعامل بین آن‌ها شکل بگیرد.

نظم و نظام جهانی به مثابه ظرفی بزرگ و فراخ است که باید دربرگیرنده‌ی تمام نظامات داخلی باشد. به علت وجود اختلافات و عدم توفیق در طرح‌ریزی نظامی فراگیر، ناگزیر بازیگران عرصه‌ی بین‌المللی در پی نظامی چندقطبی اما مرتبط با یکدیگر هستند. نظامی که با اهداف مشترک و البته متعارف با توجه به امکانات و ابزار در اختیار در کنار واقعیت‌ها و عوامل تاثیرگذار تشکیل و فعال گردد؛ نظامی که تحت تاثیر عواملی چند

۳۵. جامعه‌ی جهانی متشکل از ملت‌ها و دولت‌ها و روح ارزشی حاکم و متفاوت بر آن‌هاست که با یکدیگر برحسب دیدگاه‌های مختلفشان روابط فراملی برقرار می‌نمایند. چگونگی و نوع این رابطه به اهداف سیاست فراملی یا خارجی اعضا بستگی دارد. این سیاست‌ها تحت تاثیر جریان‌های فکری مختلفی است. هر یک از این جریان‌های فکری سیاست جهانی خاصی را تعقیب می‌کند و سعی دارد آن را به تمام جهان تعمیم دهد و عمومی نمایند. برای اطلاع بیش‌تر نک. بروس راست، پیشین، صص. ۱۰۳ و ۱۳۷.

۳۶. همان، ص. ۳۵.

کارکردهایی دارد.^{۳۷} مهم‌ترین واقعیت‌ها و عواملی که در عصر حاضر به اعتقاد صاحب نظران سیاسی^{۳۸} بیش‌ترین تاثیر را در جامعه و نظام جهانی دارند به شرح زیر می‌باشد:

- ۱- ظهور جریان‌های فکری؛
 - ۲- افراد تصمیم‌گیر و شخصیت آن‌ها؛
 - ۳- نقش تصمیم‌گیرندگان؛
 - ۴- ساختار حکومتی؛
 - ۵- جامعه‌ای که تصمیم‌گیران بر آن حکومت می‌کنند؛
 - ۶- مجموعه روابط دولت‌های ملی، تصمیم‌گیران و سایر بازیگران بین‌المللی که در نظام جهانی حضور دارند.
- این عوامل تاثیرگذار و سطوح تحلیلی آن‌ها، قواعدی را برای ایجاد و حفظ نظم و نظام جهانی و تحقق عدالت کیفری بین‌المللی ترسیم می‌کنند که «قاعده یا اصل آمره‌ی تناسب جرم و مجازات» در طول آن قواعد، آخرین و جزئی‌ترین، ولی در عین حال پرنمودترین و کارسازترین قاعده به حساب می‌آید؛ به طوری که بازخورد آن مستقیماً به اولین و مهم‌ترین قواعد برمی‌گردد و میزان برقراری و حاکمیت مهم‌ترین قواعد یا نظم و نظام جهانی بر مبنای آن سنجیده می‌شود. به عبارتی هرچه تناسب دقیق‌تری بین ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده و رفتارهای مخل‌کننده نظم به مفهوم علمی آن برقرار باشد، می‌توان به همان نسبت شاهد برقراری نظم عمومی در نظام جهانی بود. سازمان‌دهی مبارزه

۳۷. علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد دوم، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷، ص. ۵۰ - گلدو زیان، ایرج، حقوق جزای عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، ص. ۵۰.

۳۸. قاسمی، فرهاد، اصول روابط بین‌الملل، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص. ۲۲۰.

با تبهکاری در سطح بین‌المللی و نظام جهانی را سیاست جنایی بین‌المللی گویند.^{۳۹} عناصر این سازمان‌دهی، عبارت است از اهداف کیفری، عناوین مجرمانه و ضمانت اجرای کیفری، و تشکیلات قضایی و اجرایی. در حال حاضر در سطح بین‌المللی اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی به طور اخص، و سایر کنوانسیون‌ها به طور اعم موارد مذکور را تعریف و تعیین می‌کنند. در این بین باید بررسی کرد که آیا نظام جهانی از یک سنخ و نوع است یا نظم جهانی چندقطبی، تکثرگرا و تابع بلوک‌بندی‌های مختلف است؟ و اگر نظام جهانی یک‌پارچه نیست، آیا اصل تناسب جرم و مجازات که متضمن عدالت کیفری بین‌المللی است، مفهومی چندگانه و متناسب با همان نظام و بلوک‌بندی‌ها دارد و یا این که مفهومی واحد و جهانی است؟

در پاسخ باید گفت اولاً نظم جهانی تک‌قطبی نیست؛ ثانیاً در جهان چندقطبی بلوک‌بندی‌های گوناگونی وجود دارد^{۴۰} و هر بلوک تحت نفوذ قدرت‌های چندگانه است که چه از نظر نظام اقتصادی و فرهنگی و چه از نظر نظام حقوقی و کیفری، و چه از نظر مفهوم عدالت حتی از نوع کیفری آن با هم اختلاف دارند،^{۴۱} چرا که نقض ممنوعیت‌های کیفری تعریف ماهوی نشده است^{۴۲}، فهرست کاملی از جرایم و مجازات‌ها ارائه نشده و مفاهیم مشابهی مانند اصل فردی کردن مجازات‌ها^{۴۳}، اصل مقابله به مثل و مماثله در روابط

۳۹. ریموند، گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه‌ی مهدی کی‌نیا، انتشارات مترجم، ۱۳۷۲. ص. ۷.

۴۰. بروس راست، پیشین، ص. ۱۲۰.

۴۱. انواع عدالت عبارت است از عدالت معاوضی، عدالت توزیعی و عدالت اختلاطی. برای اطلاع بیش‌تر نک. آشوری و دیگران، پیشین.

۴۲. کاسسه، پیشین، ص. ۳۰.

۴۳. توحیدی فرد، محمد، "بررسی اصل فردی کردن مجازات"، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۱ - زارعی، محمدحسین، "تناسب جرایم و مجازات‌ها در حقوق ایران"، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۲.

بین‌الملل مطرح هستند. در نتیجه اصل تناسب جرم و مجازات در هر یک از بلوک‌ها و نظام‌های مذکور دارای مفهوم و تعریف خاص و متناسب با نظام‌های مذکور است.^{۴۴} در چنین وضعیتی باید اذعان کرد، اگر حقوق کیفری بین‌المللی را حتی محدود به مفاد اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی و مقررات مربوط بدانیم و بخواهیم بر اساس آن مفهوم واحدی از تناسب جرم و مجازات ارائه نماییم، هم‌چنان با مشکل مواجه خواهیم بود، چرا که کشورهای امضاکننده‌ی اساسنامه همه از یک بلوک نیستند، هر چند که در جرم-انگاری برخی جرایم در سطح بین‌المللی متفق‌القول هستند.

۲- ملاک‌های تقنینی جرایم و مجازات‌های بین‌المللی

در طول تاریخ اصل تناسب بین جرایم و مجازات‌ها در نظام‌های کیفری داخلی مفهوم ثابتی نداشته است، زیرا چنان که آمد، این اصل به طور مستقیم تحت تاثیر ضابطه‌های صوری و عینی جرم‌انگاری، انواع عدالت از جمله عدالت استحقاقی، احسان، و فایده‌ی عملی و تاثیر تحقق اهداف کیفری از یک طرف و وضع مجازات‌ها، زمان و مکان اجرای قانون جزا از طرف دیگر بوده است؛ برای مثال در ادوار اولیه ملاک تناسب جرم و مجازات «آزار به اندازه‌ی آزار بود»^{۴۵}؛ یا طبق اصول مسیحیت هنگامی بین جرم و مجازات تناسب برقرار می‌شود که باعث بهبود وضع شخص مجرم گردد؛^{۴۶} یا در حقوق رم هر نوع

۴۴. قاسمی، پیشین، ص. ۲۰۰.

۴۵. کتبه‌ی داریوش؛ نقل از: پاشا صالح، علی، تاریخ حقوق، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، ص. ۴۰.

۴۶. سن اگوستین؛ نقل از: مارک آنسل، مکتب دفاع اجتماعی نوین، ترجمه‌ی محمد آشوری و عبدالحسین نجفی ابرند آبادی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۱۷.

مجازات و میزان آن که به دل‌خواه حاکم برای جرایم تعیین می‌شد، متناسب تلقی می‌گردید.^{۴۷} امروزه ما از آن دوران به دوره‌ی احکام نامعین استبدادی یاد می‌کنیم و چون مجازات براساس انتقام بود آن را تقیح می‌کنیم. از قرن هیجدهم به بعد که دوره‌ی آزادی نیز به شمار می‌آید، صاحب‌نظران مختلف ملاک‌هایی را برای تناسب جرم و مجازات اعلام داشتند. در ابتدا از این ملاک‌های نخستین استقبال خوبی به عمل آمد و از آن به عنوان انقلاب اصلاحی یا شد. اما به تدریج با تکامل جوامع انسانی این ملاک‌ها مورد انتقاد قرار گرفتند؛ برای نمونه وقتی که منتسکیو در سال ۱۷۴۸ می‌گفت «مجازات متناسب با جرم آن است که برای جلوگیری از جرم بسته به درجه‌ی تمدن و فرهنگ هر کشور، موثر باشد»^{۴۸} زمام‌داران، اندیشمندان و آزادی‌خواهان اروپا از آن استقبال کردند. همین‌طور عقاید فیلسوفانی چون بنتام، ژان ژاک روسو و سزاریکاریا با استقبال مواجه شد؛ آن‌ها با طرح نظریه‌ی اجتماعی اعلام داشتند باید «زیان ناشی از مجازات بیش‌تر از زیان ناشی از جرم باشد تا میان جرایم و مجازات‌ها تناسب برقرار گردد».^{۴۹} این دیدگاه به حکایت تاریخ تحولات کیفری، دگرگونی‌های عمیقی در مناسبات کیفری از نظر نوع و میزان مجازات

۴۷. محسنی، مرتضی، حقوق جزا عمومی، انتشارات دانشگاه ملی، ۱۳۵۶، ص. ۱۵۱.

