

گستره استثنای شبه جرم در حقوق مصونیت دولتها در آئینه رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲

ستار عزیزی^۱

دانشیار دانشگاه بوعلی سینا

تاریخ دریافت: ۹۱/۰۶/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۲/۰۴/۲۰

چکیده

استثنای شبه جرم به ترتیب در ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی مصونیت دولتها و ماده ۱۲ کنوانسیون ملل متحد در مورد مصونیت دولتها و اموال آنها به عنوان یکی از استثنائات مهم بر مصونیت دولتها پیش‌بینی شده است؛ اما ابهامات زیادی در خصوص دامنه و گستره این استثناء دیده می‌شود. در این مقاله در پرتو رأی مصونیت صلاحیتی تلاش شده است به این ابهامات پاسخ داده شود از جمله اینکه، آیا مفاد مواد مذکور به قاعده عرفی تبدیل شده است یا نه؟ آیا این استثناء اقدامات حاکمیتی دولتها را نیز در برمی‌گیرد؟ آیا استثنای شبه جرم شامل اقدامات نیروهای مسلح در زمان مخاصمات مسلحانه نیز می‌شود؟ دیوان بین‌المللی دادگستری با بررسی رویه دولتها، تفاسیر طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل و آرای محاکم قضایی داخلی و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر با پذیرش ضمنی عرفی بودن این استثناء به این نتیجه رسید که استثنای شبه جرم، اقدامات حاکمیتی دولتها را در برمی‌گیرد اما اقدامات نیروهای مسلح در زمان مخاصمات مسلحانه از حوزه شمول این استثناء خارج است. واژگان کلیدی: مصونیت دولتها، اقدامات نیروهای مسلح در زمان مخاصمه مسلحانه، استثنای شبه جرم، کنوانسیون مصونیت قضایی دولتها و اموال آنها، رأی مصونیت صلاحیتی

مقدمه

مصونیت دولتها یکی از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل است. مصونیت دولتها به معنای آن است که دادگاه‌های داخلی باید از پذیرش دعوا علیه دولتها خارج خودداری نمایند (Karagiannakis, 1998: 10). در توجیه این مصونیت معمولاً به ضرب المثل اصل حاکمیت برابر و استقلال دولتها^۲ استناد می‌شود (Finke, 2011: 875).

دیگر توجیحات حقوقی و سیاسی به نفع مصونیت دولتها عبارتند از:

۱- مصونیت دولتها رعایت می‌شود، زیرا محاکم ملی قدرت اجرای آراء علیه دول خارجی را به علت مصونیت اجرایی آنها ندارند. در واقع دولتها رأی را اجرا

1. Email: satarazizi@basu.ac.ir

2. Par in parem non habet imperium

نمی‌کنند چرا که از تبعات منفی سیاسی آن از جمله تیره شدن روابط دولت مقرر دادگاه و دولت خوانده هراس دارند.

۲- مصونیت دولت خارجی با مصونیت همان کشور مقرر دادگاه در محاکم خویش قیاس می‌شود (Fox, 2008: 55).^۱

۳- اگر مصونیت دولت‌ها رعایت نگردد ممکن است سیلی از دعاوی علیه دولت‌ها در محاکم کشورهای خارجی طرح شود و در نتیجه با هرج و مرج در روابط بین‌المللی روبرو شویم. با وجود این، قلمرو مصونیت دولت‌ها بنا به رعایت پاره‌ای مصالح و منافع، مطلق نمانده است و از سال‌های پایانی قرن نوزدهم میلادی شاهد پذیرش دکترین مصونیت محدود دولت‌ها در اعمال تصدی‌گری دولت‌ها هستیم (عبداللهی، ۱۳۸۲: ۱۲). عدم رعایت مصونیت دولت‌ها در موارد ارتکاب «شبه جرم» یکی دیگر از حوزه‌ها و مواردی است که دایره مصونیت دولت‌ها را تنگ‌تر کرده است. از این رو از آن با عنوان «استثنای شبه جرم»^۲ یاد می‌شود. در این مقاله به بررسی حدود و ثغور این استثنای مهم بر مصونیت دولت‌ها می‌پردازیم.

لازم به ذکر است که «استثنای شبه جرم» یکی از مهم‌ترین ادله دولت ایتالیا در انکار مصونیت دولت آلمان در قضیه «مصونیت صلاحیتی دولت ۲۰۱۲» بود. ایتالیا مدعی بود که حقوق بین‌الملل عرفی بدان درجه توسعه پیدا کرده است که هیچ دولتی نمی‌تواند در مورد اقدامات منجر به مرگ و یا ورود آسیب جسمی و یا لطمه به اموال عینی واقع در کشور مقرر دادگاه، از مصونیت برخوردار باشد حتی اگر آن عمل در زمره اقدامات حاکمیتی باشد.

۱- تعریف شبه جرم

شبه جرم^۳ در فرهنگ لغت «بلاکز لاو» چنین تعریف شده است: «خطای مدنی در غیر موارد نقض قراردادی است که معمولاً جبران خسارت به شیوه پرداخت غرامت انجام می‌شود، به

۱. لازم به ذکر است که Lord Denning از تغییر مقررات مصونیت دولت‌ها از مطلق به محدود در حقوق داخلی به عنوان قیاس در جهت رد مصونیت دولت خارجی استفاده کرد و اعلام نمود: «در تمامی کشورهای متمدن، گرایش روزافزونی در این جهت وجود دارد که حاکم مصون نبوده و اعمال او قابل محاکمه در محاکم خود است. این نکته به ویژه در انگلیس با توجه به قانون مصوب سال ۱۹۴۷ به خوبی قابل مشاهده است. از این رو دولت خارجی نباید متوقع باشد که با او متفاوت رفتار شود. دلیلی وجود ندارد که به دولت خارجی مصونیتی را بدهیم که نهادهای دولتی خودمان از آن برخوردار نیستند (Fox, 2008: 60).

2. Tort Exception

3. Tort

عبارت دیگر، نقض تعهدی است که قانون برای شخصی مقرر می‌دارد و او را در رابطه خاصی با شخص دیگر قرار می‌دهد» (Black's Law, 2005: 1626).

