

الغاء مصونیت قضایی دولت در موارد ارتکاب شکنجه، مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه و تحقیر آمیز

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۲۳

تاریخ تأیید: ۹۳/۰۵/۲۹

حسین شریفی طرازکوهی^۱

دانشیار گروه حقوق دانشگاه امام حسین(ع)

ساسان مدرس سبزواری^۲

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

تعارض میان قاعده عرفی مصونیت دولت با قواعد امره حقوق بین‌الملل، در صورت احراز، باید به نفع قواعد امره حل شود. با این حال دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی سال ۲۰۱۲ خود در اختلاف آلمان علیه ایتالیا قاعده مصونیت را یک قاعده شکلی و قواعد امره را ناظر بر ماهیت حقوق و تکالیف توصیف کرد و چنین تعارضی را منتفی دانست. دیوان با توجه به آنکه جنایات، توسط نیروهای نظامی آلمان در جریان مخاصمه رخ داده بود، استثنای شبه جرم سرزمینی را نیز برای لغو مصونیت دولت آلمان نپذیرفت. این مقاله با بررسی ممنوعیت شکنجه به عنوان یکی از قواعد امره حقوق بین‌الملل، ضمن ارائه ملاحظاتی برخلاف استدلال دیوان اولاً، نشان داده که فرض تقدم قطعی شکل بر ماهیت به نتایج نامعقول منجر می‌شود؛ و ثانیاً، ادعا نموده که استدلال‌های دیوان در قضیه مذکور باید به طور مضیق مطالعه شود. در نهایت این نتیجه حاصل شده که تقدم قطعی شکل بر ماهیت، به منتفی شدن احقاق حقوق قربانیان منجر می‌شود و لغو دفعی قاعده مصونیت نیز تنش میان حاکمیت‌های سیاسی را افزایش می‌دهد. برای اجتناب از پیچیدگی‌های سیاسی، پیشنهاد شده که خود دولت‌ها از طریق تن دادن به صلاحیت مراجع داوری بین‌المللی برای این منظور، راه‌حلی مبتنی بر همکاری را در پیش بگیرند.

واژگان کلیدی: مصونیت قضایی دولت، قواعد امره، شکنجه، دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان اروپایی حقوق بشر

مقدمه

مصونیت دولت‌ها نزد دادگاه‌های یکدیگر یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود و به معافیت دولت‌ها از صلاحیت قضایی و اجرایی دولت‌های دیگر دلالت دارد. الزام عرفی این قاعده مورد تأکید کمیسیون حقوق بین‌الملل و دیوان بین‌المللی دادگستری بوده است (ILCYB, 1980: 147); (Jurisdictional Immunities, Para 56).

1. Email: : hsharifit@yahoo.com

2. Email: s.modarress@gmail.com

«نویسنده مسئول»

دیوان این قاعده عرفی را منبعث از اصل برابری حاکمیت‌ها می‌داند. بدون این اصل نمی‌توان وجود نظم حقوقی را در اجتماع دولت‌ها تصدیق کرد. در مقابل باید به اصل صلاحیت سرزمینی توجه کرد، که در پرتو آن هر دولتی اختیارات حاکمیتی را در سرزمین خود اعمال می‌کند. قاعده مصونیت نوعی «انحراف»^۱ از اصل صلاحیت سرزمینی محسوب می‌شود؛ و استثنائات آن نیز انحرافی از اصل برابری حاکمیت‌ها هستند (Ibid. Para 57).

تحلیل فوق تماماً بر «حاکمیت» و حقوق آن متکی است؛ امری که از هیمنه طولانی مدت تفکر وستفالیایی بر حقوق بین‌الملل حکایت می‌کند. اما جهت‌گیری نوین نظام حقوقی، عطف به کرامت انسانی، تحولاتی را در حیات بین‌المللی پدید آورده که نمی‌توان آن‌ها را با ارجاع صرف به چارچوب‌های سنتی تبیین نمود.

تفوق الزامات ناظر بر کرامت انسانی در اسناد بین‌المللی و رویه قضایی معاصر مورد تأکید بوده است؛ آن چنانکه هر گاه در تحلیل قواعد حاکم بر ذوات بین‌المللی تردیدی واقع شود، می‌توان از «ملاحظات اولیه انسانی» به عنوان یک اصل راهنما استفاده نمود. اعتبار قواعد حقوقی منوط به همسو بودن با ملاحظات انسانی است؛ و این ملاحظات جایگاهی برتر از قواعد حقوق بین‌الملل دارند. دیوان بین‌المللی دادگستری هم به جایگاه استعلایی ملاحظات انسانی در جهت‌دهی چارچوب‌های رفتاری تأکید نموده، جایگاهی که در تفکر سنتی به حقوق حاکمیت‌های مستقل اختصاص داشته است (Nuclear Weapons, Para 95).

ضرورت وجود معیار بنیادین ناشی از آن است که اصول نظام حقوقی و نیازهای حیات بین‌المللی همواره در معرض تزاخم با یکدیگر هستند. اشاره شد که قاعده مصونیت یک «انحراف» از اصل صلاحیت سرزمینی، و استثنائات این قاعده «انحراف» از اصل برابری حاکمیت‌ها محسوب می‌شوند. این انحراف‌ها در پاسخ به نیازهای حیات بین‌المللی ایجاد شده و در رویه دولت‌ها اعتبار یافته‌اند. اعتبار آن‌ها دال بر این است که اولاً، راه‌حل مناسبی برای نیازهای مذکور ارائه کرده؛ و ثانیاً، با ارزش‌های اساسی روابط بین‌الملل همخوانی داشته‌اند.

اما امروزه کارکرد حقوق بین‌الملل در تنظیم روابط میان حاکمیت‌ها خلاصه نمی‌شود، بلکه تضمین حیات شرافتمندانه فرد انسانی در یک فضای صلح‌آمیز، غایت اصلی این نظام حقوقی است. بر مبنای این تحول بنیادین، معیارهای اساسی حقوق بین‌الملل در رفع تزاخم میان اصول

1. Departure

مبنایی و نیازهای اجتماعی تغییر خواهد کرد؛ تغییری که در کلی‌ترین برداشت می‌توان آن را معطوف به تضمین حقوق بشر دانست. بدون تردید می‌توان «ممنوعیت شکنجه و رفتارهای تحقیرآمیز» و «حق دادخواهی مؤثر» را از مقتضیات حیات شرافتمندانه انسان در یک جامعه مبتنی بر عدالت و عقلانیت دانست.