۴۸. منتسکیو، شارل، روح القوانين، ترجمه‌ی علی اکبر مهندی، موسسه امیرکبیر، چاپ نهم، ۱۳۷۰، ص. ۳۹۰.

۴۹. بنتام فیلسوف عقل‌گرا مولف کتاب «جرائم و پاداش‌ها» نقل از: محسنی، پیشین، ص. ۱۸۹ - ژان ژاک روسو، قرارداد اجتماعی، ترجمه‌ی منوچهر کیا، تهران، انتشارات دریا، ص. ۴۱. ۴۲ - سزاریکاریا (۱۷۹۴ - ۱۷۳۸)، رساله جرائم در مجازات‌ها، ترجمه‌ی محمدعلی اردبیلی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی (ملی سابق)، ۱۳۶۸، ص. ۱۰۵.

به وجود آورد، به گونه‌ای که منجر به تصویب قانون ۱۸۱۰ م - فرانسه شد و سرتاسر اروپا را تحت تاثیر قرار داد.

اما همین قاعده‌ی مقبول، توسط طرف‌داران «مکتب عدالت مطلقه» به‌ویژه کانت مورد انتقاد قرار گرفت.^{۵۰} به اعتقاد آن‌ها نظریه‌ی فوق مبنای جرایم و مجازات‌ها را فقط منافع اجتماعی دانسته و به امور اخلاقی که زیربنای جرایم و مسئولیت را تشکیل می‌دهند، بی‌توجه بود. این انتقاد منجر به تلفیق نظریه‌ی «فایده‌ی اجتماعی» و این قاعده که «مجازات نه بیش از آن‌چه عدالت اقتضا می‌کند و نه بیش‌تر از آن اندازه که فایده دارد»^{۵۱} شد. اما این مکتب هم با ظهور مکاتب تحقیقی حقوق جزا، به دو دلیل عملی و نظری مورد انتقاد قرار گرفت:

- ۱ - دلیل نظری: اعتقاد بر این بود که این مکتب آزادی اراده‌ی انسان را اصل مسلم در مسئولیت اخلاقی مجرم نمی‌داند؛
- ۲ - دلیل عملی: تعیین مجازات به تناسب درجه‌ی «مسئولیت اخلاقی» باعث می‌شود قضات در قبول و رعایت کیفیات مخففه زیاده‌روی کنند. و در نتیجه کیفرها بی‌اثر شود. به

۵۰. امانتل کانت؛ نقل از: علی آبادی، پیشین، جلد اول، ص. ۲۰.

۵۱. نمایندگان اصلی مکتب نئوکلاسیک عبارت‌اند از گیزو (۱۸۷۴ - ۱۷۸۷) مولف کتاب اعدام در جرایم سیاسی؛ نئو در جفری (۱۸۴۳ - ۱۷۹۴)؛ ویکتور کوزن (۱۸۶۷ - ۱۷۹۲) مولف کتاب پیرامون زندان‌ها؛ و رسی (۱۸۴۸ - ۱۷۸۷)؛ انریکو فری؛ استاد حقوق جزا در دانشگاه رم مولف کتاب (جامعه شناسی جنایی) صاحب نظریه‌ی قانون اشباع جنایی. برای اطلاع بیش‌تر رک. کی نیا، مهدی، علوم جنایی، جلد سوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، صص. ۱۲۳۲ به بعد.

ویژه حبس‌های کوتاه‌مدت خاصیت ارباب و اخافه‌ی عمومی را از دست داده و در اصلاح اخلاقی مجرم به کلی بی‌فایده می‌شوند.

بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی که به واقعیت‌هایی چون عوامل زیستی، اجتماعی و روانی ارتکاب جرم پی برده بودند، ابتدای نادرست مجازات را براساس مسئولیت اخلاقی و آزادی نادرست دانسته و اعتقاد داشتند که اراده‌ی مجرم آزاد نیست. بنابراین مجازات‌ها بر مبنای مسئولیت اخلاقی و فایده‌ی اجتماعی را نامتناسب ارزیابی می‌کردند. آن‌ها به مسئولیت اخلاقی مجرم اعتقادی نداشتند، اما مجازات را بر مبنای مسئولیت اجتماعی ضروری دانسته، و برای تناسب جرم و مجازات، به جای طبقه‌بندی جرایم از حیث شدت و ضعف، پیشنهاد می‌کردند دسته‌بندی مجرمین متداول گردد.^{۵۲} طبق این نظر مجرمین به پنج دسته‌ی بزه‌کار مادرزاد، به عادت، دیوانه، اتفاقی و هیجانی تقسیم می‌شوند.^{۵۳}

اصول این مکتب نیز به دلیل نفی اراده و اختیار و مسئولیت اخلاقی بزه‌کار و نیز به دلیل حتمی و علمی نبودن دسته‌بندی مجرمین، مورد انتقاد قرار گرفت. در ادامه در اواخر قرن نوزدهم نظریه‌ای تحت عنوان «اصالت عمل جزایی»^{۵۴} بر پایه‌ی اندیشه‌ی فیلسوف آمریکایی «ویلیام جیمز» مطرح شد؛ در این نظریه برخی با تلفیق گرایش‌های مکتب نئوکلاسیک و تحقیقی اعتقاد داشتند تناسب بین جرم و مجازات با ائتلاف و پیوند نظریه‌ی

۵۲. گاروفالو قاضی دادگستری، مؤلف کتاب (جرم شناسی) ۱۸۸۵ میلادی.

۵۳. همان.

۵۴. پرنیس بلژیکی، وان هامل هلندی و فون لیست آلمانی.

مکتب تحقیقی و کلاسیک میسر است.^{۵۵} در مقابل عده‌ای نیز معتقد بودند مجازات متناسب با جرم آن است که به اندازه‌ای شدید باشد که جنبه‌ی ارعاب و تهدید داشته باشد زیرا ترس از مجازات عامل جلوگیری از ارتکاب جرم است.^{۵۶}

در اوایل قرن بیستم نیز گر/ماتیکا با انتشار کتاب حقوق جزای ذاتی، اعمال هرگونه مجازات را نامتناسب اعلام کرد و خواستار الغای کیفر شد. بالاخره در همین قرن اتحادیه‌ی بین‌المللی حقوق جزا با دسته‌بندی مجرمین به دو گروه قابل اصلاح و غیرقابل اصلاح، مجازات طرد را برای مجرمین غیرقابل اصلاح متناسب و مجازات حبس را برای مجرمین قابل اصلاح متناسب دانسته است. بعضی نیز با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، مجازات‌های معلق و مشروط را برای مجرمین قابل اصلاح و اقدامات تأمینی بر مبنای طرد را برای مجرمین خطرناک پیشنهاد کرده‌اند.^{۵۷}

این تحولات هم‌چنان ادامه داشته است. یکی از دانشمندان معاصر با ارائه‌ی اصول مکتب دفاع اجتماعی نوین معتقد است، مجازات متناسب آن است که با شخصیت متهم سنجیده شده و با آن منطبق باشد؛ در این راه با رعایت احترام به آزادی فرد و مقام انسانی مجرم، با تحقیق و پژوهش علمی، شخصیت مجرمین باید شناسایی و در جهت دفاع از

۵۵. رک. محسنی، پیشین، صص. ۲۳۷، ۲۳۹.

۵۶. المینا و کارناوله نویسندگان کتاب مکتب سوم ایتالیا؛ نقل از: محسنی، همان.

۵۷. همان، ص. ۲۴۰ - دانش، تاج‌الزمان، کیفر شناسی و علم زندان‌ها، تهران، انتشارات زندان قصر، صص. ۳۹ به بعد.

گزند آنان، مجازاتی که مدافع اجتماعی و حامی فرد باشد تعیین شود.^{۵۸} نظریه‌ی دیگری نیز درباره‌ی تناسب جرم و مجازات از دیدگاه جامعه‌شناسی حقوقی مطرح است. طبق این نظریه علی‌الاصول مجازات‌ها ناعادلانه و غیرمنصفانه هستند و با هیچ یک از اهداف حقوق جزا تناسب ندارند، اما اعمال مجازات به خاطر احساس عدالت مردم تا زمانی که به رشد اجتماعی بالایی نرسیده‌اند ضروری است. از این رو مجازات هنگامی با جرم متناسب است که بتواند احساسات جریحه‌دار شده‌ی افراد جامعه را به حالت تعادل اولیه برگرداند. احساس عدالت وابسته به میزان رشد اجتماعی افراد آن جامعه است.^{۵۹}

به هر رو از منظر دانشمندان حقوق کیفری بین‌المللی^{۶۰}، جرایم موضوع حقوق کیفری بین‌المللی، جرایمی ذاتی و قراردادی معرفی می‌شوند که به موجب معاهدات بین‌المللی براساس احساس مشترک دول و ملل از فجایعی که وجدان بشریت را متالم می‌کند، تعیین شده‌اند و در سطح بین‌المللی و داخلی قابل تعریف قانونی و تعقیب می‌باشند؛ در واقع این معاهدات واکنش جامعه‌ی جهانی را در مقابل تبهکاری‌های بین‌المللی سازمان می‌دهند.^{۶۱}

واکنش‌های بین‌المللی در مقابل فجایع انسانی ابتدا از نوع واکنش‌های سیاسی جمعی و فردی بین‌المللی از قبیل تحریم‌ها و قطع روابط سیاسی بوده است. رفته‌رفته به دلیل عدم کارآیی و عدم تناسب، کشورها روی به تشکیل دیوان‌های موقت کیفری بین‌المللی آورده

۵۸. مارک آنسل، پیشین، صص. ۴۰-۵۷ و ۱۴۵.