اولین بار انستیتو حقوق بین‌الملل در قطعنامه سال ۱۸۹۱، این توسعه در مقررات حقوق بین‌الملل را به عنوان استثنای اقدامات ناشی از جرائم یا شبه جرائم ارتكابی در قلمرو کشور مقرر دادگاه پیشنهاد کرد (Fox, 2008: 570).

این استثناء بر مصونیت دولت‌ها در کنوانسیون‌های الزام‌آور ابتدا در ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت‌ها ۱۹۷۲ و سپس در ماده ۱۲ کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضائی دولت‌ها و اموال آن‌ها مصوب دوم دسامبر ۲۰۰۴ پیش‌بینی گردید.^۱

مبنای ورود استثنای شبه جرم به عنوان یک استثنای مهم بر مصونیت دولت‌ها در حقوق قراردادی (و یا حقوق بین‌الملل عرفی آن گونه که در سطور آتی بررسی خواهد شد)، احترام به حاکمیت سرزمینی دولت‌هاست تا اگر دولتی خارجی در سرزمین آن‌ها اقدامی زیانبار انجام دهد، بتوان به مسئولیت مدنی دولت خطاکار در محاکم داخلی مقرر دادگاه استناد کرد. با این وجود نظر به آنکه رعایت مصونیت دولت خارجی نیز خود مبتنی بر اصل تساوی حاکمیت دولت‌هاست، لذا این استثناء با رعایت شرایطی و به صورت مضیق اعمال می‌گردد. استثنای شبه جرم باید واجد شرایط ذیل باشد:

۱- لزوم ارتباط سرزمینی (وقوع تمام یا بخشی از عمل زیانبار در کشور مقرر دادگاه)؛^۲

۱. مفاد هر دو ماده شبیه هم است. ماده ۱۲ «کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت قضائی دولت‌ها و اموال آن‌ها» با عنوان «صدمات شخصی و خسارت به اموال» چنین مقرر می‌دارد: «یک دولت در نزد دادگاه دولت دیگر که به نحوی در یک دادرسی مربوط به جبران خسارت مالی ناشی از فوت یا صدمه به شخص، یا خسارت به اموال عینی یا از بین رفتن آن به علت فعل یا ترک فعلی که ادعا شده است قابل انتساب به آن دولت می‌باشد ذی‌صلاح است، چنانچه آن فعل یا ترک فعل کلاً یا بخشی از آن در قلمرو آن دولت دیگر رخ داده باشد و چنانچه عامل فعل یا ترک فعل در زمان ارتکاب فعل یا ترک فعل در آن قلمرو حضور داشته باشد، نمی‌تواند به مصونیت از صلاحیت استناد نماید، مگر اینکه دولت‌های مربوط به گونه دیگری توافق نموده باشند.

۲. بر همین اساس، محاکم آمریکا دعاوی مربوط به آسیب‌های جسمی ناشی از گروگان‌گیری سفارت آمریکا در تهران، شلیک مأموران گمرکی به قاچاقچیان مواد مخدر و بمباران لیبی توسط هواپیماهای آمریکایی را (دعاوی که طرح آن‌ها به قبل از سال ۱۹۹۶ و زمان تصویب اصلاحیه به قانون مصونیت دولت‌های خارجی مربوط می‌شد) به دلیل آنکه حوادث مربوطه، فاقد ارتباط سرزمینی با دولت مقرر دادگاه بودند را رد کردند و خود را فاقد صلاحیت اعلام کردند.

McKeel v. Islamic Republic of Iran, 722 F 2d 582 (9th Cir.1983); 81 ILR 543; Persinger v. Islamic Republic of Iran, 729 F 2d 835 (DC Cir.1983); 90 ILR 586; Berkovitz v. Islamic Republic of Iran, 735 F 2d 328 (9th Cir.1984); 81 ILR 552; Perez v. The Bahamas, 652 F 2d 186 (DC Cir.1981); 63 ILR 601; Saltany v. Reagan and Others, (DC Cir.1989); 87 ILR 680.

۲- لزوم حضور عامل فعل یا ترک فعل زیانبار در زمان وقوع عمل در قلمرو دولت مقرر دادگاه؛

۳- انتساب فعل یا ترک فعل زیانبار به دولت خوانده؛

۴- دادرسی مربوط به جبران خسارت مالی ناشی از فوت یا صدمه به شخص، یا خسارت به اموال عینی یا از بین رفتن آن باشد؛

۵- دولت‌های طرف اختلاف به گونه دیگری توافق نکرده باشند (Fox, 2008: 575).

همان‌گونه که در بند ۴ می‌بینیم نوع آسیب و زیان وارده تنها باید فیزیکی و علیه اشخاص و یا اموال عینی باشد. در نتیجه مصونیت در مورد آسیب‌های معنوی ناشی از نوشته‌ها، گفتار و سخنرانی‌ها همچنان برقرار است. همچنین شرط حضور فاعل فعل یا ترک فعل در زمان وقوع عمل در کشور مقرر دادگاه از آن جهت بوده است تا مواردی مانند شلیک گلوله از کشور دیگر در هنگام مخاصمه مسلحانه از حوزه استثنای شبه جرم خارج شود (ILC Commentary, para.7).

اولین دلیل ایتالیا در رد مصونیت آلمان در برابر محاکم داخلی خود به موضوع «استثنای شبه جرم» مربوط می‌شد. ایتالیا مدعی بود اگر اقدامات دولتی خارجی در سرزمین کشور دیگر باعث مرگ افرادی و یا ایراد آسیب جسمی به آن‌ها شود و یا به تخریب یا لطمه به اموال عینی منجر شود، آن دولت دیگر از مصونیت نزد محاکم مقرر دادگاه^۱ برخوردار نخواهد بود. البته ایتالیا پذیرفت که این استدلال تنها به پذیرش طرح دعوا از سوی آن دسته از اتباع ایتالیا منجر خواهد شد که ایراد لطمه و صدمه به آن‌ها و اموالشان از سوی آلمان نازی در سرزمین ایتالیا روی داده است لذا آسیب‌های وارده به نظامیان بازداشت شده ایتالیایی که در خارج ایتالیا به خدمت مشغول بوده و در آنجا دستگیر شده و برای کار اجباری اعزام شده بودند را در بر نمی‌گیرد (ICJ Judgment, 2012: para. 62).