با این حال ممکن است اصول معطوف به کرامت انسانی با اصول سنتی ناظر بر حرمت حاکمیت دولت‌ها تزاخم پیدا کنند. در وضعیتی که فرد انسانی تحت شکنجه قرار می‌گیرد و امکان دادخواهی نزد دادگاه‌های محلی فراهم نیست و مرجع قضایی یا داوری بین‌المللی حائز صلاحیت برای این منظور وجود ندارد، تنها گزینه پیش روی قربانی توسل به دادگاه‌های داخلی دولت‌های دیگر خواهد بود. دادگاه‌هایی که متأثر از اصل برابری حاکمیت‌ها، تن به مصونیت قضایی دولت خارجی عامل شکنجه داده‌اند. لذا این پرسش مطرح است که آیا در چنین شرایطی می‌توان استثنای جدیدی نسبت به قاعده مصونیت دولت تعریف نمود؟

به نظر می‌رسد رویه جدیدی در حال شکل‌گیری است که مسئله تزاخم میان این اصول را با ارجاع به ملاحظات اولیه انسانی حل می‌کند. اگر چه این تحول ممکن است در نگاه نخست متعارض با اصول روابط دوستانه میان دولت‌ها به نظر برسد، در سطحی دیگر می‌تواند مبنایی برای تقویت همکاری و توسعه نهادهای بین‌المللی جهت حمایت از حقوق بشر قرار بگیرد.

۱- جایگاه قواعد ناظر بر منع شکنجه و حق دادخواهی

۱-۱- ممنوعیت شکنجه

ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) تصریح می‌کند: «هیچ کس نباید تحت شکنجه یا مجازات‌ها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز قرار بگیرد». مواد اعلامیه بیانگر «معیارهای مشترک دستیابی تمامی مردمان و ملت‌ها» به اهداف آزادی، عدالت و صلح هستند.^۱ ماده ۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) مقرر می‌دارد: «هیچ کس نباید در معرض شکنجه یا رفتار تحقیرآمیز و مجازات غیرانسانی و وحشیانه قرار بگیرد ...». طبق ماده ۴ همین سند، حتی در شرایط اضطراری که «یک خطر عمومی استثنایی موجودیت یک ملت را تهدید می‌کند»،

1. common standard of achievement for all peoples and nations

ر. ک: مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸).

هیچ‌گونه انحراف از قاعده منع شکنجه مجاز نیست.^۱ ماده (۲) کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) نیز الزامات مشابهی را در بر دارد.

ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری (رم، ۱۹۹۸) شکنجه را در شمار جنایات علیه بشریت می‌داند. همچنین ارتکاب شکنجه و هر گونه ایراد آسیب شدید به سلامتی افراد در شرایط درگیری مسلحانه، ممکن است نقض فاحش کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (۱۹۴۹) و مشمول وصف جنایات جنگی (ماده ۸ اساسنامه رم) محسوب شود.^۲

دادگاه بین‌المللی رسیدگی به جنایات در یوگسلاوی سابق (ICTY)، جایگاه قواعد معطوف به منع شکنجه را به تفصیل بررسی نموده است. بنا به نظر شعبه رسیدگی بدوی در قضیه فوروندزیا تمامی مقررات عهدنامه‌ای فوق، به سطح قواعد عرفی و الزامات حقوق بین‌الملل عام ارتقاء یافته‌اند (Prosecutor v Furundzija, Paras 138-139).^۳ شعبه بدوی همچنین در تحلیلی جالب توجه، مرتکبین شکنجه را دشمن نوع بشر^۴ معرفی نموده، و جایگاه «ممنوعیت شکنجه» را در سلسله مراتب اصول حقوق بین‌الملل، هم‌تراز با اصول بنیادین از قبیل منع نسل‌کشی، بردگی، جنگ تجاوزکارانه، تصاحب سرزمین با توسل به زور، و محروم نمودن ملت‌ها از حق تعیین سرنوشت دانسته است (Ibid. Para 147)؛ امری که منع شکنجه را در زمره تعهدات عام‌الشمول (Erga Omnes) و قواعد آمره (Jus Cogens) حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد (Ibid. Paras 151-3).

وجود چنین جایگاهی برای قاعده منع شکنجه و ضرورت تحصیل اهداف ملموس در این زمینه، تمهید راهکارهای اجرایی مناسب را توسط دولت‌ها طلب می‌کند. در این چارچوب، ماده

۱. در کنار ممنوعیت شکنجه که حتی در شرایط بحرانی قابل لغو نیست، منع اعدام خودسرانه، منع بردگی، منع حس ناشی از عدم ایفای تعهد قراردادی، قانونمند بودن جرم و مجازات و دادرسی عادلانه، شناسایی شخصیت حقوقی افراد و آزادی اندیشه و مذهب نیز، طبق ماده ۴ میثاق از همین وصف برخوردارند.

۲. بند ۲ (الف) (ii) و ۲ (الف) (iii) از ماده ۸ اساسنامه رم.

۳. به‌رغم ارتباط زیادی که قضیه فوروندزیا با مابقی مباحث مطرح‌شده در این مقاله دارد، باید به این نکته توجه شود که در این قضیه موضوع (مسئولیت کیفری فردی) مورد توجه دادگاه بوده است (همچنین در رأی مجلس اعیان انگلستان در قضیه پینوشه نیز، بحث مصونیت دولت مطرح نبوده است). این دو قضیه در پرونده العدسانی (۲۰۰۱) نیز مورد توجه دادگاه اروپایی حقوق بشر بوده، اما دادگاه با توجه به همین مسئله، رویه ICTY را دارای ارتباط مستقیم با خواسته العدسانی تشخیص نداده است (Al-Adsani v United Kingdom, 61). به نظر ما اگر چه از حیث موضوعی می‌توان تفاوت‌هایی میان پرونده‌های فوروندزیا و العدسانی قائل شد، اما احتجاجات دادگاه یوگسلاوی از حیث طریقت (به ویژه در بحث جایگاه قواعد آمره و اولویت آن‌ها نسبت به قواعد معاهده‌ای و عرفی)، کاملاً به تمامی موضوعات مرتبط هستند.

۲(۱) کنوانسیون ۱۹۸۴ دولت‌های عضو را متعهد نموده که از طریق نهادهای تقنینی، اجرایی و قضایی خود اقدامات مقتضی را جهت حصول اهداف کنوانسیون تضمین کنند.^۱ مطابق ماده ۵ کنوانسیون، دولت‌های عضو متعهد هستند که اقدامات لازم را برای توسعه صلاحیت دادگاه‌های خود جهت تعقیب و مجازات مرتکبین این جنایت اتخاذ کنند. بنا به نظر دیوان بین‌المللی دادگستری کلیه مقررات کنوانسیون ۱۹۸۴ باید در پرتو هدف کلی آن مبنی بر «تحقق مبارزه‌ای قاطع و مؤثر علیه شکنجه» تفسیر شوند (Obligation to Prosecute or Extradite, 2008: Para 74).