۵۹. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، انتشارات دانشگاه ملی، صص. ۱۸۰-۱۷۲.

۶۰. علی‌آبادی، پیشین، جلد اول - کی‌نیا، مهدی، "سیاست جنایی"، مجله حقوق نشریه دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری ۲/، صص. ۱۶، ۷۲- ریموند گسن، پیشین، ص. ۴۰.

۶۱. حسینقلی نژاد، پیشین، ص. ۱۱۴.

Feinberg, Joel; Philosophy of Laws, Hyman Groos, 1975, p.632.

و با اعمال مجازات‌های رایج، به‌ویژه در کشورهای نظام کامن‌لا سعی در اجرای عدالت نموده‌اند. آخرین سند بین‌المللی در این زمینه اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی است که در مواد ۵، ۶، ۷۶، ۷۸ و ۸۰ انواع جرایم و مجازات‌ها را تعریف و طبق ماده‌ی ۱۴۵ آیین-نامه‌ی دادرسی و ادله، ملاک‌های اصل تناسب را بر اساس مکاتب مختلف کیفری کشورهای عضو و دست‌آوردهای جرم‌شناسی اختصاصی، به خصوص انگیزه‌ی جرایم به شیوه‌ی نامعین قانونی تعیین کرده است. در اساسنامه‌ی دیوان تعریفی ماهوی از جرم ارائه نگردیده است. در این سند تنها اعلام شده هر رفتاری که منطبق با هریک از جرایم در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی باشد جرم است. چون جرم بین‌المللی بر مبنای صلاحیت دیوان به صورت تکمیلی پیش‌بینی شده است، صلاحیت ذاتی دادگاه‌های ملی و حاکمیت قانون جزای داخلی در ارتباط با جرایم بین‌المللی هم‌چنان مطرح است. در نتیجه، تعریف صوری جرم و مجازات بین‌المللی بر مبنای قانون ملی می‌تواند ملاک تناسب جرم و مجازات به طور غیرمستقیم در سطح بین‌الملل نیز قرار گیرد.^{۶۲}

۳- ملاک‌های قضایی تناسب جرایم و مجازات‌های بین‌المللی

در بند دو ملاک‌های تحقق اصل تناسب جرم و مجازات در سطح بین‌المللی از ابعاد مختلف مورد بررسی قرار گرفت. هر چند اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی مبتنی بر اصول کلی نظام حقوقی کامن‌لا به ویژه نوع بومی شده‌ی آن در ایالات متحده‌ی امریکا است، اما در مسئله‌ی تعیین مجازات‌ها اصول نظام حقوقی نوشته با اصول نظام کامن‌لا ممزوج شده است. بنابراین ملاک‌های قضایی تناسب جرایم و مجازات‌ها در حقوق کیفری

۶۲. کاسسه، پیشین، ص. ۱۸.

Drumbl, Mark A., Atrocity, Punishment, and International Law, 2007, p.287.

بین‌المللی را در وهله‌ی اول باید از مفاد اساسنامه به خصوص منطوق آن، آیین‌نامه‌ی دادرسی و ادله و رویه‌ی قضایی و در صورت ابهام، سکوت و نقص اصول کلی نظام‌های حقوقی عمده‌ی جهان، عرف بین‌المللی و سایر معاهدات بین‌المللی مرتبط استخراج کرد. خوشبختانه با اهتمام اندیشمندان حقوق کیفری بین‌المللی کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس دیپلماتیک رم (در سال ۱۹۹۸ میلادی) که منجر به تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی گردید، هرچند رای و نظر آنان از طریق نمایندگان سیاسی کشورها در قالب اساسنامه‌ی دیوان تجلی پیدا کرد، جریان‌های فکری محوری همه‌ی نظام‌های حقوق کیفری معاصر در آن نفوذ کرده، ملاک‌های متعدد قابل قبول برای همه‌ی کشورهای مختلف در کنار همدیگر زمینه‌ی مناسبی را برای تعیین مجازات متناسب در اختیار قضات محاکم داخلی و دیوان فراهم کرده است. این ملاک‌ها در دو فراز تحت عنوان ملاک‌های قضایی عام و خاص تناسب جرائم و مجازات‌ها در حقوق بین‌المللی کیفری مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳- ملاک‌های عام تناسب جرایم و مجازات‌ها در قضا

در نظام عدالت کیفری بین‌المللی شیوه‌ی تعیین مجازات نامعین است که البته نه بر مبنای حالت خطرناک بلکه براساس نحوه‌ی تعیین مجازات در نظام حقوقی کامن‌لا یعنی عرف و رویه‌ی قضایی محاکم کیفری پیشین است. به‌عنوان نمونه اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق مقرر می‌دارد که شعبه‌ی بدوی در تعیین مجازات حبس به رویه‌ی عمومی در خصوص مجازات زندان در محاکم یوگسلاوی سابق توجه خواهد داشت (بند ۱ ماده‌ی ۲۴ اساسنامه). اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا نیز در بند ۱ ماده‌ی ۲۳ مقررات مشابهی دارد که در این جا طبعاً رویه‌ی عمومی محاکم رواندا در نظر خواهد بود.

مواد ۷۷ و ۷۸ اساسنامه و مواد ۱۴۵ تا ۱۵۵ آیین‌نامه‌ی دادرسی و ادله‌ی دیوان کیفری بین‌المللی نیز معیارهایی را معرفی کرده که ریشه در سابقه و رویه‌ی عمومی تعیین مجازات در اکثر کشورهای عضو اساسنامه و حتی کشورهای جهان دارد. بنابراین جا دارد که ملاک‌های تعیین شده در مقررات مذکور و سایر معاهدات و مقررات وابسته بر اساس مبانی نظری هر یک از آن‌ها مورد بررسی و تبیین قرار گیرد. ملاک‌های تمثیلی مندرج در متون حقوقی مذکور می‌تواند به ملاک‌های قضایی عام و ملاک‌های قضایی خاص دسته‌بندی شود.

منظور از ملاک‌های قضایی عام ملاک‌هایی است که در سرتاسر فرآیند رسیدگی در ارتباط با اصل تناسب جرایم و مجازات‌ها قرار می‌گیرند؛ چه ناظر به نحوه‌ی جمع‌آوری ادله و محاکمه باشد، چه ناظر به نقش و جایگاه طرف‌های پرونده و چه ناظر به مسائل ماهوی.

در این باره اصولی که فرع بر اصل تناسب جرایم و مجازات‌هاست عبارت‌اند از اصل حق برخورداری متهم از یک محاکمه‌ی منصفانه مبتنی بر برابری اصحاب دعوا در مقابل دیوان، برابری موقعیت متهم و دادستان، سرعت در رسیدگی، علنی بودن محاکمه، موقعیت بزه‌دیده در دادرسی، و اصول ناظر به جنبه‌های مختلف بزه‌دیدگی مانند بزه‌دیدگی ناشی از سوءاستفاده از قدرت، انواع بزه‌دیدگان مورد حمایت بین‌المللی، مانند افراد بی‌دفاع، زنان و کودکان و رعایت اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان.

و بالاخره منظور از ملاک‌های قضایی خاص آن اصول و ملاک‌هایی است که ناظر به جرایم خاص، مجازات‌های خاص و یا افراد خاص دخیل در فرآیند رسیدگی، می‌باشد.

۲-۳- ملاک‌های قضایی خاص تناسب جرایم و مجازات‌ها در قضا

توجه به ملاک‌های قضایی خاص ناظر به جرم از قبیل موضوع جرم، درجات جرم، گستره‌ی آسیب، نوع نتایج رفتار مجرمانه، اوضاع و احوال مکانی و زمانی و کیفیت ارتکاب جرم مانند به کارگیری ابزار ممنوعه و توسل به زور و خشونت و یا خدعه و فریب، هم‌چنین توجه به کیفیات مخففه و مشدده‌ای که در اساسنامه برای متناسب‌سازی مورد نظر است، لازمه‌ی رعایت اصل تناسب جرایم و مجازات‌هاست. علاوه بر این، شیوه-ی ارتکاب جرم، سهم مرتکب در ارتکاب آن، شرایط خاص مرتکب (مثل سن و وضعیت اجتماعی و اقتصادی و نظایر آن‌ها) اکراه، وضعیت روحی و روانی مرتکب (که به حد سلب مسئولیت کیفری نرسند)، اقدامات انجام شده از سوی او پس از ارتکاب عمل جهت جبران خسارات وارده به قربانی و همکاری با دادگاه، محکومیت‌های قبلی مرتکب به دلیل ارتکاب جرایم مشابه، سوءاستفاده از قدرت دولتی برای ارتکاب، ارتکاب جرم علیه یک قربانی بی‌دفاع، ارتکاب جرم با شیوه‌های ظالمانه یا با انگیزه‌های تبعیض‌آمیز و سایر موارد مشابه ملاک‌هایی هستند که قضات باید به هنگام تعیین مجازات به آن‌ها توجه کنند. نکته-ی قابل توجه این که ملاک‌های مذکور، تحت عنوان کیفیات مخففه و کیفیات مشدده، در بعضی موارد جنبه‌ی تمثیلی و در بعضی دیگر جنبه‌ی احصایی دارد. با مقایسه‌ی متن بندهای ۲ (a) و ۲ (b) از ماده‌ی ۱۴۵ معلوم می‌شود که کیفیات مخففه‌ی مذکور در بند (a) ۲، تمثیلی است، زیرا در احصای مصادیق آن از واژه‌ی «از قبیل» (such as) استفاده شده است، در حالی که در بند ۲ (b) (در احصای مصادیق کیفیات مشدده) این واژه وجود ندارد. البته با توجه به بند ۶ (b) ۲ که در آن به سایر موارد مشابه اشاره شده به نظر می‌رسد