لازم به توضیح است که دولت آلمان به کنوانسیون اروپایی پیوسته بود اما دولت ایتالیا این کنوانسیون را تصویب نکرده است و هر دو کشور نیز تاکنون به کنوانسیون ملل متحد ملحق نشده‌اند. بنابراین دیوان می‌بایست از حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان قانون حاکم بر دعوا استفاده کند. البته دیوان به درستی خاطر نشان کرد که اختلاف مطرح شده نزد دیوان محدود به اقدامات نیروهای مسلح یک دولت خارجی (آلمان) در سرزمین دولت مقرر

1. Lex fori

دادگاه (ایتالیا) در زمان مخاصمه مسلحانه (دوران جنگ دوم جهانی) می‌باشد و لذا ضرورتی به تبیین و توضیح تمامی ابعاد و زوایای مسئله «استثنای شبه جرم» توسط دیوان وجود ندارد (ICJ Judgment, para. 65). با این وجود، در متن رأی دیوان و به ویژه در رأی انفرادی قضات می‌توان فراتر از موضوع اختلاف مطرح شده در دعوای آلمان علیه ایتالیا، بررسی عام استثنای شبه جرم را دید.

روشن است که در بررسی رویه دولت‌ها نمی‌توان رهیافتی منسجم و هماهنگ در مورد مصونیت دولت‌ها به صورت عام و استثنای شبه جرم به صورت خاص دید (Separate Opinion of Bennouna, para. 2). در واقع برخی دولت‌ها، استثنای شبه جرم را اعمال می‌کنند و برخی دیگر آن را نمی‌پذیرند حتی دولتی که این استثناء را اعمال می‌کند، آن را به صورتی متفاوت اعمال می‌کند (Finke, 2011: 874).

بنابراین در ابتدا این سؤال اساسی قابل طرح است که آیا استثنای شبه جرم تنها واجد جنبه قراردادی است و یا آنکه در حقوق بین‌الملل عرفی نیز این استثناء پذیرفته شده است؟ همچنین در خصوص دامنه و محتوای «استثنای شبه جرم» اختلاف نظرهای جدی وجود دارد و در واقع این سؤالات در این حوزه قابل طرح است که بر آن هستیم تا در پرتو رأی دیوان به صورت خاص و در رویه دولت‌ها و آرای قضایی داخلی و بین‌المللی دیگر محاکم به صورت عام، پاسخ آن‌ها را دریابیم:

۱- آیا استثنای شبه جرم تنها به اعمال تصدی‌گری محدود می‌شود و یا آنکه نسبت به اعمال حاکمیتی دولت‌ها نیز قابل اعمال است؟

۲- اگر استثنای شبه جرم در مورد اقدامات حاکمیتی دولت‌ها نیز قابلیت اعمال دارد آیا به اقدامات نیروهای مسلح خارجی در دوران مخاصمات مسلحانه نیز تسری می‌یابد یا خیر؟

تبیین دامنه و گستره استثنای شبه جرم می‌تواند عدم مشروعیت دعوای مدنی علیه دولت جمهوری اسلامی ایران در محاکم داخلی آمریکا را بهتر به اثبات رساند. لازم به ذکر است که در اصلاحیه سال ۱۹۹۶ به قانون مصونیت دولت‌های خارجی^۱، صلاحیت محاکم آمریکایی نسبت به شبه جرم‌هایی نیز تسری یافت که در خارج از ایالات متحده آمریکا ارتکاب یافته‌اند در نتیجه شرط وقوع شبه جرم در سرزمین ایالات متحده آمریکا حذف شد مشروط بر آنکه خواهان تبعه

1. Foreign State Immunity Act

آمریکا و خواننده دعوی نیز دولت حامی تروریسم باشد و از تاریخ ایجاد منشاء دعوی نیز بیش از ده سال سپری نشده باشد^۱. نام دولت جمهوری اسلامی ایران رسماً از ۲۳ ژانویه ۱۹۸۴ در فهرست دولت‌های حامی تروریسم قرار داده شده است.^۲

در واقع، قانونگذار آمریکایی با تسری صلاحیت استثنایی محاکم ایالات متحده به شبه جرم‌هایی که خارج از ایالات متحده ارتکاب می‌یابند، دقیقاً در نقطه مقابل رویه دولت‌ها و آرای محاکم قضایی دیگر دولت‌ها ایستاده است. گروهی از حقوقدانان معتقدند که، «ایالات متحده با محور قرار دادن حفظ امنیت اتباع و شهروندان، فصل جدیدی در حقوق مصونیت قضایی دولت‌های خارجی گشوده است که با تمایل بعدی رویه قضایی و قانونگذاری دولت‌های دیگر، نقش تعیین‌کننده‌ای را در سرنوشت این حقوق بازی خواهد کرد؛ خصوصاً آنکه مقررات این اصلاحیه پیوند بسیار نزدیکی با قواعد حقوق بشر و توسعه و تحول آتی آن دارد» (عبداللهی، ۱۳۸۲: ۸۳). اما نگارنده معتقد است که رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «مصونیت صلاحیتی دولت‌ها» در نقطه مقابل این طرز تفکر قرار گرفته است. به عبارت دیگر، دیوان نشان داد که «مصونیت دولت‌ها» را به عنوان یک اصل پذیرفته است و تمامی توجیهات ایتالیا جهت رد مصونیت آلمان نزد محاکم آن کشور، بر اساس استثنائات مقرر در این حوزه را رد کرد.

روشن است که مطابق اصول کلی حقوق، استثنائات یک قاعده را باید به صورت محدود و مضیق تفسیر کرد. از این رو، حقوقدانان ایرانی نیز می‌بایست در چارچوب حفظ منافع حقوقی ایران در عرصه بین‌المللی، از ضرورت وجود شرط «ارتباط سرزمینی» با دولت مقرر دادگاه، به عنوان یکی از عناصر و مؤلفه‌های اساسی «استثنای شبه جرم» دفاع نمایند.