چنین جایگاهی برای قاعده منع شکنجه (به عنوان قاعده امره حقوق بین‌الملل عام)، آن را به طور یقین برتر از قاعده مصونیت دولت قرار می‌دهد و در صورت تعارض میان این قواعد، اولویت با قاعده امره است. برخی مدعی هستند که قواعد امره به ماهیت حقوق و تکالیف مرتبط هستند، در حالی که قاعده مصونیت به تشریفات دادرسی مرتبط است و لذا چنان تعارضی را ممتنع می‌دانند؛ امری که به نحوی مورد تأیید دیوان هم بوده است (Jurisdictional Immunities, Para 58). در ادامه نشان خواهیم داد که حق دادخواهی نیز یک حق غیرقابل تعلیق برای افراد انسانی است. صرف نظر از اینکه چه دادگاهی به ادعای خواهان رسیدگی می‌کند، آشکار است که مصونیت خوانده دعوا می‌تواند اجرای این حق را بی‌اثر سازد. لذا باید این دو مفهوم در کنار یکدیگر مورد بررسی قرار گیرند تا در پرتو این تحلیل بتوان جایگاه این قواعد ظاهراً متعارض را مشخص نمود.

۱-۲- حق دادخواهی

طبق ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر «همه در برابر قانون مساوی هستند و حق دارند بی هیچ تبعیضی از حمایت یکسان قانون برخوردار شوند». در ماده ۸ اشاره شده که، «در برابر اعمالی که به حقوق اساسی افراد تجاوز کند، هر فردی حق مراجعه مؤثر به دادگاه‌های ملی صالح را دارد». ماده ۱۰ تأکید می‌کند: «هر شخصی با مساوات کامل حق دارد که دعوایش در دادگاهی مستقل و بی‌طرف به صورت منصفانه و علنی رسیدگی شود؛ و چنین دادگاهی درباره حقوق و تکالیف وی تصمیم بگیرد». مطابق ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی «همه افراد باید در مقابل دادگاه‌ها و محاکم قضایی مساوی باشند. هر فردی برای تعیین مسئولیت کیفری و یا حقوق و تکالیفش در یک اختلاف مدنی، حق دارد

۱. بدون شک قاعده منع شکنجه حائز جایگاه عرفی است و حتی بنا به نظر کمیته منع شکنجه ملل متحد می‌توان آن را جزء قواعد امره (Jus Cogens) حقوق بین‌الملل دانست (نظر تفسیری شماره ۲ (CAT/C/GC/2)، مورخ ۲۴ ژانویه ۲۰۰۸، پاراگراف ۱). در عین حال عرفی بودن قاعده، به معنای الزامی بودن اتخاذ تمامی چارچوب‌های اجرایی مورد نظر کنوانسیون برای دولت‌های غیرعضو نیست. دولت‌های غیرعضو می‌توانند راهکارهای جایگزینی را انتخاب کنند تا به موضوع و غایت تعهدات خود به موجب قواعد عرفی (که منبع الزام آن‌ها در خارج از کنوانسیون می‌باشد) دست یابند.

که به یک رسیدگی منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح، مستقل و بی‌طرف دسترسی داشته باشد». حق دادخواهی مؤثر، یک حق عام ناظر بر سلامت و اعتبار نظام حقوقی است؛ با این وجود این حق در چارچوب‌های خاص هم مورد تأکید قرار گرفته است. ماده ۱۴ کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) دولت‌های عضو را مکلف می‌سازد که در نظام حقوقی خود تمهیداتی لحاظ کنند که قربانیان شکنجه بتوانند از حق دادخواهی و دریافت غرامت کافی برخوردار شده و این حقوق را به نحو مؤثر مطالبه کنند. یکی از فرض‌های محوری این مقاله آن است که حق دادخواهی یک حق اصیل است و اعتبار خود را به طور مستقیم از مقتضیات عقلانی یک نظام حقوقی کسب می‌کند؛ در حالی که قاعده مصونیت اعتباری بوده؛ و صرفاً برای تسهیل در روابط بین‌الدولی جعل شده است.

همان‌گونه که از یافته‌های دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های قضایی دولت بر می‌آید، قاعده مصونیت دولت، فی حد ذاته و در وهله نخست، تزامنی با قواعد ماهوی حقوق بشر ندارد. اما حق دادخواهی و دسترسی به مراجع قضایی صالح، به عنوان یک قاعده ثانویه و یکی از لوازم نظام حقوقی، در پرتو قاعده مصونیت می‌تواند محدود و یا بی‌اثر گردد. شایسته تأمل است که به راحتی می‌توان یک نظام بین‌الدولی تصور کرد که در آن قاعده مصونیت وجود ندارد؛ اما هرگز نمی‌توان یک نظام حقوقی معتبر را تصور کرد که در آن حق دادخواهی برای تابعین وجود نداشته، یا تابعین نزد مقام قضایی از موقعیت برابر برخوردار نباشند. آنچه در بالا گفته شد، ادعایی درباره واقعیت موجود نظام‌های داخلی یا بین‌المللی نیست؛ بلکه این تحلیل صرفاً یک تحلیل عقلانی محض بوده و حاکی از این است که وجود یک نظام بین‌الدولی منهای قاعده مصونیت، عقلاً ممتنع نیست؛ حال آنکه نظام حقوقی بدون حق دادخواهی و برابری طرفین دعوا نزد مرجع قضایی، با امتناع عقلی مواجه است. به بیان دیگر، حق دادخواهی برای یک نظام حقوقی، مفهومی تحلیلی و ذاتی به شمار می‌رود؛ در حالی که مصونیت برای نظام بین‌الدولی یک مفهوم تألیفی و اضافی است.^۱

۱. در یک گزاره تحلیلی، محمول هیچ عنصر جدیدی به موضوع اضافه نمی‌کند و صرفاً بخشی از ماهیت موضوع را بیان می‌کند. لذا پیش از مراجعه به واقعیت خارجی می‌توان صحت و سقم گزاره تحلیلی را عقلاً بررسی نمود. در گزاره ترکیبی، محمول چیزی به موضوع اضافه می‌کند که به ماهیت موضوع مربوط نمی‌شود (می‌توان موضوع را بدون محمول تصور کرد). تصدیق گزاره ترکیبی تنها پس از ارجاع به واقعیت خارجی ممکن است. آنچه به بحث ما مربوط می‌شود این است که رابطه بین مصونیت و نظام بین‌الدولی را از نوع تحلیلی تلقی کنیم، یا از نوع ترکیبی. کسانی که قاعده مصونیت را مقدم بر حق دادخواهی می‌دانند، لابد این قاعده را وصف تحلیلی نظام بین‌الدولی تلقی می‌کنند. به نظر ما این رابطه کاملاً ترکیبی است، و به اعتبار ضرورت‌های مادی در برهه‌های از تاریخ به نظام بین‌الدولی اضافه شده است. در بخش‌های دیگری از همین نوشتار به این تحولات تاریخی اشاره خواهد شد.