که کیفیات مشدده را نیز نتوان کاملاً حصری دانست، بلکه در واقع نیمه‌حصری می‌باشند. طبق رویه‌ی قضایی دیوان‌های بین‌المللی، برای تعیین مجازات از قاعده‌ی جمع مجازات‌ها در تعدد مادی و قاعده‌ی اشتغال در تعدد معنوی استفاده شده است. لحاظ شخصیت، موقعیت و سمت مرتکب از قبیل مافوق و مادون بودن، مباشرت یا شراکت، معاونت، تسبیب، فرماندهی و حالات پس از ارتکاب جرم مانند پشیمانی یا تجری ملاک‌های دیگری هستند که قضات باید در تعیین مجازات آن‌ها را نیز مدنظر قرار دهند.

نتیجه‌گیری

۱- اصل تناسب هم در ارتباط با اهداف سیاست جنایی، هم در ارتباط با عناوین کیفری و هم در ارتباط با ضمانت اجراهای کیفری و تشکیلات اداری و قضایی و به طور مشخص در رابطه با جرم و ضمانت اجرای کیفری بین‌المللی لازم‌الرعايه است، چرا که وجود همه‌ی این تناسب‌ها بین اجزا و عناصر است که «نظام عدالت کیفری» را شکل می‌دهد. در غیر این صورت نظام عدالت کیفری، نظام ظالمانه‌ی کیفری نام خواهد گرفت. بنابراین معلوم می‌شود که «عدالت کیفری بین‌المللی» نیز در کلیات شباهت‌هایی با نظام‌های «عدالت کیفری ملی» دارد زیرا همان سلسله مراتب نظام‌یافته و سیستماتیک را با مجموعه‌ها، اعضا، اجزا و عناصر متشکله‌ی نظام جهانی و نظام عدالت کیفری بین‌المللی می‌توان در ذهن فرض کرد.

۲- سیر تحول مجازات از نظریه‌ی انتقام تا «نظریه‌ی فایده‌ی اجتماعی»، «نظریه‌ی مسئولیت اخلاقی»، «عدالت مطلقه» و «نظریه‌ی تلفیق آن‌ها» و نیز از «نظریه‌ی مسئولیت اجتماعی» تا تلفیق مسئولیت اجتماعی و اصول سنتی و از آن‌جا تا «تئوری الغای کیفر» و از بازگشت از الغای کیفر تا «دفاع اجتماعی نوین» گویای عدم وجود ملاک ثابت و لایتغیر برای تناسب جرم و مجازات است. در این تحولات نوع و میزان صدمه‌ی وارده به مجنی‌علیه و جامعه و نیز عوامل جرم‌زا و توجه به شخصیت مجرم تحت نظر کارشناسان به‌خوبی بررسی شده است، ولی چون از نفس جرم شناخت به دست نیامده یا برقراری مجازات براساس مفهوم حقوقی جرم بی‌عدالتی خوانده شده یا جرم را به صورت انتزاعی و براساس ارزش‌های حاکم بر جامعه در زمان خاص می‌پندارند، نتوانسته‌اند، ملاک ثابتی برای تناسب

در نظر بگیرند. بنابراین تعریف تناسب جرم و مجازات به رعایت قرائن مشدده و مخففه و انطباق مجازات قانونی با شخصیت متهم که توسط رنه گارو^{۶۳} حقوق‌دان مشهور فرانسوی ارائه شده، خالی از اشکال نیست، زیرا هرچند برای جبران خسارت و توجه به شخصیت متهم کافی به نظر می‌رسد، لیکن ایراد اساسی این تعریف ابتدای آن بر برداشت انتزاعی از جرم است. و ایراد دیگر عدم توجه به تاثیر یا عدم تاثیر مجازات، برای نیل به هدف ارباب جمعی، اصلاح مجرم و ایجاد جوی که افراد منحرف را در مسیر هنجارهای اجتماعی سوق دهد، می‌باشد. از طرفی جرایم نیز ملاک ثابت و مشخصی ندارند. پس برای رعایت تناسب بین جرم و مجازات علاوه بر صدمه‌ی وارده، عوامل جرم‌زا و شخصیت مجرم، شناخت میزان رشد اجتماعی اشخاص و شناسایی ارزش‌هایی که واجد وصف همیشگی باشد، ضروری است.

۳- در دیوان کیفری بین‌المللی، تعیین مجازات به شیوه‌ی نظام کیفری کامن‌لا و اصل تناسب جرایم و مجازات‌ها بر اصول نظام حقوقی نوشته و نظام حقوقی کامن‌لا و سایر نظام‌های کیفری و دست‌آوردهای جرم‌شناسی در ارتباط با انگیزه‌ی جرایم و دسته‌بندی مجرمین و شخصیت مجرم استوار است که در ماده‌ی ۱۴۵ آیین‌نامه‌ی دادرسی و ادله و سند عناصر جرم دیوان باز تاب یافته است.

۶۳. رنه گارو، مطالعات نظری و عملی حقوق جزا، جلد دوم، ترجمه‌ی ضیاء الدین نقایت، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۶، ص. ۷۸.

منابع

الف: فارسی

۱. آشوری، محمد، و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت انتشارات دانشگاه تهران.
۲. بروس راست، سیاست جهانی، انتشارات وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷.
۳. پاشا صالح، علی، تاریخ حقوق، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶.
۴. تواس پنگل، عدالت در میان ملل.
۵. حسینقلی نژاد، حسین، حقوق کیفری بین‌المللی، انتشارات میزان، ۱۳۷۳.
۶. دانش، تاج‌الزمان، کیفرشناسی و علم زندان‌ها، تهران، انتشارات زندان قصر.
۷. دانش، تاج‌الزمان، جرم چیست مجرم کیست؟، تهران، موسسه کیهان، ۱۳۶۷.
۸. دلماس مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی معاصر، ترجمه‌ی عبدالحسین نجفی ابرند آبادی، انتشارات میزان، ۱۳۸۴.
۹. دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق بین‌المللی کیفری، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰.
۱۰. رابرتسون، جفری، جنایات علیه بشریت، ترجمه‌ی حسین میرمحمد صادقی، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳.
۱۱. رضا، مظلومان، کلیات جرم‌شناسی، انتشارات مترجم، ۱۳۷۰.
۱۲. رنه گارو، مطالعات نظری و عملی حقوق جزا، جلد دوم، ترجمه‌ی ضیاء الدین نقایت، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۶.
۱۳. ری‌موند، گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه‌ی مهدی کی‌نیا، انتشارات مترجم، ۱۳۷۲.

۱۴. سیموسبریث ناچ، جرم و مجازات از نظرگاه امیل دورکیم، ترجمه‌ی محمد ساعد، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.
۱۵. شریعت باقری، محمدجواد، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.
۱۶. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، انتشارات دانشگاه ملی، ۱۳۵۶.
۱۷. صفاری، علی، کیفرشناسی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.
۱۸. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد دوم، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۷.
۱۹. قاسمی، فرهاد، اصول روابط بین‌الملل، نشر میزان، ۱۳۸۴.
۲۰. گارو فالو، جرم‌شناسی، ترجمه‌ی مهدی کی‌نیا در: علوم جنایی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۴.
۲۱. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۲۲. مارک آنسل، مکتب دفاع اجتماعی نوین، ترجمه‌ی محمد آشوری و عبدالحسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۲۳. محسنی، مرتضی، حقوق جزا عمومی، انتشارات دانشگاه ملی، ۱۳۵۶.
۲۴. منتسکیو، شارل، روح القوانين، ترجمه‌ی علی اکبر مهتدی، موسسه امیرکبیر، چاپ نهم، ۱۳۷۰.
۲۵. قربانیا، ناصر، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
۲۶. نوربها، رضا، حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.

ب: لاتین

Books

1. Bacion, Sharif, Crimes against Humanity a Normative Account .
2. Dinstein, Yoram; Mala Tabory, War Crimes in International Law, 1996.
3. Dorman, Knut, Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal law, 2003.
4. Drumbl, Mark A., Atrocity, Punishment, and International Law, 2007.
5. Feinberg, Joel, Philosophy of Law, Hyman Gross, 1975.

Articles

1. Fichte Berg, Aaron, Criminal Justice Ethics, 2005.
2. Henham, Ralph, Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials, Journal of International Criminal Justice, 2007, doi: 10. 1093/ jicj/ mqm023.
3. Henham, R., You Shall Give Life for Life, Eye for Eye, Tooth for Tooth, 5/3/757 most recent mqm023v1.

Codes and Statutes

1. Status of ICC.
2. Status of ICTY.
3. Status of ICTR.
4. Rules of Procedure Evidence of ICC.
5. Document of Crime Elements.