۱. به موجب بند هفت بخش ۱۶۰۵ الحاقی FSIA «دولت‌های خارجی از صلاحیت قضایی محاکم فدرال ایالات متحده یا محاکم ایالات در دعوی ذیل مصون نخواهند بود:

«۱- ... ۷- جدای از موارد مندرج در بند دو در قضایایی که دعوای جبران خسارت پولی علیه شکنجه، قتل غیرقانونی، خرابکاری در هواپیما و گروهان‌گیری دولت‌های خارجی اقامه شده باشد و یا اینکه چنین دعوایی معطوف به انجام حمایت مادی و تدارک وسایل لازم برای چنین اعمالی (آنگونه که در بخش ۲۳۳۹۸ بند هجده تعریف شده است) از جانب دولت‌های خارجی باشد، مشروط به اینکه چنین اعمالی توسط کارگزار، کارمند یا نمایندگان دولت‌های خارجی که در حدود مأموریت یا وظایف کارگزاری یا کارمندی خویش عمل کرده باشند، ارتکاب یافته باشند (عبداللهی، ۱۳۸۲: ۸۳-۸۴).

۲. جهت توضیح بیشتر ر.ک: (عبداللهی محسن، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، اداره چاپ و انتشارات ریاست جمهوری، چاپ اول، ۱۳۸۲، صص ۸۳-۹۴).

۲- استثنای شبه جرم، قاعده عرفی یا قراردادی

آلمان در لوایح کتبی و اظهارات شفاهی وکلای خود در دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشته بود که مواد ۱۱ و ۱۲ کنوانسیون اروپایی و کنوانسیون ملل متحد راجع به مصونیت دولتها تدوین حقوق عرفی نیست (ICJ Judgment, Jurisdictional Immunities of The State, para. 63). لازم به ذکر است که دولت‌های چین و ایالات متحده نیز در مذاکرات تدوین کنوانسیون ۲۰۰۴ همچون دولت آلمان معتقد بودند که ماده ۱۲ را نباید تدوین حقوق عرفی موجود دانست (Ibid. para. 64). همچنین در مذاکرات دولتها به هنگام تدوین متن کنوانسیون ملل متحد ۲۰۰۴، تعدادی از آنها به درج استثنای شبه جرم (ماده ۱۲) بر این اساس اعتراض داشتند که اصولاً پذیرش این استثناء بر مصونیت مبتنی بر قوانین معدودی از کشورهاست و می‌توان اختلافات مربوط به این قضایا را از طریق مجاری دیپلماتیک حل و فصل نمود^۱ (Fox, 2008: 571).

اما در آرای برخی محاکم داخلی به عرفی بودن این قاعده اشاره شده است از جمله در قضیه دیستومو^۲ دادگاه یونانی می‌نویسد: «استثنای شبه جرم به قاعده حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل شده است و این استثناء به دولتها نه تنها اجازه می‌دهد بلکه آنها را ملزم می‌کند که ادعای مصونیت را رد کنند» (Finke, 2011: 862). دیوان عالی یونان نیز در چهارم می دو هزار رأی خود را صادر نمود و در تأیید عرفی بودن استثنای شبه جرم به ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تأیید شده است، نظر انستیتو حقوق بین‌الملل و قانون مصونیت ایالات متحده استناد نمود (Ibid. 583).

با این وجود، در رویه محاکم داخلی، رویکرد مخالف نیز یافت می‌شود مثلاً محکمه استیناف فرانسه در دو پرونده علیه آلمان (هر دو قضیه به موضوع اخراج شهروندان فرانسوی و به کار گماردن اجباری آنها در آلمان مربوط می‌شد) حکم به مصونیت آن دولت داد. دادگاه به

۱. لازم به ذکر است که کشورهای روسیه و بلاروس نیز این استثناء را مبتنی بر یکی از این دو مبنا غیرقابل قبول می‌دانستند:

الف- به موضوعاتی مربوط می‌شود که قوانین داخلی آنها را تنظیم می‌کنند که اساساً خارج از قلمرو طرح مصونیت دولتهاست.

ب- این موضوع به مسئولیت بین‌المللی دولتها مربوط می‌شود. غیرقانونی بودن رفتار با توجه به مقررات حقوق بین‌الملل و با بهره‌گیری از رسیدگی‌های بین‌المللی تعیین می‌شود و این امر نمی‌تواند توسط محاکم ملی مشخص گردد (Fox, 2008: 571).

دلیل ویژگی حاکمیتی آن اعمال و بدون اشاره به موضوع استثناء شبه جرم چنین حکمی را صادر کرد (ICJ Judgment, Jurisdictional Immunities of The State, para. 73).

قاضی گاجا (قاضی ویژه ایتالیا در پرونده و قاضی کنونی دیوان) در رأی مخالف خود معتقد بود که دیوان باید به موضوع «استثنای شبه جرم» بیشتر می‌پرداخت و این جنبه از حقوق مصونیت دولتها را در حال توسعه و تکامل می‌دید (Gaja Dissenting Opinion, para. 1). وی معتقد بود که قوانین داخلی کشورها، جنبه مهمی از رویه دولتها را تشکیل می‌دهد (Ibid. para. 3). وی با اشاره به قوانین نه کشور از ده کشوری که دارای قانون مصونیت دولتها هستند، می‌نویسد طبیعی است که دولتهای مذکور با درج استثنای شبه جرم در قوانین داخلی خود (آن هم با محتوای یکسان)، معتقد بوده‌اند با نادیده گرفتن مصونیت دول خارجی در این حوزه، عملکرد خلاف مقررات حقوق بین‌الملل نداشته‌اند. از سوی دیگر، وی می‌گوید سکوت اکثریت کشورها در رابطه با این قوانین داخلی را نمی‌توان به معنای انتقاد ضمنی نسبت به مشروعیت توسل به استثنای شبه جرم تفسیر کرد» (Ibid).