حق دادخواهی به عنوان یک قاعده اصیل حقوقی، در قضیه دیالو (گینه علیه کنگو، ۲۰۱۰) در زمینه‌ای خاص (اخراج بیگانگان از سرزمین) مورد توجه دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته است. تفکر سنتی در خصوص اختیار دولت مبنی بر اخراج بیگانگان و کنترل مرزهای سرزمینی هیچ تردیدی ندارد. اما در چارچوب اسناد حقوق بشر الزامات خاصی برای اخراج بیگانگان تعیین شده، الزاماتی شامل تمکین از قوانین و پرهیز از برخورد تبعیض‌آمیز و خودسرانه؛ حق دسترسی به مراجع ذی‌صلاح برای فرد بیگانه؛ و بررسی منصفانه و بی‌طرفانه ادله و مستندات که وی ارائه می‌کند.^۱ دیوان با لحاظ وقایع مرتبط با اخراج دیالو (تبعه گینه) از کنگو، عدم رعایت این الزامات و عدم دسترسی وی به مراجع قانونی را ناقض تعهدات دولت کنگو، و موجد مسئولیت بین‌المللی این دولت دانسته است (A S Diallo, Para 74).

بنابراین با آنکه قاعده مصونیت تعارضی با ارزش‌های بنیادین و حقوق ماهوی فرد انسانی ندارد، اما یک نظام حقوقی معتبر (که اعتبار خود را از تضمین مؤثر ارزش‌های بنیادین اخذ می‌کند)، باید به ابزارهای مؤثر از قبیل حق دادخواهی و برابری طرفین نزد مرجع قضایی مجهز باشد. همین ابزارها هستند که توسط قاعده مصونیت بی‌اثر می‌شوند. در بحث حاضر نیز به نظر می‌رسد که قاعده مصونیت با تعلیق یا توقف اجرای ارزش‌های بنیادین، می‌تواند اعتبار نظام‌های حقوقی را محدود نماید. بنا به نظر کمیته منع شکنجه سازمان ملل متحد، اعطای مصونیت برخلاف مقررات حقوق بین‌الملل به یک دولت یا کارگزاران وی و یا به عاملان غیردولتی برای شکنجه یا اقدامات تحقیرآمیز، در تعارض مستقیم با تعهد دولت‌ها مبنی بر احقاق حقوق قربانیان شکنجه قرار دارد. بی‌کیفیری چه بر مبنای قانون و چه به صورت دوفاکتو، می‌تواند قربانیان را از احقاق حقوقشان محروم نموده، و باعث گردد که ناقضان قواعد حقوق بین‌الملل بدون تحمل مجازات مناسب رها شوند.^۲ بر این اساس حقوق بین‌الملل با این پرسش مواجه گردیده که در تعارض مابین قاعده مصونیت و حق دادخواهی (به ویژه برای قربانیان نقض حقوق بشر)، به کدامیک از این دو باید اولویت دهد. در ادامه سیر تحول قاعده مصونیت را مطالعه نموده و نشان خواهیم داد که قاعده مذکور در سیر زمان و در مواجهه با ضرورت‌های حیات بین‌المللی دچار قیدهایی مختلف گردیده؛ و اتفاقاً این محدودیت‌ها ناشی از عدم توانایی قاعده در تنظیم صحیح رابطه مابین «ارزش» و «واقعیت» بوده است.

۱. ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)؛ بند ۴ ماده ۱۲ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۱).

2. The UN Committee Against Torture, GC No. 3: Implementation of Article 14 by State Parties (CAT/C/GC/3, 13-Dec-2012), Para 42—available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/comments.htm> (visited: March 2013).

۲- قبض و بسط قاعده مصونیت

۲-۱- سیر تاریخی تحول قاعده

غالباً مهم‌ترین مبنای عقلانی قاعده مصونیت را در عبارت معروفی خلاصه می‌کنند، که معنای ساده آن «امتناع اعمال حکومت یک شخص بر همگنان خود» می‌باشد.^۱ چنین برداشتی از آنجا ناشی می‌شود که اعمال حکومت (و اعمال صلاحیت قضایی) از یک رابطه عمودی میان فرمانروا و فرمانبر حکایت می‌کند و اگر دولتی تحت صلاحیت قضایی دولت دیگر قرار گیرد، چنین رابطه‌ای نافی اصل برابری محسوب می‌گردد (عبداللهی و شافع، ۱۳۸۶: ۱۳).^۲

بر این اساس در دوره‌ای طولانی از تاریخ روابط سیاسی، مصونیت دولت یک امر مطلق تلقی می‌شد. مطلق بودن مصونیت را می‌توان یک ویژگی منطقی نظام آنارشیک تصور کرد. در جامعه بین‌الدولی فاقد اقتدار مرکزی، هر دولتی به وجود قدرت‌های رقیب در جوار خود آگاهی می‌یابد و به ناچار تصمیم می‌گیرد برخی اصول همزیستی را در روابط خود با آنان اعمال کند. گزاف است اگر ادعا کنیم دولت‌ها بر اساس مقتضیات عقلانی نظم اجتماعی چنین تصمیمی گرفته‌اند؛ بلکه در بدو امر تنها غایت پذیرش اصول همزیستی برای هر دولت این است که امید دارد تا از رفتار مشابه دیگران برخوردار گردد. به بیان دیگر اصول همزیستی در ابتدا صرفاً با امید رفتار متقابل پذیرفته شده و سپس در طول زمان به سطح قاعده الزام‌آور حقوقی ارتقاء یافته‌اند. بر همین اساس می‌توان مبنای پیدایش قاعده مصونیت را در «ضرورت‌های مادی حیات جمعی دولت‌ها» جستجو کرد.^۳

1. Par in parem non habet imperium

۲. البته مبنای دیگری هم در تاریخ برای اثبات این قاعده مورد استفاده بوده، که امروزه دیگر نمی‌توان آن‌ها را معتبر دانست. به عنوان مثال این اصل که «پادشاه اصولاً اشتباه نمی‌کند»، حکام را چه در داخل و چه خارج مصون از اعمال صلاحیت قضایی قرار می‌داد؛ چرا که آنان به طور کلی بالاتر از قانون تلقی می‌شدند (عبداللهی و شافع، ص ۱۳).

۳. لازم به تأکید است که چنین تحلیلی هرگز توجیهی برای اثبات اعتبار عقلانی قاعده محسوب نمی‌شود. به نظر ما تنها استدلال ظاهراً موجه برای اثبات عقلانی بودن قاعده مصونیت، نکته‌ای است که پیش‌تر در خصوص «منع اعمال حکومت شخص بر همگنان خود» و رابطه آن با اصل برابری دولت‌ها گفته شد.

دیوان عالی ایالات متحده در قضیه (The Schooner Exchange v MacFaddon, 1812) تحلیل مشابهی ارائه کرده است (Brownlie, P 328). اما این نکته جداً مورد تردید است که دولت‌ها بدو قاعده مصونیت را با چنین تحلیل‌هایی ساخته باشند؛ بلکه به نظر ما این قاعده از ضرورت‌های مادی حیات جمعی دولت‌ها در سیر زمان شکل گرفته و چون منفعت دولت‌ها را در یک فضای همزیستی به طور نسبی تأمین کرده، توانسته دوام قابل ملاحظه‌ای بیابد. در ادامه خواهیم دید که اتفاقاً هنگامی که ضرورت‌های حیات بین‌المللی تغییر کرده‌اند، این قاعده نیز دستخوش تحول شده است.