نظام حقوقی مناسب برای مهاجران: ایجاد تعادل میان حقوق و تکالیف

مهاجران

دکتر ابراهیم بیگزاده*

فرشید سرفراز**

چکیده

تحقق حقوق و حقوق بشر مهاجران نیازمند برقراری تعادل و توازن میان حقوق و تکالیف آنان با منافع دولت‌های میزبان و شهروندان است. البته حقوق بنیادین بشر از چنان اهمیتی برخوردار است که نمی‌توان با استناد به منافع ملی آن را تعطیل نمود، اما شاید برخی تمایزات میان حقوق مهاجران و شهروندان به استناد منافع ملی و شرایط خاص قابل توجیه باشد. در این راستا یکی از مسائلی که قابل طرح است جذب و ادغام مهاجران در جامعه میزبان می‌باشد، چرا که در غیر این صورت تعارض‌های فرهنگی، مذهبی و... می‌تواند آثار زیان‌باری بر جامعه میزبان و فرد مهاجر داشته باشد. نکته‌ای که نباید فراموش شود این است که یک ره‌یافت آرمان‌گرایانه به سود مهاجران می‌تواند با واکنش منفی دولت و جامعه میزبان مواجه شده و قابلیت تحقق نداشته باشد؛ بنابراین ره‌یافتی متوازن و متعادل در عمل می‌تواند منجر به نتایج مطلوب‌تری شود.

کلیدواژگان

مهاجرت، مهاجر، ادغام، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل.

* دانشیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق بین‌الملل.

مقدمه

حقوق و تکالیف مهاجران متأثر از تضاد حقوق و منافع آن‌ها و تا حدی کشورهای مهاجرفرست از یک سو، و کشورهای مهاجرپذیر و شهروندان آن کشورها از سوی دیگر است. به غیر از حقوق بنیادین بشر که بی‌گمان غیرقابل عدول است، به نظر می‌رسد برای تعیین سایر حقوق و تکالیف مهاجران و دولت‌ها بررسی منافع اقتصادی، سیاسی و فرهنگی طرفین و رسیدن به توافقی که منافع آنان را تا حد ممکن تامین کند لازم باشد. در این زمینه پرفسور آلینکوف معتقد است بحث در مورد مهاجرت بین‌المللی اغلب صحنه‌ی رقابت میان اقتدار و منافع دولت در تنظیم مهاجرت از یک سو و حقوق بشر مهاجران که دولت‌ها نمی‌توانند به راحتی نقض کنند از سوی دیگر است. البته وی تلاش‌های مشترک را برای مدیریت مهاجرت به نحوی که نفع هر دو طرف یعنی مهاجران و دولت‌ها برآورده شود نادیده نمی‌گیرد.^۱ در واقع حقوق مهاجرت بین‌المللی موجود، ترکیبی است از اختیارات و مسئولیت دولت‌ها در مدیریت کوچ افراد از مرزهای‌شان؛ حقوق و مسئولیت‌های مهاجران بین‌المللی؛ و همکاری دولت‌ها در مدیریت کوچ بین‌المللی مردم. همان‌طور که اشاره شد دولت‌ها حقوق و مسئولیت‌هایی در خصوص ورود و خروج بیگانگان و مهاجران برای خود قائل‌اند و در این زمینه‌ها اقدام به وضع قوانین و مقرراتی می‌کنند. در این جا تلاش می‌شود حقوق، منافع و ادعاهای دولت‌ها و مهاجران مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث اول - حقوق مهاجران

برای تامین حقوق مهاجران و بیگانگان می‌توان راه‌های گوناگونی را متصور شد که

1. Aleinikoff, T. Alexander, "International Legal Norms and Migration: A Report", in: Aleinikoff Thomas Alexander and ChetailVincent(eds), Migration and International Legal Norms, Cambridge University Press, 2003, p. 1.

لزوما تعارضی با هم ندارند. بدین معنی که گاه می‌توان دو یا چند روش را به صورت هم‌زمان پیگیری نمود. بسته به شرایط تاریخی، ویژگی‌های جامعه‌ی مورد نظر و موقعیت و تمایلات شخص مهاجر ممکن است روشی بهتر یا بدتر باشد. برای بررسی روش‌های حفظ حقوق مهاجران در گفتار اول به بحث آزادی یا تسهیل مقررات مربوط به ورود و مهاجرت پرداخته می‌شود. یکی از مشکلات اصلی و اولیه‌ی مهاجران مربوط به ابتدای کار یعنی ورود به کشور میزبان است. هرچند جامعه‌ی بین‌المللی هنوز آزادی کامل ورود بیگانگان را نپذیرفته است، اما نظراتی نیز به نفع این دیدگاه وجود دارد. پس از ورود مهاجر به کشور میزبان جهت رعایت حقوق وی و کسب وضعیت حقوقی مناسب چند گزینه متصور است. یکی از گزینه‌ها ادغام در جامعه‌ی محلی و احیاناً کسب تابعیت دولت میزبان است. اما علاوه بر دشواری کسب تابعیت در بسیاری از کشورها نباید فراموش کرد که برخی مهاجران و به‌ویژه کارگران مهاجر قصد اقامت دایمی و کسب تابعیت نداشته و تنها به علت مشکلات اقتصادی به منظور کار و کسب درآمد اقدام به مهاجرت نموده‌اند. به علاوه کسب تابعیت رسمی به تنهایی مشکلات مهاجرانی را که از جمله دارای نژاد، زبان و مذهب متفاوت از اکثریت جامعه هستند و از نظر اقتصادی نیز موقعیت مناسبی ندارند حل نخواهد کرد. راه دیگری که آرمان‌گرایانه است و به شکل مختصر بررسی می‌شود، نظریه‌ی جهان‌وطنی و حذف تابعیت و شهروندی ملی است. با این همه این نظریه نیز حداقل در کوتاه مدت امکان تحقق نخواهد داشت. راه حل سوم گسترش حقوق بشر و حذف یا به حداقل رساندن تبعیض‌های موجود در این حقوق میان اتباع و بیگانگان است. در ادامه تلاش می‌شود مباحث مذکور تبیین گردد.

گفتار اول - آزادی مهاجرت و کوچ نمودن

هرچند نظر غالب و مسلط در جامعه‌ی بین‌المللی بسته بودن مرزها و حق دولت‌ها بر

کنترل مهاجرت است، ولی برخی معتقد به لزوم بازنگری در وضع موجود و ایجاد یک نظام باز کنترل هستند، زیرا بسته بودن جوامع با هر نظریه‌ای در خصوص تعامل، اجتماعی بودن و انسجام بین‌المللی در تضاد است. در این خصوص می‌توان به پیشنهاد موسسه‌ی حقوق بین‌الملل در سال ۱۸۹۲ تحت عنوان "مقررات بین‌المللی در مورد پذیرش و اخراج بیگانگان"^۲ اشاره کرد، سندی لیبرالی که به منظور احراز تکلیف دولت‌ها به پذیرش بیگانگان تدوین شده بود. در این سند حق قانونی دولت برای کنترل پذیرش بیگانگان، به‌عنوان یک "نتیجه‌ی ضروری و منطقی" حاکمیت و استقلال، با تعهداتش نسبت به "انسانیت و عدالت" تعدیل شده است. دولت‌های حاکم ضمن صیانت از حاکمیت خود باید به حق و آزادی بیگانگانی که خواستار ورود به کشورشان هستند توجه کنند.^۳

به هر حال واقعیت این است که اسناد بین‌المللی مصوب در قرن بیستم این ره‌یافت را به‌طور جدی دنبال نمودند. با این حال هم‌چنان برخی بر این اعتقادند که آزادی کوچیدن "اولین و بنیادی‌ترین آزادی‌های بشر است"،^۴ زیرا بدون این آزادی دیگر حقوق بی‌ثبات و مشروط خواهند بود. ارزش‌های جهانی، هم‌چون کمک متقابل، انسانیت، مهمان‌نوازی، نزاکت، ارتباط دوجانبه و حسن نیت همگی برای کارآمد و موثر بودن، بر کوچیدن آزادانه متکی هستند. نظم جهانی متکی بر کوچ آزاد است. چه در مورد ترویج صلح از طریق

2. International Regulations on the Admission and Expulsion of Aliens.

3. Scott, James Brown, International Regulations on the Admission and Expulsion of Aliens, Oxford University Press, 2009, (first published 1916), pp. 104-105. Also quoted in: Satvinder, Singh Juss, International Migration and Global Justice, Published by Ashgate Publishing Ltd., 2006, p. 3.

4. M. Canston, What are Human Rights?, 33 at 31 (1973), quoted in: Satvinder, *op.cit.*, p. 2.

ایجاد ارتباط میان ملت‌ها، یا غنی‌سازی فرهنگ‌های ملی، چه دنبال کردن اهداف بشردوستانه، آزادی کوچ نقش محوری در نظم نو جهانی ایفا می‌کند. تمام این امور به شکل بنیادین به هم مرتبط بوده و از دیگری لاینفک می‌باشند.^۵

با این همه حتی اگر آزادی مطلق کوچ و مهاجرت را امری آرمانی و در شرایط فعلی جامعه‌ی بین‌المللی غیرقابل قبول بدانیم، نمی‌توان این نکته را انکار کرد که تسهیل در ورود مهاجران (به‌ویژه مهاجران اجباری) و به نظم آوردن آن از طریق ساز و کارهای بین‌المللی و به نحوی که حقوق انسانی اولیه‌ی آنان به مخاطره نیفتد از اولویت برخوردار است. در این زمینه می‌توان گفت پدیده‌ی پیچیده‌ی مهاجرت بین‌المللی از یک اصل ساده پیروی می‌کند: این پدیده ریشه در نابرابری‌های اقتصادی- اجتماعی و حقوق بشر نابرابر دارد، و جاذبه‌ی کشورهای توسعه‌یافته که از رفاه، فرصت‌های پیشرفت و آزادی‌های اقتصادی برخوردار می‌باشند، آن را تشدید می‌کند. گزارش‌گر ویژه‌ی حقوق بشر مهاجران معتقد است که مهاجرت‌های قانونی باید مدیریت شوند زیرا اجازه می‌دهند حقوق بشر مهاجران به نحو موثری مورد حمایت قرار گیرد.^۶ اما نکته‌ای که نباید فراموش شود حق کشورها

5. N. McDougal and W. Reisman, *International Law in Contemporary Perspective*, 925 (1981), quoted in: Satvinder, *op.cit.*, p. 2.