دیوان بین‌المللی دادگستری در متن رأی به بررسی عرفی بودن ماده ۱۲ به صورت کلی نپرداخت اما اظهار داشت که از میان ده کشوری که در مورد مصونیت دولتها اقدام به وضع قانون کرده‌اند، تنها کشور پاکستان به موضوع استثنای شبه جرم اشاره نکرده است (ICJ Judgment, para. 62). در واقع پاکستان تنها کشور در میان کشورهای دارای نظام کامن‌لا می‌باشد که در قانون داخلی خود به این استثناء اشاره‌ای نکرده است^۱ (Fox, 2008: 575). در واقع به نظر می‌رسد که دیوان اعتراضی به عرفی بودن استثنای شبه جرم ندارد بلکه تنها اقدامات «نیروهای مسلح در زمان مخاصمه مسلحانه» را از شمول این استثناء خارج می‌داند. لازم به ذکر است که دو نفر از قضات دیوان (کوروما و کیث) در نظریات جداگانه خود اعلام داشتند که هر چند کنوانسیون ملل متحد تاکنون لازم الاجرا نشده است اما ماده ۱۲ انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی است (Keith Separate Opinion, para. 16); (Koroma Separate Opinion, para. 6).

۳- استثنای شبه جرم نسبت به کلیه اقدامات دولت خارجی یا تنها اعمال تصدی‌گری

همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز خاطر نشان کرده است، در ابتدا تفسیر مضیقی از این استثناء وجود داشت و مصونیت به موارد آسیب‌های جسمی ناشی از حوادث

۱. ده کشوری که در این ارتباط اقدام به وضع قانون کرده‌اند عبارتند از: ایالات متحده آمریکا، پادشاهی متحده انگلستان، آفریقای جنوبی، کانادا، استرالیا، سنگاپور، آرژانتین، اسرائیل، ژاپن و پاکستان.

رانندگی که مأموران دولت خارجی در کشور مقر دادگاه مرتکب می‌شوند و یا ریسک‌های بیمه، محدود می‌شد (ICJ Judgment, para. 64).

در تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل از ماده ۱۲ نیز آمده که هدف از طرح این ماده، پوشش تصادفات رانندگی و حوادث ناشی از سوانح حمل و نقل بوده است اما کمیسیون در ادامه تفسیر، خاطرنشان کرد که دامنه ماده به قدر کافی وسیع است و می‌تواند آسیب‌های فیزیکی عمدی به انسان‌ها و اموال همچون ضرب و شتم، آتش زدن اموال و حتی ترورهای سیاسی را نیز در برگیرد (ILC Commentary, para. 4).

بنا بر تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل، استثنای شبه جرم تمامی اقدامات عمدی و اتفاقی و اقدامات ناشی از بی‌مبالاتی را در برمی‌گیرد و تفکیکی میان اعمال تصدی‌گری یا حاکمیتی وجود ندارد (Ibid. para. 3).

ایتالیا نیز مدعی بود از آنجا که مبنای پذیرش استثنای شبه جرم، مشروعیت ادعای دولت‌ها بر اعمال کنترل محلی و داشتن صلاحیت بر شبه جرائمی است که در سرزمین مقر دادگاه روی می‌دهد لذا طبیعی است که این استثنای بر مصونیت نسبت به تمامی اقدامات دولت خارجی در سرزمین مقر دادگاه اعمال گردد خواه آن اعمال تصدی‌گری باشند یا حاکمیتی (Cited in Trindade Separate Opinion, para. 85). اما دولت‌های آلمان، چین و ایالات متحده در زمان مذاکرات تدوین کنوانسیون ۲۰۰۴، ماده ۱۲ پیشنهادی کمیسیون حقوق بین‌الملل را فراتر از حقوق عرفی و نظریات علمای حقوق دانستند زیرا به اعتقاد این دسته از دولت‌ها، استثنای شبه جرم تنها نسبت به اعمال تجاری اعمال می‌شود و دولت‌ها نسبت به اعمال حاکمیتی کماکان از مصونیت برخوردارند (ICJ Judgment, para. 64).

دیوان عالی ایرلند نیز در دعوی (McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland) که در ۱۵ دسامبر ۱۹۹۵ صادر کرد، اعمال استثنای شبه جرم در اعمال حاکمیتی را نپذیرفت. در این قضیه خواهان ایرلندی مدعی بود که هنگام عبور از مرز ایرلند و حرکت به سوی بریتانیا در قبل از ظهر ۴ مارس ۱۹۹۱، سربازی انگلیسی شش بار به سوی خودرو او شلیک کرده است. لذا او در محکمه‌ای ایرلندی علیه وزارت کشور انگلیس طرح دعوا نمود که مدعی بود برخی گلوله‌ها به خاک ایرلند اصابت کرده است (Bankas, 2005: 186).

وزیر کشور بریتانیا به مصونیت استناد کرد اما اعلام نمود که متقاضی آزاد است که علیه او در محاکم انگلیس طرح دعوا کند. محاکم تجدیدنظر و دیوان عالی ایرلند هر دو مصونیت دولت حاکم را

تأیید کردند و از استماع دعوا خودداری نمودند. سپس شاکی به دیوان اروپایی حقوق بشر مراجعه کرد. به اعتقاد دیوان عالی ایرلند، عمل سرباز انگلیسی را باید عمل حاکمیتی محسوب نمود. دولت ایرلند نیز در پیشگاه دیوان اروپایی به استناد حاکمیتی بودن عمل انگلیس، آن دولت را دارای مصونیت دانست. دیوان اروپایی نیز دعوا را وارد ندانست و تصمیم دیوان عالی ایرلند را مغایر مقررات حقوق بین‌الملل ندانست (De sena & De vittor, 2005: 94); (Orakhelashvili, 2002: 712).

لازم به ذکر است که دادگاه تجدیدنظر «انتاریو» نیز در دعوای «بوزری علیه جمهوری اسلامی ایران» (رای ۳۰ ژوئن ۲۰۰۴) ضمن تصریح بر وجود استثنای شبه جرم در قانون داخلی کانادا اعلام کرد که موضوع حاضر فاقد شرایط لازم جهت تحقق آن استثناء است (Novogrodsky, 2008: 941). زیرا اقدامات ادعا شده در قلمرو کشور کانادا (کشور مقرر دادگاه) روی نداده است و اضافه کرد «رویه حکایت از این قاعده حقوق بین‌الملل عرفی دارد که در مورد شکنجه‌ای که در خارج کشور مقرر دادگاه روی داده است، مصونیت دولتها وجود دارد» (Bouzari v. Iran, paras. 18-34). بنابراین به نظر می‌رسد که اگر شبه جرم در سرزمین کشور مقرر دادگاه روی می‌داد، دادگاه به موضوع رسیدگی می‌کرد هر چند اقدام به شکنجه مطمئناً عملی حاکمیتی است.