به نظر برانلی «یکی از مزایای ملازم با ورود نمایندگان یا ارگان‌های یک دولت به سرزمین دولت دیگر (بر اساس مجوزی که دولت پذیرنده صادر می‌کند) آن است که این ارگان‌ها و نمایندگان، از اعمال صلاحیت سرزمینی دادگاه‌ها و نیروهای انتظامی دولت پذیرنده معاف گردند. با این حال به عنوان یک اصل کلی باید در نظر داشت که این معافیت‌ها ممکن است در پرتو حق دولت پذیرنده مبنی بر تضمین عدم تخطی ارگان‌های دولت بیگانه از مفاد مجوز ورود، محدود گردد» (Brownlie, 1998: 325).

در این بخش قصد داریم که اولاً، نشان دهیم چنین محدودیتی عملاً اتفاق افتاده، و ثانیاً، در گامی فراتر از نظر برانلی، جهت‌گیری این محدودیت‌ها را نه تنها در تضمین التزام به مجوزهای خاص و نظم عمومی کشور پذیرنده، بلکه همچنین در حفظ نظم و صیانت از ارزش‌های بنیادین در یک جامعه پویای بین‌المللی جستجو کنیم.

مصونیت مطلق دولت‌ها تا قرن نوزدهم به خوبی با واقعیت مادی حیات بین‌المللی همخوانی داشت و قاعده‌ای معتبر تلقی می‌شد. از قرن نوزدهم دولت‌ها در نقش پنگاه‌های بزرگ تجاری ظاهر شده و توانستند در بخش‌هایی از بازار به قدرت‌های انحصاری تبدیل شوند. جنگ جهانی اول حجم این اقدامات را گسترده‌تر نمود. همچنین ظهور دولت‌های سوسیالیستی باعث گردید که تأثیر فعالیت‌های بخش عمومی در اقتصاد بیشتر شود. دولت‌هایی مثل هند در همان اوان قرن بیستم تحقق اهداف توسعه ملی‌شان را منوط به دخالت گسترده دولت در تجارت تشخیص دادند (Brownlie, 1998: 330).

این تحولات تغییری عمده در واقعیت خارجی روابط بین‌الدولی به شمار می‌روند؛ و بدیهی است که قواعد حقوقی نیز باید همسو با این تحولات تکامل می‌یافتند. در این راستا دادگاه‌های ملی ایتالیا و بلژیک مبدع مفهومی بودند که امروزه به نام تئوری «مصونیت محدود»^۱ شناخته می‌شود (عبداللهی و شافع، ۱۳۸۶: ۱۷). بر این اساس اعمال حاکمیتی^۲ از اعمال تصدی‌گری^۳ دولت تفکیک شده و مصونیت صرفاً به دسته نخست تعلق می‌گیرد. این رهیافت در رویه بسیاری از کشورها رسوخ کرده (Brownlie, 1998: P 330-31, fn 16)؛ و به سطح معاهدات بین‌المللی هم ارتقاء یافته است.^۴ اعتبار عرفی این تفکیک مورد تأیید دیوان بین‌المللی دادگستری بوده است (Jurisdictional Immunities, Para 59).

1. Restrictive or Relative Immunity

2. Acta Jure Imperii

3. Acta Jure Gestionis

۴. معاهده اروپایی در خصوص مصونیت دولت (۱۹۷۲) و معاهده سازمان ملل متحد در خصوص مصونیت دولت‌ها و اموال آنان (۲۰۰۴).

پیش از این گفته شد که به نظر برانلی، حتی در تئوری مصونیت مطلق نیز گویی این توافق به صورت ضمنی وجود دارد که مصونیت در قبال نقض مفاد مجوز ورود، قابل استناد نیست.^۱ لغو مصونیت دولت‌ها در اعمال تصدی‌گری، مهم‌ترین ضربه به مصونیت مطلق بوده، که اتفاقاً برخلاف نظر برانلی، ارتباطی به مجوز ورود دولت پذیرنده ندارد؛ بلکه در این زمینه عناصر ارزشی (برابری طرفین یک اختلاف تجاری) اهمیت ملموس‌تری نسبت به اراده حاکمیت‌ها داشته‌اند.

کارکرد اصلی قاعده حقوقی آن است که میان اصول ارزشی و واقعیت حیات اجتماعی توازن ایجاد کند.^۲ فهم بشر از ارزش‌های زندگی اجتماعی همواره در حال رشد است؛ همچنین واقعیت خارجی هم هیچ‌گاه منتظر تحول قاعده حقوقی نمی‌ماند. لذا هر گاه قاعده حقوقی از این تحولات عقب بماند، لاجرم باید متحول گردد تا اعتبار خود را اعاده کند. تحول قاعده مصونیت به سوی تئوری مصونیت محدود، به دلیل تحول در واقعیت حیات اجتماعی (ورود دولت‌ها به عرصه تجارت) گریزناپذیر می‌نمود و در نتیجه این تحول با اقبال گسترده در حقوق بین‌الملل مواجه گردید؛ چرا که در غیر این صورت شرایطی ایجاد می‌شد که در آن «نوعی» عدم توازن تجاری میان یک شخص خصوصی دارای مسئولیت قضایی، با دولتی که در همان عمل تجاری دارای مصونیت بود.^۳ آشکار می‌گشت. روشن است که چنین امری

۱. محدودیت اساسی دیگر، ناظر بر لغو مصونیت دولت خارجی در صورت ارتکاب شبه‌جرم سرزمینی (Territorial Tort) است. این مورد نیز به مفاد مجوزی که دولت پذیرنده برای ارگان‌های دولت بیگانه صادر کرده، ارتباطی ندارد. ممکن است گفته شود عدم استناد به مصونیت در موارد شبه‌جرم سرزمینی، به عنوان یک شرط ضمنی در تمام مجوزهای ورود وجود دارد. اما به این صورت هر تحولی را در حقوق بین‌الملل به جای آنکه با استدلال عقلانی توجیه کنیم، می‌توانیم در قالب یک شرط ضمنی به اراده دولت‌ها نسبت دهیم. به نظر می‌رسد این مورد را با ارجاع به مقتضیات نظم و امنیت عمومی در جامعه تحت امر دولت پذیرنده، که مسئول حمایت از حقوق شهروندان خود به شمار می‌رود، بسیار بهتر می‌توان توجیه نمود.

۲. ر. ک: به نظرات لون فولر و هارت (کلی، ۵۹۷-۶۰۱). لون فولر به پیروی از هارت چندین وصف اساسی برای «عدالت تقنینی» برمی‌شمرد که یکی از آن‌ها سازگاری قواعد با یکدیگر؛ و دیگری آن است که قانون به امری دستور ندهد که فراتر از طاقت مکلفین باشد (یعنی قانون توان تنظیم واقعیت خارجی را داشته باشد). از سوی دیگر قاعده حقوقی باید با این فرض وضع شود که «هر فرد حقی برابر به بزرگ‌ترین مجموعه آزادی‌های اولیه دارد که با مجموعه مشابه آزادی‌های دیگران سازگار است» (آزادی و برابری به عنوان اصول ارزشی؛ عبارت داخل گیومه از جان رالز). بر این مبنا مدعی هستیم کارویژه اصلی قاعده حقوقی ایجاد توازن مابین اصول ارزشی و واقعیت‌های خارجی است.