6. Specific Groups and Individuals: Migrant Workers, Report of the Special Rapporteur Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 2004/53, Commission on Human Rights, Sixty-first Session, Item 14 of the Provisional Agenda, E/CN.4/2005/85, 27 December 2004, para. 74, available at:

<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/100/50/PDF/G0510050.pdf?OpenElement>

برای دفاع از کیان و هستی خود است. در واقع مهاجران برای ورود به هر کشوری باید واجد برخی شروط باشند. هرچند تحمیل شروط تبعیض‌آمیز از سوی کشورهای مهاجرپذیر با تعهدات بین‌المللی این کشورها در تعارض است، اما تعیین برخی شروط منطقی هم‌چون احترام گذاشتن به قوانین، نظم عمومی و اصول اساسی فرهنگی و اخلاقی جامعه برای ورود مهاجران را نمی‌توان امری غیرقابل قبول دانست. در واقع پذیرش شرایط جامعه‌ی میزبان می‌تواند جزو تعهدات مهاجران محسوب گردد. البته به نظر می‌رسد بهترین روش برای تعیین شرایط قابل قبول ورود و اقامت و تفکیک آن از شروط غیرقابل قبول، تبعیض‌آمیز و مخالف تعهدات حقوقی دولت‌ها، مذاکره در این خصوص در یک مرکز و نهاد جهانی، تهیه‌ی سند الزام‌آور بین‌المللی و تعیین نهادی برای نظارت بر حسن اجرای تعهدات و حل و فصل اختلافات در این زمینه است.

گفتار دوم- اعطای مجوز اقامت و تابعیت

اولین گام برای ورود قانونی یک بیگانه به هر کشور دریافت روادید آن کشور است. در مراحل بعدی دریافت مجوزهای اقامت کوتاه یا بلندمدت و یا حتی دائمی می‌تواند حضور قانونی فرد را در کشور مقصد تضمین کند. برخی کشورها با سخت‌گیری اعطای تابعیت و شهروندی گاه حتی به مهاجرین نسل دو یا سه تابعیت خود را اعطا ننموده، آنان را صرفاً به‌عنوان مقیم دائمی به‌شمار می‌آورند. در این جا تلاش می‌شود جنبه‌های مختلف اعطای تابعیت و این که آیا در همه‌ی موارد دریافت تابعیت و شهروندی به سود فرد مهاجر و خواهان آن است یا نه و هم‌چنین به بررسی شرایط آن هم‌چون لزوم یا عدم لزوم از دست دادن تابعیت پیشین پرداخته شود. چنان‌چه افراد به عنوان موجودات خردمندی که در پی بیش‌ترین میزان سود و فایده هستند شناخته شوند، نفع‌شان در کسب شهروندی، در به حداکثر رساندن مزایای آن و به حداقل رساندن مسئولیت‌هایشان خواهد بود. به علاوه از

آن‌جایی که دولت‌ها مجموعه‌های متفاوتی از حقوق و تکالیف شهروندی را ارائه می‌دهند، افراد خردمند می‌خواهند مجموعه‌ای را انتخاب کنند^۷ که بیش‌ترین خواسته‌های‌شان را برآورده سازد.^۸ البته این امر بیش‌تر در مورد مهاجران دارای تخصص عالی یا سرمایه‌های کلان صادق است و در غیر این موارد به ویژه در سطح بین‌المللی این مهاجران هستند که به دنبال اقامت در کشورهای دارای بازار کار مناسب هستند.

بند اول- بررسی دیدگاه‌های مربوط به مبانی، مزایا و انحصاری بودن شهروندی

در اعطای تابعیت به بیگانگان دو دیدگاه وجود دارد؛ یکی بر انحصاری بودن شهروندی، افزایش حقوق شهروندان و تعیین شرایط سخت‌گیرانه‌تری هم‌چون دانستن زبان محلی و قرابت نژادی اصرار دارد. این دیدگاه در اشکال افراطی‌تر خود به نوعی نشان‌دهنده‌ی بیگانگی‌ستیزی است. دیدگاه دوم که نقطه‌ی مقابل است به شهروندی جهانی و سهولت در اعطای تابعیت به منظور مشارکت بهتر و جذب مهاجران در امور محلی تاکید دارد.^۹

۷. البته در شرایطی که حق انتخابی وجود داشته باشد، زیرا در مورد مهاجران اجباری معمولاً حق انتخاب یا وجود ندارد یا دامنه‌ی آن بسیار محدود است.

8. Bauböck, Rainer, "Citizenship Policies: International, State, Migrant and Democratic Perspectives", Global Migration Perspectives, No. 19, Global Commission on International Migration (GCIM), January 2005, p. 9, available at: <http://www.gcim.org/attachements/GMP%20No%2019.pdf>

9. Holston, James *et al.*, "Cities and Citizenship", in: Robertson Ronald *et al* (eds), Globalization, Critical Concepts in Sociology, Volume V, Routledge, London and New York, 2003, p. 290.

بر مبنای یک دیدگاه تنها کسانی که سهمی در آینده‌ی یک جامعه‌ی سیاسی توسعه‌یافته دارند می‌توانند از نظر اخلاقی ادعای به رسمیت شناخته شدن به عنوان شهروند و داشتن نماینده در حکومت خودگردان دموکراتیک را داشته باشند.^{۱۰} بر اساس این بینش حقوق فردی و رفاه ذینفعان و دیگر اعضای جامعه به هم پیوند خورده است؛ زیرا تمامی آن‌ها وابسته و متکی به حمایت و مزایای عمومی ارایه شده از سوی نهادهای سیاسی واحدی هستند. در این مفهوم ذینفع بودن ارتباطی با انتخاب ندارد، بلکه براساس واقعیات زندگی فرد هم‌چون بزرگ شدن در یک جامعه‌ی خاص، اقامت درازمدت در آن‌جا و مانند آن تعیین می‌شود.^{۱۱} بر این اساس یک مهاجر مقیم بیش از یک تبعه‌ی غیرمقیم ذینفع بوده، در اداره‌ی جامعه دارای حقوق و تکالیف است.

از یک چشم‌انداز جهانی، بنیادی‌ترین مسئله‌ی اخلاقی در مورد سیاست‌های شهروندی این است که چرا شهروند بودن، به عنوان حقی که در هنگام تولد حاصل شده، باید بتواند فرصت‌ها و موقعیت انسان‌ها را در سراسر جهان تعیین کند؟ یکی از نظریه‌پردازان سیاسی به نام جوزف کارنس^{۱۲} معتقد است شهروندی در جهان امروز مانند وضعیت و حقوق برتر اشراف و فئودال‌ها در جوامع قرون وسطایی است. شهروندی و تابعیت در هنگام تولد به شکل گسترده‌ای جنبه‌های مختلف زندگی فرد را تعیین می‌کند. در واقع دولت‌های ثروتمند و امن با کنترل مهاجرت می‌خواهند کسانی را که در بدو تولد

10. Bauböck, Rainer, Stakeholder Citizenship: An Idea Whose Time Has Come?, 2008, Migration Policy Institute (MPI), p. 4 available at:

<http://www.migrationpolicy.org/transatlantic/docs/Baubock-FINAL.pdf>

11. Ibid.

12. Joseph Carens.

شهروند کشورهای فقیر، خودکامه یا دچار خشونت بوده‌اند از خود دور نگه دارند.^{۱۳} نظریه پرداز شهروندی ذینفعان معتقد است نظریه او آرمانی نیست. وی در تایید نظریه‌ی خود به رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی *نوته‌بام* اشاره می‌کند.^{۱۴} دیوان در قسمتی از رای خود در این قضیه بیان داشت: "تابعیت پیوند و رابطه‌ای حقوقی است که مبنایش حقیقت اجتماعی تعلق، ارتباط اصیل در زندگی، منافع و احساسات است".^{۱۵}

به هرحال گرایش به محو تمایزها میان شهروندان و مقیم‌های دایمی در کنار گرایش دیگری به سوی تسهیل دست‌یابی به تابعیت در کشورهای میزبان پیش می‌رود. کسب تابعیت می‌تواند از طریق اعطای خودکار تابعیت به کودکان متولد شده در کشور، اعطای آسان‌تر تابعیت به مهاجران، و تساهل نسبت به دو تابعیتی شدن آنان انجام شود. لازم به ذکر است اعطای خودکار تابعیت به کودکان متولد شده در سرزمین -از والدین غیرشهروند- بدون در نظر گرفتن تمایل و رضایت والدین یا خود فرد بعد از رسیدن به سن بلوغ منتقدانی نیز دارد.^{۱۶} زیرا در این شیوه حق انتخاب فرد محدود می‌شود. برخی کشورها با مشروط نمودن کسب تابعیت فرزندان بیگانگان با استناد به اصل خاک از طریق ثبت این امر از سوی والدین، یا با اعلام خود کودک در سن رشد به انتخاب فرد احترام می‌گذارند.^{۱۷} برخی دیگر از کشورها اصل خاک را به شکل خودکار اعمال می‌کنند چرا که اعتقاد

13. Bauböck, Stakeholder Citizenship..., *op.cit.*, p. 6.

14. *Ibid.*, p. 11.

15. Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), (Second phase), 1955, I.C.J. 4 (Apr. 6), p. 23.

16. Bauböck, Stakeholder Citizenship..., *op.cit.*, p. 3.

۱۷. برای نمونه بلژیک با پذیرش حفظ تابعیت اولی فرد به مهاجران نسل سوم در صورت درخواست والدین به هنگام تولد تابعیت اعطا می‌کند. مهاجران نسل دوم در صورت حداقل ده سال اقامت والدین و مشروط به این که والدین تا دوازده سالگی اقدام به ثبت کنند، می‌توانند تابعیت بلژیکی کسب نمایند. فرانسه نیز حفظ

دارند. کودکان متولد شده در سرزمین جدید دیگر مهاجر محسوب نشده، نباید از دیگر شهروندان بومی متمایز شوند.^{۱۸}

در برخی از کشورهای مهاجر فرست شاهد تحولی در سیاست‌گذاری‌ها در راستای تشویق اتباع مهاجر خود، به کسب شهروندی کشور میزبان و در عین حال حفظ تابعیت قبلی هستیم. همچنین تلاش‌هایی نیز برای ایجاد هنجارهای جدید در این زمینه برای سیاست‌گذاری‌های مهاجرتی در سطح بین‌المللی صورت گرفته است. بیش‌ترین این تلاش‌ها در اروپا بوده است. شورای اروپا در سال ۱۹۹۷ کنوانسیون جامعی در خصوص تابعیت تصویب نمود.^{۱۹} شورای اروپا، سازمان امنیت و همکاری اروپا، و به میزان کم‌تر کمیسیون اتحادیه‌ی اروپا برای تغییر قوانین مربوط به شهروندی به برخی دولت‌های عضو و نامزدهای عضویت تا حدی فشار وارد کرده‌اند. برای مثال از دولت استونی و لتونی خواسته شد به اقلیت‌های روسی که بسیاری از آن‌ها پس از استقلال این دو دولت بی تابعیت شده بودند تابعیت و شهروندی کامل اعطا شود.^{۲۰}

←

تابعیت سابق را پذیرفته و به کودکان مهاجر نسل سوم به طور خودکار در هنگام تولد در فرانسه تابعیت فرانسوی می‌دهد، اما نسل دوم در صورتی می‌توانند تابعیت فرانسوی اخذ نمایند که پس از یازده سالگی و قبل از هجده سالگی پنج سال در فرانسه اقامت داشته باشند. رک.

Bauböck, Citizenship Policies..., *op.cit.*, p, 24. Table 2: Acquisition of Nationality at Birth and by Naturalization in Western Europe, 15 old EU States, Norway and Switzerland.

18. *Ibid.*, p. 11.

19. European Convention on Nationality (ECN) of 6 November 1997, in force since 1 March 2000, as of June 2004, 25 of the 45 member states of the Council of Europe have signed the Convention and 12 have ratified it.

20. Bauböck, Citizenship Policies..., *op.cit.*, p. 2.

بند دوم- وضعیت تابعیت پیشین پس از کسب تابعیت جدید

پس از کسب تابعیت جدید، در خصوص تابعیت پیشین نظرات و رویه‌های گوناگونی وجود دارد. در حالی که رویه‌های دولتی و عقاید معمول در مورد میزان حق انتخاب نسل دوم تا حدی متفاوت است، تقریباً تمامی دولت‌ها موافق هستند که کشور محل اقامت نباید تابعیت خود را به مهاجران نسل اولی بر خلاف خواست‌شان تحمیل کند. از نقطه نظر تاریخی، منافع دولت در داشتن صلاحیت کامل بر ساکنان دایمی سرزمین خود، برخی دولت‌های اروپایی را در قرن نوزدهم واداشت به اتباع خارجی که چند سال از اقامت‌شان می‌گذشت بدون جلب رضایت آنان تابعیت اجباری اعطا کنند. برای نمونه بین سال‌های ۱۸۱۱ تا ۱۸۳۳ اتباع خارجی در اتریش پس از ده سال اقامت به طور خود به خود تابعیت اتریشی را کسب می‌کردند.^{۲۱} البته امروزه در بیش‌تر کشورها اعمال خود به خودی اصل محل اقامت کنار گذاشته شده است. البته دلیل این امر مغایرت آن با آزادی فرد نبوده است، بلکه به این دلیل بوده که با حقوق دیگر دولت‌ها برای ارایه‌ی حمایت دیپلماتیک و کنترل اتباع‌شان در خارج در تعارض بوده است. چه این که با اعطای تابعیت به فرد بیگانه یا فرزندانش بدون تمایل و رضایت وی، دولت میزبان می‌تواند تابعیت اولیه‌ی فرد را نادیده گرفته و از پذیرش، حمایت دیپلماتیک دولت مبدا سرباز بزند. در کل به نظر می‌رسد اعطای اجباری و خود به خودی تابعیت محل اقامت به افراد در مواردی می‌تواند به زیان مهاجر و مانعی برای حفظ تابعیت اولی و برخورداری از حمایت دیپلماتیک دولت مبدا بوده، دشواری‌هایی در بازگشت به زادگاه فرد ایجاد کند، یا بر خلاف تمایل یا حقوق دولت مبدا باشد.^{۲۲}

21. *Ibid.*, footnote, 15.

22. *Ibid.*, p.11.

به هر رو، مهاجرت فراملی دامنه‌ی وسیعی از وابستگی‌های مختلف را نسبت به دولت‌های مبدا و میزبان ایجاد می‌کند. از همین رو مهاجران به حق دستیابی یا حفظ تابعیت هر دو کشور نیاز دارند. همچنین آن‌ها باید قادر باشند خود در مورد وضعیت حقوقی‌شان تصمیم بگیرند. هر نظامی که یک وضعیت شهروندی متحدالشکل بر تمامی مهاجران اعمال کند، برخی منافع مشروع آن‌ها را نادیده گرفته است. البته لازم به ذکر است که در صورت پذیرش یک محدوده‌ی وسیع‌تر برای انتخاب فرد، تفاسیر سنتی از حاکمیت دولت و حق تعیین سرنوشت ملی در این قلمرو تحدید خواهد شد. با این همه برخی اعتقاد دارند که لازم نیست وسیع شدن دامنه‌ی انتخاب مهاجر منتج به ارایی‌ی جذاب‌ترین شهروندی‌ها به آنان در سراسر جهان شود، زیرا این امر نیز می‌تواند انسجام حکومت‌های دموکراتیک را به خطر بیاندازد.^{۲۳}

بند سوم- شهروندی رسمی و ماهوی

تفکیک میان جنبه‌های شکلی و رسمی شهروندی با جنبه‌های ماهوی آن می‌تواند در درک بهتر حقوق مهاجران به‌ویژه مهاجرانی که موفق به کسب تابعیت دولت میزبان می‌شوند مفید باشد. جنبه‌ی شکلی، رسمی یا قانونی شهروندی به عضویت در یک دولت-ملت اشاره دارد، در حالی که جنبه‌ی ماهوی آن به مجموعه‌ای از حقوق مدنی، سیاسی، اجتماعی-اقتصادی، و فرهنگی که مردم از آن برخوردار هستند مربوط می‌شود. بیش‌تر مشکلات و بحث‌های مربوط به شهروندی از آن‌جا نشأت می‌گیرد که در مقام نظر دست-یابی کامل به حقوق، متکی به تابعیت و شهروندی رسمی است، اما در عمل شهروندی

23. *Ibid.*, p. 12.

ماهوی و برخورداری کامل از حقوق امری جدای از شهروندی رسمی است. به عبارت دیگر، داشتن شهروندی رسمی و قانونی دیگر شرط لازم و کافی برای کسب شهروندی ماهوی نیست. این نکته از آنجا آشکار می‌شود که بسیاری از شهروندان فقیر که به طور رسمی تابعیت دولت را دارند، در واقع از حقوق شهروندی و مشارکت موثر در اداره جامعه‌ی خود محروم‌اند. اما این که شهروندی رسمی برای دستیابی به حقوق ماهوی کم‌تر ضروری محسوب می‌شود نیز قابل توضیح است. گرچه شهروندی رسمی برای دارا بودن برخی حقوق مانند رای دادن لازم دانسته شده اما برای بسیاری از حقوق این‌گونه نیست. بنابراین برخی اعتقاد دارند "در واقع غیرشهروندانی که به شکل قانونی مقیم شده‌اند، و حتی برخی از غیرشهروندانی که به شکل غیرقانونی اقامت دارند، اغلب از حقوق اجتماعی-اقتصادی و مدنی تقریباً مشابه شهروندان برخورد دارند. به علاوه برخی حقوق انحصاری شهروندان هم‌چون عضویت در هیئت منصفه، انجام خدمت نظامی، و برخی شرایط و تکالیف مالیاتی دشوار و گاه طاقت‌فرسا هستند؛ بنابراین مردم بیش‌تر آن‌ها را به‌عنوان تکلیف و بار تلقی می‌کنند تا حق. از این رو تعجب‌آور نیست که برخی بررسی‌های آماری جدید نشان می‌دهد بسیاری از مهاجران هم‌چون گذشته اشتیاقی به کسب شهروندی کشورهای جدید ندارند.^{۴۴} البته آمار مورد اشاره و نتیجه‌ای که از آن گرفته شده قابل نقد است، زیرا حتی اگر برخی بررسی‌ها نشان‌دهنده تمایل کم‌تر مهاجران به کسب تابعیت باشد، در مورد دلیل آن باید بررسی بیش‌تری به‌عمل آید. شاید پیوندهای ملی و خانوادگی و سخت‌گیری بیش‌تر دولت‌های مهاجرپذیر در راه گردهم آمدن اعضای خانواده‌ی مهاجران و یا رشد گرایش‌های نژادپرستانه و شهروند درجه‌ی دوم

24. Holston, *op.cit.*, pp. 288-289.

شدن بیگانگانی که نژاد، دین و فرهنگ دیگری دارند یا حتی ترس از اخراج به هنگام درخواست تابعیت، بیش از سختی تکالیف شهروندی یا رضایت از وضع موجود، علت تمایل کم‌تر آنان به کسب تابعیت باشد.