دیوان عالی یونان نیز در دعوای (Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany) قاعده استثنای شبه جرم را در موارد ادعای خسارات جنگی در زمان اشغال دولت مقرر دادگاه توسط نیروهای آلمانی اعمال نمود (caplan, 2003: 765). دیوان با اکثریت آراء نتیجه گرفت که این کشتار در خلال دوران مخاصمه مسلحانه یا در جریان مقاومت نبوده است، بلکه «کشتاری شنیع بوده است که نه برای حفظ امنیت نظامی منطقه و نه جهت مقهور نمودن عملیات‌های زیرزمینی ضرورت نداشته است، بلکه سوء استفاده از اعمال قدرت و ناقض قواعد آمره بین‌المللی بوده و عمل حاکمیتی^۱ محسوب نمی‌شده است»^۲. دیوان عالی استناد به مصونیت در موارد نقض قواعد آمره را رد کرد و حتی چنین نتیجه گرفت که آن دسته از اقدامات دولتها که مغایر قواعد آمره باشد را نمی‌توان اعمال حاکمیتی توصیف کرد و همچنین چنین استدلال کرد که آلمان با نقض قواعد آمره به صورت ضمنی از داشتن مصونیت اعراض کرده است (Bartsch and Elberling, 2003: 480). اما دیوان بین‌المللی دادگستری برخلاف دیدگاه

1. jure imperii

2. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No.11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court) 4 May 2000.

دیوان عالی یونان معتقد بود که باید اقدامات دولت‌ها را (فارغ از قانونی یا غیرقانونی بودن عمل) توصیف کرد که آیا در مجموعه اقدامات تجاری قرار می‌گیرند یا آن‌ها را باید حاکمیتی توصیف کرد و سپس بر حاکمیتی بودن اقدامات مجرمانه دولت آلمان در خلال جنگ دوم جهانی تأکید کرد (ICJ Judgment, para. 60).

جالب توجه است که قاضی ترینداد نیز همچون قضات دیوان عالی یونان معتقد بود: «نقض شدید موارد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه که جرم بین‌المللی محسوب می‌شود به هیچ‌وجه عمل حاکمیتی محسوب نمی‌گردد (Trindade Separate Opinion, para. 129). به اعتقاد ترینداد اقدامات مجرمانه آلمان در یونان و ایتالیا نه حاکمیتی است و نه تصدی‌گری بلکه صرف نظر از آنکه چه کسی مرتکب آن اعمال شده است، جرمی بین‌المللی است که مسئولیت فردی و دولتی را به دنبال دارد (Ibid, para. 193).

به هر حال، دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام کرد که از دادگاه خواسته نشده تا به صورت کلی به این مسئله پاسخ دهد که، «آیا در حقوق بین‌الملل عرفی، استثنای شبه جرم در مورد اعمال حاکمیتی نیز اعمال می‌شود یا نه؟» زیرا در حال حاضر تنها این مسئله نزد دیوان مطرح است که آیا دولت نسبت به اقدامات نیروهای مسلح خود در زمان مخاصمه مسلحانه از مصونیت نزد دادگاه مقرر برخوردار هست یا نه؟ (ICJ Judgment, para. 65). اما قاضی بنونا و گاجا به ترتیب در نظریات انفرادی و مخالف خود اعلام کردند که در ماده ۱۲ کنوانسیون هیچ‌گونه تمایزی میان اعمال تصدی‌گری و حاکمیتی وجود ندارد (Gaja Dissenting Opinion, para.5); (Bennouna Separate Opinion, para.6).

۴- استثنای شبه جرم نسبت به اقدامات نیروهای مسلح خارجی در دوران مخاصمات مسلحانه

در واقع همان گونه که گفته شد محل اصلی بحث و نزاع در قضیه «مصونیت صلاحیتی دولت» آن بود که آیا استثنای شبه جرم نسبت به «اقدامات نیروهای مسلح خارجی در دوران مخاصمات مسلحانه» نیز اعمال می‌شود یا خیر؟ در این ارتباط میان دولت‌های حاضر در قضیه، اختلاف نظر وجود داشت. ابتدا نگاهی به انعکاس این موضوع در کنوانسیون‌های مربوطه خواهیم انداخت و سپس رویه دولت‌ها، محاکم داخلی و بین‌المللی و ادله طرفین اختلاف حاضر را بررسی خواهیم کرد و آنگاه رهیافت دیوان را بیان خواهیم کرد.

همان گونه که گفته شد در کنوانسیون اروپایی (ماده ۱۱) و کنوانسیون ملل متحد (ماده ۱۲)

از استثنای شبه جرم نام برده شده اما تنها در کنوانسیون اروپایی (ماده ۳۱) مخصصه مسلحانه مستثناء شده است.

ایتالیا پذیرفت که کنوانسیون اروپایی مصونیت ۱۹۷۲ حاوی ماده‌ای است که به عدم اعمال مقررات کنوانسیون بر اقدامات نیروهای مسلح خارجی اشاره دارد (ماده ۳۱) اما اظهار داشت که این ماده تنها شرط تحفظی است که اساساً برای جلوگیری از ایجاد تعارض میان مقررات کنوانسیون با اسناد تنظیم‌کننده وضعیت نیروهای خارجی وضع شده است که با رضایت کشور مدعو در سرزمین آن کشور حضور دارند و بدان معنا نیست که دولت‌ها در مورد اعمال نیروهای مسلح خود در خاک کشور دیگر دارای مصونیت هستند.