۳. عبارت داخل گیومه از Mackusick؛ (عبداللهی و میرشافع، ص ۱۸).

برخلاف مقتضای عمل تجاری بوده و از ناتوانی قاعده در نظم بخشیدن به روابط اجتماعی حکایت می‌کند.

اما اگر عدم توازن مابین قاعده و ارزش‌های بنیادین پدیدار گردد، آیا می‌توان ارزش را قربانی جزمیت قاعده حقوقی نمود؟ یا آنکه باید قاعده را به حدی انعطاف‌پذیر دانست که با توسعه ارزش همگام شود؟ به طور مشخص امروزه چنین توسعه و تحولی در ارزش‌های اساسی جامعه بین‌المللی پدیدار گشته و به تأیید مراجع قضایی بین‌المللی نیز رسیده است؛ به نظر شعبه تجدیدنظر ICTY در پرونده تادیچ، «رهیافت حاکمیت‌محور در حقوق بین‌الملل، به تدریج جای خود را به دیدگاهی داده که در آن نوع بشر محوریت دارد. لذا این اصل حقوق روم که به موجب آن تمام قواعد حقوقی برای منفعت ابناء بشر تدوین می‌شوند^۱، در جامعه بین‌المللی اعتبار ویژه‌ای یافته است» (Prosecutor v Tadic, 1995: Para 97). با مفروض داشتن اینکه ارزش‌های اساسی حقوق بین‌الملل در قالب قواعد آمره تعیین می‌یابند، در گفتار بعدی موضوع تعارض قاعده مصونیت را با قواعد آمره حقوق بین‌الملل پی خواهیم گرفت.

۲-۲- تعارض قاعده مصونیت با قواعد آمره حقوق بین‌الملل

مفهوم «قاعده آمره» را می‌توان محصول استعمارستیزی دولت‌های جهان سوم در دهه‌های (۱۹۶۰-۱۹۷۰) دانست که به شکل یک ابتکار بزرگ در قالب کنوانسیون حقوق معاهدات (وین، ۱۹۶۹) متجلی شد.^۲ از نظر دولت‌های در حال توسعه، اعلان قاعده آمره فرصتی استثنایی برای جنگ علیه تمام اقداماتی بود که ناقض برابری همه انسان‌ها و تساوی حاکمیت‌ها به شمار می‌رفت (کاسسه، ۱۳۸۵: ۲۴۵).

تعریف قاعده آمره در کنوانسیون ۱۹۶۹ به نظر بسیاری از حقوقدانان معیوب است؛^۳ و هیچ کمکی به کشف ماهیت آن نمی‌کند (کاسسه، ۱۳۸۵: ۲۵۷). مسئله عمده راجع به قواعد آمره این است که نه تعریف نوعی جامعی برای آن وجود دارد و نه مصادیق آن به دقت تعیین

1. Hominum causa omne jus constitutum est

۲. مواد ۵۳، ۶۴ و ۷۱ کنوانسیون حقوق معاهدات (وین: ۱۹۶۹).

۳. کنوانسیون ۱۹۶۹ قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام را قاعده‌ای می‌داند که در پرتو اجماع کلی جامعه بین‌المللی، به عنوان یک قاعده تخلف‌ناپذیر شناخته شده و تعدیل آن را تنها منوط به شکل‌گیری قاعده‌ای دیگر با همین اوصاف قلمداد می‌کند. هر معاهده‌ای که در زمان تشکیل با یک قاعده آمره در تعارض قرار بگیرد باطل است. همچنین شکل‌گیری قاعده آمره جدید می‌تواند سبب انفساخ معاهدات سابق گردد.

گردیده است.^۱ حتی اگر این مصادیق شناخته شوند، مسئله تعیین آثار حقوقی آنها مطرح می‌گردد؛ مسئله‌ای که برخلاف آنچه در نگاه نخست به نظر می‌رسد، هرگز به طور کامل در قالب کنوانسیون حقوق معاهدات حل نشده است.

این فرض همواره مطرح بوده که قاعده آمره، کمینه‌ای غلبه‌ناپذیر است که روی به جانب جمیع ارزش‌ها و منافع اساسی جامعه بین‌المللی دارد، و به هیچ دلیل نمی‌توان از آن تخطی کرد (فلسفی، ۱۳۹۰: ۵۲۱). لذا می‌توان به سهولت قاعده معاهده‌ای یا عرفی را که صریحاً معارض با قاعده آمره باشد باطل دانست؛^۲ اما اگر چنان تعارض صریحی وجود نداشته باشد، ولی یکی از نتایج فرعی اجرای قاعده (اعم از عرفی یا معاهده‌ای)، منتفی شدن اجرای مقتضیات قاعده آمره باشد، چه حکمی را باید جاری دانست؟

این مسئله دقیقاً در مورد قاعده مصونیت قابل طرح است. به طور مشخص «نظم حقوقی بین‌المللی که مشتمل بر قواعد آمره است ... بنا بر تعریف باید بتواند سیاست‌ها و قواعد غیرآمره را تابع خود کند؛ امری که منوط به تعدیل در مفهوم حاکمیت است» (شریفی طرازکوهی، ۱۳۷۵: ۵۵). بدون تردید قاعده مصونیت (که به یک حق عرفی دولت‌های برخوردار از حاکمیت ارجاع می‌دهد)، از توان مقابله با قاعده منع شکنجه (که یک ارزش‌های اساسی حقوق بین‌الملل عام را بیان می‌کند) برخوردار نیست. اما به نظر دیوان بین‌المللی دادگستری چنین مقابله‌ای اصلاً مطرح نیست؛ بلکه قاعده مصونیت در تعارض با قاعده حق دادخواهی قرار می‌گیرد (Jurisdictional Immunities, Para 58)؛ امری که اظهار نظرهای

۱. در نوشته‌های شماری از حقوقدانان، به نمونه‌هایی از این قواعد که از مفاد اعلامیه‌های دولت‌ها و ارگان‌های سازمان‌های بین‌المللی استخراج گردیده، اشاره شده است. مثل ممنوعیت تجاوز، کشتار جمعی، شکنجه، بردگی، تبعیض یا تفکیک نژادی؛ همچنین لزوم احترام به حق مردم در تعیین سرنوشت و قواعد اساسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه (فلسفی، ۱۳۹۰: ۵۲۰).