اما بحث از شهروندی رسمی و ماهوی جنبه دیگری نیز دارد. هرچند این دیدگاه که لازمه برخورداری از همه‌ی حقوق، داشتن تابعیت و شهروندی نیست و برخی از شهروندان نیز قادر به برخورداری از حقوق خود نیستند تا حدی می‌تواند قابل قبول باشد. با این همه نکته اصلی این‌جاست که بر اساس این دیدگاه دلیل اصلی عدم برخورداری برخی از شهروندان از حقوق اجتماعی‌شان فقر و موقعیت ضعیف اجتماعی‌شان است. اگر از برخی مهاجران و غیر شهروندان ثروتمند که استثنا هستند بگذریم غالب مهاجران و غیر شهروندان از طبقه‌ی کارگر و محروم جامعه هستند. روشن است که این موقعیت بد اقتصادی و اجتماعی که امری ماهوی است اگر با نابرابری رسمی و قانونی یعنی عدم دارا بودن تابعیت و تمایزها و تبعیض‌های ناشی از آن همراه شود، محرومیت آنان دوچندان خواهد بود. حتی به نظر می‌رسد اعطای تابعیت نیز مشکل این گونه افراد را به تمامی حل نکند، زیرا بسیاری از مهاجران از نظر نژادی، زبانی، رنگ چهره، مذهب و... با بدنه‌ی جامعه هم‌سان نبوده، در مقابل تبعیض‌های موجود نیازمند حمایت‌های آتی هستند. پس می‌توان نتیجه گرفت کسب تابعیت و شهروندی می‌تواند در بهبود وضع مهاجران موثر باشد اما نمی‌تواند شرط کافی باشد. در خصوص کاهش اشتیاق مهاجران و بیگانگان به کسب تابعیت نیز همان‌طور که اشاره شد، نمی‌توان آن را دلیل وضعیت خوب و نداشتن مشکل دانست؛ ممکن است دلایل بسیاری هم‌چون نفرت عمومی در جامعه از طرف گروه‌های کم بضاعت و کارگر که کاهش دستمزد و بیکاری خود را ناشی از وجود مهاجران می‌بینند و دیگر گروه‌های جامعه که مهاجران را سبب اضمحلال فرهنگ، زبان و نژاد خود و عاملان تروریسم به‌شمار می‌آورند باشد که منتج به خشونت و تبعیض‌های

عملی علیه اقلیت‌های نژادی و مذهبی در جامعه از طرف گروه‌های نژاد پرست و حتی در مواردی پلیس می‌شود. شاید دلیل اصلی عدم تمایل مهاجران به کسب تابعیت و تصمیم به بازگشت به موطن خود شدت گرفتن این گونه مسایل و ایجاد جو نفرت علیه مهاجران در کشورهای توسعه‌یافته باشد که در سال‌های اخیر افزایش یافته است.^{۲۵}

در صورتی که مهاجران از امکان کسب تابعیت در دولت میزبان محروم شوند، اغلب یک طبقه‌ی محروم و به حاشیه رانده شده‌ی قومی را تشکیل خواهند داد که محرومیت آن‌ها در اضمحلال معیارهای استخدام، خانه‌دار شدن، بهداشت و آموزش جامعه سهم خواهد بود. هرچند دسترسی به کسب شهروندی قطعاً کافی نخواهد بود، اما برای مبارزه با این وضعیت و شرایط بد لازم است. علاوه بر مطالب مذکور شهروندی فراگیر از دیدگاه دموکراتیک نیز ارزش مهمی به‌شمار می‌آید. این امر در کشورهای میزبان مهاجر آشکارتر است، زیرا در صورتی که بخشی از جمعیت به‌طور دائمی از حقوق و امتیازات محروم بماند قاعده‌ی مشروعیت دموکراتیک تحلیل خواهد رفت. به هر حال اعطای فرصت مشارکت در تصمیمات سیاسی در کشور مبدا نیز می‌تواند در توسعه‌ی سیاسی در آن کشورها سهم داشته باشد.^{۲۶}

با این اوصاف می‌توان نتیجه گرفت مدل اقتصادی به‌طور کامل نشان دهنده‌ی نفع و انگیزه‌ی فرد در کسب شهروندی نیست. در واقع تابعیت ارزش بسیار زیادی از جهت دارا شدن حقوق داشته، تنها با منافع و مزایای اقتصادی و رفاهی قابل سنجش نیست. انگیزه و نفع اصلی افرادی که از میان مرزهای بین‌المللی مهاجرت می‌کنند، انتخاب دولتی نیست که به آن‌ها جذاب‌ترین نوع و شرایط شهروندی را ارائه دهد، بلکه هدف اجتناب از شرایطی

25. Bauböck, Citizenship Policies..., *op.cit.*, p. 11.

26. *Ibid.*, p.4.

است که در آن برخی از اساسی‌ترین حقوق و منافع هم‌چون اقامت امن، دسترسی به استخدام، زندگی با اعضای خانواده، حفظ اموال و حقوق مربوط به ماترک در کشور مبدأ و حق بازگشت به کشور مبدأ مورد حمایت عمومی و رسمی قرار نمی‌گیرد. علاوه بر منافع و دغدغه‌های مربوط به امنیت، زندگی خانوادگی و فرصت‌های اقتصادی، منافع مهاجران در مورد احترام اجتماعی و شناسایی نمادین نیز اهمیت زیادی برای مهاجران دارند. مهاجران نیاز دارند که ریشه، خاستگاه و هویت قومی و مذهبی آنان مورد احترام واقع شود تا این که صرفاً با تسامح و تساهل با آنان برخورد شود و این که در جامعه میزبانی که در جست‌جوی شرایط بهتر در آن اقامت گزیده‌اند یا جامعه میزبان که ممکن است قصد بازگشت به آن را داشته باشند به عنوان اعضای برابر به رسمیت شناخته شوند. توجه به این مجموعه از منافع و علایق که قابل انتساب به مهاجران است، برای سیاست‌گذاری‌های درست مهاجرتی می‌تواند اهمیت خاصی داشته باشد.^{۲۷}

جنبه‌ی دیگر از سیاست‌گذاری‌های اعطای تابعیت به کشورهای میزبان می‌شود که برای کسب درآمد و یا جذب سرمایه به اعطای تابعیت کشور خود به شکل صوری و یا واقعی اقدام می‌کنند. در واقع امروزه تعدادی از دولت‌های کوچک وجود دارند که شهروندی خود را گاهی حتی بدون این که اقامت را لازم بدانند به افراد ثروتمندی که میزان مشخصی پول سرمایه‌گذاری کنند ارائه می‌دهند. این نوع شهروندی‌ها، که گاه در اینترنت تبلیغ می‌شود، برای افرادی که قصد فرار از پرداخت مالیات و داشتن گذرنامه‌ی دوم برای سفر بدون روادید به برخی کشورها را دارند مزایایی دارد.^{۲۸} به هر حال افرادی

27. *Ibid.*, p.10.

28. See for example:

<http://www.escapeartist.com/passports/passports.htm> available at: (1/6/2010)

که به دلایل مذکور تابعیت جدید به دست می‌آورند به ندرت تمایل به از دست دادن تابعیت اصلی خود دارند.^{۲۹}

لازم به یادآوری است که مطالب مذکور همگی در چارچوب شرایط موجود و بقای دولت‌های ملی مطرح شده‌اند؛ در نظر کسانی که به جهانی شدن و محو دولت ملی باور دارند اصولاً حفظ انسجام دولت ملی مطرح نیست که در ادامه به این گونه نظریات اشاره خواهد شد.

گفتار سوم- شهروندی جهانی و حذف کامل تبعیض و تمایز

یک ره‌یافت آرمان‌گرایانه می‌تواند حذف کامل تمایز میان شهروند و غیر شهروند و به عبارتی ایجاد مفهوم شهروندی جهانی یا جهان وطنی باشد. هابرماس معتقد است "جهان وطنی دیگر یک امر موهوم و خیالی نیست، حتی اگر راه درازی برای حصول آن باقی مانده باشد. شهروندی دولت و شهروندی جهانی زنجیره‌ی پیوسته‌ای را تشکیل می‌دهند که حداقل، آثارش از قبل مشهود است"^{۳۰}. دفاع هابرماس از مفهوم شهروندی جهانی با ره‌یافته‌های مرسوم که در آن‌ها شهروندی اشاره به حقوق خاص اجتماعی، سیاسی و حقوقی‌ای دارد که افراد به‌عنوان اعضای دولت‌های حاکمه‌ی مجزا از آن برخوردارند در

←

<http://www.goccp.com/ENG/secondcitizen.HTM>, available (1/6/2010); also quoted in: Bauböck Rainer, Citizenship Policies, *op.cit.*, p. 10.

29. Bauböck, Citizenship Policies..., *op.cit.*, p. 11.

30. Habermas, Jurgen, Between Facts and Norms, (Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy), translated by William Rehg, Polity Press, 1996, p. 515.