دیوان نیز با این گفته ایتالیا که ماده ۳۱ شرط محفوظی است که موضوع مصونیت دولت‌ها را کاملاً از شمول کنوانسیون خارج می‌کند، موافق است و معتقد بود که موضوع اقدامات نیروهای مسلح را باید صرفاً با توجه به مقررات حقوق عرفی تعیین کرد (ICJ Judgment, para. 63). از سوی دیگر، کنوانسیون ملل متحد برخلاف کنوانسیون اروپایی فاقد شرط تحفظ بود اما در تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل به موضوع مصونیت در خصوص فعالیت‌های نظامی و اقدامات نیروهای نظامی مدعو به ویژه در مورد استثنای مندرج در ماده ۱۲ کنوانسیون در خصوص صدمات شخصی و آسیب به اموال عینی اشاره شده است: «برخی اعضاء نسبت به دامنه گسترده این ماده و نتایجی که ممکن است برای مسئولیت بین‌المللی در برداشته باشد، تحفظ دارند. به نظر آن‌ها، حمایت از افراد قربانی با مذاکرات از طریق کانال‌های دیپلماتیک و یا از طریق بیمه به صورت مؤثرتری تأمین می‌گردد» (UN Doc GA Committee, Summary A/C.6/59/SR.13). بنابراین تفسیر ماده ۱۲ توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل حاوی این نکته است که مخصصات مسلحانه را باید از حوزه استثنای شبه جرم خارج دانست. به عبارت دیگر، از منظر اعضای کمیسیون، این کنوانسیون بر وضعیت‌های مخصصات مسلحانه اثری ندارد.

در دوران مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون ملل متحد، رئیس گروه کاری ویژه کمیته ششم مجمع عمومی هافنر نیز طی بیاناتی اعلام داشت: «یکی از مسائلی که مطرح شد این بود که آیا فعالیت‌های نظامی تحت پوشش کنوانسیون قرار دارد یا خیر؟ برداشت غالب که عموماً حاکم بوده است به این سؤال پاسخ منفی می‌دهد. در هر حال، بایستی به تفسیر کمیسیون از ماده ۱۲ اشاره نمود که می‌گوید: «این ماده نه بر موضوع مصونیت‌های دیپلماتیک که در ماده ۳ بیان شده است و نه بر وضعیت‌های مخصصات مسلحانه اثری ندارد. می‌بایست به خاطر داشت

که در مقدمه کنوانسیون آمده است در مورد موضوعاتی که به وسیله مقررات این کنوانسیون مورد حکم قرار نگرفته است، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همچنان حاکم خواهد بود» (A/C.6/59/SR.13, Paras 36-37).

دولت‌های نروژ و سوئد در اعلامیه‌ای تفسیری که در ۲۷ مارس ۲۰۰۶ هنگام تصویب کنوانسیون صادر نمودند، اعلام کردند: «کنوانسیون نسبت به اقدامات نظامی از جمله فعالیت‌های نیروهای مسلح در خلال مخاصمات مسلحانه به معنای مندرج در نظام حقوق بین‌الملل بشردوستانه و نسبت به اقداماتی که توسط نیروهای نظامی یک دولت در راستای فعالیت‌های رسمی‌اش انجام می‌شود، اعمال نمی‌گردد، این فعالیت‌ها تابع دیگر مقررات حقوق بین‌الملل است» (Fox Cmg, 2008: 407-408).

به نظر می‌رسد که در آخرین بند قطعنامه شماره ۵۹/۳۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز موضع کمیسیون حقوق بین‌الملل با بیان این جمله «با در نظر گرفتن بیانات رئیس کمیته ویژه معرفی گزارش کمیته» مورد تأیید قرار گرفته است.

اما ایتالیا اهمیت برخی اظهارات در زمان تدوین کنوانسیون ملل متحد در مورد عدم اعمال کنوانسیون بر اقدامات نیروهای مسلح را رد کرد. همچنین این کشور در لایحه کتبی خود نوشته بود قوانین ملی دو کشور انگلیس و سنگاپور در مورد اقدامات نیروهای نظامی خارجی قابل اعمال نیستند اما استدلال می‌کند که قانون هفت کشور دیگر که بخش قابل توجهی از رویه دولت‌ها را تشکیل می‌دهند، مدعی اعمال صلاحیت بر شبه جرم روی داده توسط نیروهای مسلح خارجی هستند (ICJ Judgment, para. 62). قاضی گاجا نیز معتقد بود که نظر تفسیری کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد ماده ۱۲ وارد متن کنوانسیون نشده است (Gaja Dissenting Opinion, para. 6). اما دیوان به تفسیر کمیسیون و متعاقب آن، به گزارش کمیته ویژه استناد کرد و بر این موضوع تأکید کرد که هیچ کشوری به این تفسیر و گزارش اعتراض نکرده بود.

قاضی گاجا همچنین بند مذکور از قطعنامه مجمع عمومی را نامفهوم دانست. وی با اشاره به رویه‌های متناقض زیادی که در این رابطه وجود دارد اعلام کرد که «دولت‌ها در این (حوزه قضایی) ممکن است مواضع متفاوتی اتخاذ نمایند بدون آنکه لزوماً از آنچه نظام حقوق بین‌الملل عام مقرر می‌دارد تخطی کرده باشند» (Ibid, para. 9). به نظر گاجا، منطق پیشنهاد شده در این مورد که اقدامات نیروهای مسلح را باید خارج از محدوده استثنای شبه جرم دانست، غیرقابل درک است. وی می‌نویسد: «اقدامات همه ارکان دولتی به موجب ماده ۴ طرح مسئولیت

بین‌المللی دولت‌ها به دولت منتسب است. حال چرا باید میان اعمال ارکان نظامی و ارکان غیرنظامی تفاوت قائل شد؟ به علاوه وجود نظام خاص و مطلوب‌تر مصونیتی برای نیروهای نظامی خارجی در زمانی که آن‌ها مدعو هستند قابل درک است و معمولاً طی یک موافقت‌نامه بر آن توافق می‌شود اما پذیرش همین مصونیت مطلوب‌تر آنجا که نیروهای نظامی خارجی به صورت خصمانه و با نقض حاکمیت سرزمینی دولت مقرر در آنجا حضور دارند مشکل است» (Ibid). وی این واقعیت که فعالیت‌های نظامی ممکن است خسارات در مقیاس وسیع ایجاد کند را پذیرفت اما آن را دلیلی کافی برای پذیرش مصونیت ندانست. حقوقدان دیگری نیز معتقد است که بر اعتبار تفسیر کمیسیون تردید جدی وجود دارد (Finke, 2011: 863).