۲. کنوانسیون حقوق معاهدات درباره تعارض بین قاعده آمره و قاعده عرفی مقررهای در بر ندارد. اما رویه قضایی بین‌المللی مؤید این است که عرف‌های محلی، عرف‌های خاص و حتی عرف‌های عام بین‌المللی، حائز ارج و منزلت قاعده آمره نیستند و دولت‌ها نمی‌توانند از مجرای توسل به چنین عرف‌هایی قاعده آمره را نقض کنند. شعبه رسیدگی‌کننده به اتهامات فورونزیا در ICTY با ارجاع به سلسله‌مراتب قواعد و اصول هنجاری حقوق بین‌الملل چنین نتیجه‌ای گرفته است. دادگاه همچنین به «اهمیت والای ارزش‌هایی که قاعده منع شکنجه از آنها حمایت می‌کند» اشاره کرده است (Prosecutor v Furunzija, Para 153). همچنین نک فلسفی (۱۳۹۰)، ص ۵۲۵. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه مصونیت‌های قضایی به این نکته تأکید کرده است (Jurisdictional Immunities, Para 92).

مختلفی را در میان موافقان و مخالفان برانگیخته است.^۱

لذا این سؤال مطرح می‌شود که از میان قاعده مصونیت و قاعده ناظر بر حق دادخواهی، کدامیک در سلسله مراتب قواعد حقوق بین‌الملل جایگاه والاتری خواهد داشت. بدون شک نمی‌توان قاعده مصونیت را یک قاعده آمره دانست، این قاعده نه از ارزش‌های بنیادین نظم بین‌المللی دفاع می‌کند (اقتضای مادی قاعده آمره) و نه توافق دولت‌ها برخلاف آن غیرممکن است (اقتضای صوری)؛ اما ممکن است بتوان حق دادخواهی و دسترسی به مراجع صالح قضایی برای احقاق حقوق فردی را حائز چنین اوصافی دانست.^۲

بسیار دشوار می‌توان معاهده معتبری را تصور نمود، که در آن دولت‌ها حق دادخواهی را به طور کلی برای بعضی از افراد منتفی اعلام نموده باشند. اتفاقاً جهت کلی معاهدات و رویه بین‌المللی معطوف به تقویت این حق است.^۳ استدلال دیگر این است که چون حق دادخواهی، به عنوان یک حق ثانویه می‌تواند مقدمه اجرای قاعده آمره باشد (برای شخصی که حقوق اولیه وی نقض شده)، باید حق دادخواهی را در این گونه موارد، «بیان» یا «ظهور»^۴ یک قاعده آمره دانست (Committee Against Torture, 2012). اگر بتوانیم وصف قاعده آمره را برای حق دادخواهی اثبات کنیم، باید اذعان نماییم که قاعده مصونیت تاب تعارض با حق دادخواهی را نخواهد داشت.

۱. برخی از نویسندگان نظر دیوان را از این جهت مورد انتقاد قرار داده‌اند که همواره و لزوماً تفکیک قطعی میان شکل و ماهیت در اجرای یک حق وجود ندارد (Esposito, 2012). موافقان این رویکرد دیوان، تفکیک میان مسائل شکلی و ماهوی را امری مطلوب و ضروری می‌دانند (Talmon, 2012).
۲. با آنکه در درستی این گزاره (عدم تعارض قاعده مصونیت با قواعد آمره) نمی‌توان تردید زیادی روا داشت؛ همان‌گونه که در متن گفته شد، دیوان نیز رأی به عدم تعارض اصولی میان قواعد آمره و قاعده مصونیت داده است. اما به نظر می‌رسد این عدم تعارض اهمیت چندانی ندارد. در برخی از نوشته‌ها این گرایش به چشم می‌خورد که «ادعای تعارض میان قواعد آمره حقوق بشر با قواعد عرفی مصونیت دولت قابل پذیرش نیست» و یا چنین تعارضی «اساساً... قابل تصور نیست» (عبداللهی و خلیف‌رضایی، ۱۳۸۹). با این حال حداقل در دو حالت می‌توان چنین تعارضی را تصور کرد: اگر حق دادخواهی (حق احقاق حق؛ Droit au droit) را یک قاعده آمره بدانیم، هیچ تردیدی در تعارض میان این حق با قاعده مصونیت وجود ندارد، همچنین اگر لوازم اجرای قاعده آمره را نیز جزء قواعد آمره تلقی کنیم، قاعده مصونیت از آنجا که چنین لوازمی را عبث می‌سازد، در تعارض با قاعده آمره قرار خواهد گرفت.
۳. قائل شدن حق دادخواهی و دسترسی به مراجع قضایی بی‌طرف، یکی از معیارهای حداقلی رفتار متمدنانه در برخورد با بیگانگان به شمار می‌رود. معاهدات مختلف به ویژه در حوزه‌های تجارت و سرمایه‌گذاری برون‌مرزی نیز، به انحاء مختلف این حق را مورد تأکید قرار داده‌اند.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های قضایی دولت (آلمان علیه ایتالیا) ضمن پذیرش وصف آمریت برای قواعد ناظر بر حقوق بشردوستانه قابل اعمال در شرایط مخصوصه مسلحانه، هیچ تعارضی میان این قواعد با قاعده مصونیت مشاهده نکرده؛ چرا که قاعده مصونیت یک قاعده شکلی و تشریفاتی بوده و اجرای آن هیچ ارتباطی به جواز یا مشروعیت اعمال فوق نخواهد داشت (Jurisdictional Immunities, Para 93). دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در قضیه العدسانی علیه انگلستان (۲۰۰۱)، هنگامی که با ادعای عدم مصونیت دولت‌ها در موارد نقض جدی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه مواجه شده، این ادعا را مردود اعلام کرده و اشعار داشته که «به‌رغم جایگاه ویژه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل، نمی‌توان در اسناد و رویه قضایی بین‌المللی مبنای مناسبی برای پذیرش این ادعا پیدا کرد که یک دولت در صورت مواجهه با اتهام ارتکاب شکنجه، از مصونیت قضایی نزد دادگاه‌های داخلی دولت‌های دیگر محروم خواهد شد» (Al-Adsani v United Kingdom, 2001: Para 90).

با این حال مراجع قضایی بین‌المللی در این خصوص تا حدودی مردد به نظر می‌رسند. در گفتار بعدی نشان خواهیم داد که حقوق بین‌الملل گویی در مواجهه با یک نقطه عطف قرار گرفته است؛ و رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های دولت (۲۰۱۲) را شاید بتوان پایانی بر یک دوره تاریخی تلقی کرد.

همین تردید در رویه دادگاه‌های ملی هم به چشم می‌خورد؛ دادگاه‌ها معمولاً سعی داشته‌اند که ورودی به این مسئله حساس نداشته باشند. به طور مثال در قضیه بوذری، دادگاه عالی اونتاریو در نهایت به این جمع‌بندی رسیده است که «وظیفه قاضی کانادایی این است که تعهدات بین‌المللی دولت کانادا را شناسایی و قوانین داخلی را در پرتو تعهدات بین‌المللی مذکور تفسیر کند و

۱. العدسانی فردی با تابعیت مضاعف انگلیسی و کویتی بود که در کویت تحت شکنجه قرار گرفت، و در دهه ۱۹۹۰ در انگلستان علیه دولت کویت دعوایی را طرح نمود. مراجع قضایی انگلستان بر اساس قوانین مصونیت آن کشور (مصوب ۱۹۷۸) با استناد به مصونیت قضایی دولت کویت دعوا را رد کردند. العدسانی موضوع را نزد دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح، و در میان ادعاهای دیگر، به موضوع نقض قاعده آمره و ارتباط آن با مصونیت دولت اشاره نمود. دادگاه استراسبورگ این مبانی را در نهایت کافی ندانست و همچون دیوان بین‌المللی دادگستری، با توسل به تشریفاتی (procedural) بودن قاعده مصونیت، اشاره نمود که تعارضی میان این قاعده و قواعد آمره (که نوعاً به ماهیت حقوق و تکالیف توجه دارند) مشاهده نمی‌شود.