اما قاضی کیث میان اعمال نیروهای مسلح با موارد ارتكابی شبه جرم قائل به تمایز شد و معتقد بود: «اقدامات نیروهای مسلح در سطح بین‌المللی و در روابط میان دولت‌ها انجام می‌شود و در راستای اجرای سیاست‌های خارجی، امنیتی و دفاعی کشور صورت می‌گیرند و ماهیت حاکمیتی دارند و آن‌ها را باید بر اساس مقررات حقوق بین‌الملل ارزیابی نمود. این اقدامات، اعمالی نیستند که در ابتدا در مراجعه به حقوق داخلی ارزیابی شوند ...» (Keith Separate Opinion, para.15). قاضی کوروما نیز میان حوادث رانندگی با اتفاقات روی داده در زمان مخاصمات مسلحانه فرق قائل شد و این تفکیک را قابل درک دانست. به اعتقاد کوروما تدوین‌کنندگان تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل، اساساً نظر به اعمال این ماده به حوادث رانندگی داشته‌اند تا شرکت‌های بیمه به بهانه مصونیت دولتها از پرداخت خسارت طفره نروند (Koroma Separate Opinion, para. 6).

در پایان، دیوان بین‌المللی دادگستری با اشاره به گزارش توضیحی ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی ۱۹۷۲ معتقد بود که اقدامات نیروهای مسلح در کشور مقرر دادگاه به صورت کلی از مصونیت برخوردار خواهد بود چه آن نیروها با دعوت کشور مقرر وارد آن کشور شده باشند و چه آنکه اقدامات آنان به صورت خصمانه باشد (ICJ Judgment, para. 67).

در این ارتباط دیوان به بررسی قوانین داخلی دولتها در مصونیت دولتها پرداخت تا ببیند موضع این قوانین در رابطه با موضوع مصونیت اقدامات نیروهای مسلح چیست؟

دیوان اعلام داشت که در قوانین پادشاهی متحده انگلستان و سنگاپور، طرح دعوا در مورد اقدامات نیروهای مسلح از حوزه استثنای شبه جرم خارج شده است. در قوانین دولتهای کانادا، استرالیا و اسرائیل نیز تنها طرح دعوا در خصوص اقدامات نیروهای نظامی خارجی مسموع

نیست. همچنین در قوانین آرژانتین، آفریقای جنوبی و ژاپن نیز چنین استثنایی دیده نمی‌شود. البته در ماده ۳ قانون مربوطه ژاپن آمده است که این مقررات بر مزایا و مصونیت‌های نیروهای خارجی که مبتنی بر مقررات معاهدات و یا حقوق بین‌الملل باشد لطمه‌ای وارد نمی‌سازد. در قانون مصونیت دولت‌های خارجی ایالات متحده مصوب ۱۹۷۶ مقررهای که به اقدامات نیروهای مسلح خارجی بپردازد وجود ندارد. دیوان به پرونده «لتلیه علیه شیلی» اشاره دارد که در آن قضیه، مصونیت دولت خارجی به جهت انجام ترور مخالفان سیاسی در ایالات متحده رد شد اما دیوان می‌نویسد: «اطلاعی ندارد که در مورد اقدامات نیروهای مسلح، پرونده‌ای در محاکم آمریکا مطرح شده باشد همچنین دیوان خاطر نشان می‌سازد که در محاکم هیچ‌یک از این دولت‌ها پرونده‌ای مطرح نشده تا اقدامات نیروهای مسلح در زمان مخاصمات را بررسی کنند (ICJ Judgment, para.71).

دیوان در تأیید نظر خود که دولت‌ها در خصوص اقدامات نیروهای مسلح خود در دادگاه‌های خارجی از مصونیت برخوردار هستند، به آرای صادر شده از سوی محاکم مصر، بلژیک، آلمان، انگلیس و فرانسه اشاره کرد. همچنین یادآور شد که دیوان عالی کشور ایرلند حتی مصونیت نیروهای نظامی خارجی غیر مدعو را نیز پذیرفته است و شعبه مشترک دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در دعوی «مک الحینی علیه جمهوری ایرلند» و «گروز علیه فرانسه» این رهیافت را انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی دانسته و آرای مذکور را مغایر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ندانست (ICJ Judgment, paras. 72-73). دیوان به رویه دیوان عالی کشورهای اسلونی و لهستان و دادگاه قانون اساسی لهستان در تأیید مصونیت دولت آلمان در قبال رویدادهای جنگ دوم جهانی در محاکم داخلی آن کشورها و نیز رویه محاکم بلژیک، صربستان، برزیل و آلمان در پذیرش مصونیت آلمان نیز استناد کرد (ICJ Judgment, paras 74-75).

دیوان خاطر نشان نمود که تنها محاکم ایتالیا و یونان رویکردی متفاوت داشته‌اند هر چند که رویه محاکم یونان نیز متضاد بوده است و در مواردی نیز دادگاه‌های یونان حکم به مصونیت دولت آلمان در قبال جرائم روی داده در سرزمین آن‌ها در طول جنگ دوم جهانی داده‌اند.^۱ در نتیجه دیوان نتیجه می‌گیرد: «رویه دولت‌ها در شکل آرای قضایی، از این فرضیه حمایت می‌کند که دولت‌ها در مورد

۱. هر چند دیوان عالی یونان در قضیه «دیستمو» با پذیرش گستره عام برای استثنای شبه جرم، مصونیت دولت آلمان را رد کرد اما شعبه ویژه دیوان عالی یونان «Anotato Eidiko Diskastirio» در قضیه «Margellos» به نتیجه متضادی رسید و اعلام داشت که استثنای شبه جرم در خصوص فعالیت‌های نظامی دولت خارجی وجود ندارد و به مصونیت دولت آلمان رأی داد. در نتیجه به نظر می‌رسد که در رویه رویه قضایی محاکم یونان تشتت و عدم انسجام به چشم می‌خورد (Gaja Dissenting Opinion, para.8).