Al-Adsani v United Kingdom, Paras 35-41 and Para 48; see also: "Towards an effective and enforceable civil remedy for reparation of torture in the United Kingdom" – Report of the House of Lords Meeting, London (2002). Available at http://www.redress.org/downloads/publications/al_adsani_v_uk.pdf, visited: March 2013.

مآلاً در خصوص وجود استثنای جدید بر قاعده مصونیت و اجرای آن در کانادا تصمیم بگیرند؛ نه اینکه در حقوق بین‌الملل تحولی به سمت ارزش‌های اخلاقی ایجاد نمایند». به این ترتیب دادگاه به این مقدار بسنده نموده که «در ارتباط با تضمین حق دادخواهی برای قربانیان شکنجه در خصوص حوادثی که در خارج از قلمرو کانادا اتفاق افتاده، به موجب کنوانسیون ۱۹۸۴ الزامی متوجه دولت کانادا نیست» (Bouzari v Iran, Paras 54-55). همچنین در بررسی جایگاه قاعده منع شکنجه به عنوان یک قاعده امره حقوق بین‌الملل، و این ادعا که چنین قاعده‌ای برتر از تعهدات عرفی (از قبیل قاعده مصونیت) قرار می‌گیرد، دادگاه اونتاریو با استدلالی مشابه نظر دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه استراسبورگ، چنین ادعایی را مردود دانسته است (Ibid. Paras 70-73).

با این حال تمام آنچه گفته شد، تنها یک روی سکه است. شواهدی وجود دارد که می‌توان از آن‌ها چنین استنباط نمود که حقوق بین‌الملل در این زمینه در یک نقطه عطف قرار گرفته است.

۳- تحول حقوق بین‌الملل و امکان محدودیت بیشتر قاعده مصونیت

رای دادگاه اونتاریو در قضیه بوذری بحث‌های بسیاری را در جامعه مدنی کانادا و علمای حقوق برانگیخت. حتی کمیته منع شکنجه ملل متحد نیز در بررسی گزارش دوره‌ای کانادا در سال ۲۰۰۵، از اینکه کانادا نتوانسته در نظام قضایی خود راه‌حل مناسبی برای دسترسی قربانیان شکنجه به عدالت تضمین کند ابراز نگرانی کرده، و توصیه نموده که کانادا به عنوان یکی از دولت‌های عضو کنوانسیون، در موضع خود راجع به الزامات ماده ۱۴ کنوانسیون تجدید نظر کند^۱ (Novogrodsky, 2007: fn 16).

برخی از گروه‌ها در مخالفت با این ایده، به عواقب عملی این تصمیم برای حکومت کانادا اشاره کرده‌اند. ایجاد چنین سابقه‌ای در یک کشور می‌تواند موج انبوهی از پناهجویان و مهاجران را با امید دادخواهی و احقاق حقوقشان به سوی دستگاه قضایی آن کشور گسیل دارد؛ حقوقی که نقض آن‌ها کوچک‌ترین ارتباطی به حوزه قضایی محل دادگاه ندارد (Forum Non Conveniens); (Novogrodsky, P 942). رسیدگی به این پرونده‌ها که مستلزم نقض مصونیت دولت‌های خارجی است، می‌تواند دولت‌ها را در تقابلی پیچیده با یکدیگر قرار دهد و روابط سیاسی آن‌ها را متزلزل کند. لذا با آنکه لغو مصونیت در موارد ارتکاب شکنجه از پشتوانه‌های نظری و اخلاقی محکمی برخوردار است، هنوز هم نمی‌توان با قاطعیت گفت که

1. UN Committee Against Torture, 'Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: Canada', 7 July 2005, CAT/C/CR34/CAN

این راهکار در عمل بهترین راه تضمین قواعد آمره است. بعضی از نویسندگان نیز بر این باور بوده‌اند که سازوکارهای سنتی حقوق بین‌الملل، یعنی «اقدامات متقابل» می‌تواند مصونیت دولت‌ها را در مقام نقض شدید حقوق بشر محدود نماید (امینی، ۱۳۸۹). به نظر می‌رسد که در چنین حالتی اولاً، تقابل دولت‌ها تشدید شده؛ و ثانیاً، چنین عملی (لغو مصونیت) به طور ضمنی یک عمل خلاف حقوق بین‌الملل تلقی شده است.^۱

همین تردیدها در رویه قضایی بین‌المللی و نظرات مستقل قضات دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به چشم می‌خورد. رأی دادگاه استراسبورگ (در ارتباط با عدم تعارض میان قاعده شکلی مصونیت با حقوق ماهوی)، با اکثریتی بسیار شکننده به تأیید هیأت عمومی رسیده است (اکثریت نه به هشت)^۲. در مورد دیوان بین‌المللی دادگستری وضع کمی متفاوت بوده و اکثریت قضات با نتایج رأی دیوان موافق بوده‌اند. اما در عین حال قضات تردیدهای بسیار جدی نسبت به این رویکرد و استدلال‌های مرتبط مطرح کرده‌اند.

قاضی کوروما در نظر مستقل خود تأکید می‌کنند که این رأی نباید مجوزی برای ارتکاب شکنجه، جنایات علیه بشریت و یا نقض قواعد بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه تلقی شود (Sep Op J Koroma, Para 1-2). به نظر ایشان نتایج رأی دیوان به هیچ‌وجه بیانگر وضعیت مطلوب حقوق بین‌الملل نیست؛ و رأی دیوان صرفاً بیانی از حقوق بین‌الملل موجود بوده و به هیچ‌وجه مانعی برای تکامل بیشتر قاعده مصونیت به شمار نمی‌رود (Ibid. Para 7).

قاضی بنونا ضمن موافقت با نتایج رأی اشاره کرده‌اند که اشکالاتی را به استدلال‌های دیوان وارد می‌دانند. از نظر ایشان در مواجهه بین مصونیت قضایی و جنایات بین‌المللی، مسائل اخلاقی عمیقی مطرح می‌شود که نمی‌توان صرفاً با بیان اینکه مصونیت یک قاعده تشریفاتی است، از آن‌ها غافل شد (Sep Op J Bennouna, Para 9). به نظر ایشان هر دولتی علاوه بر مسئولیتی که نسبت به حقوق بنیادین اتباع خود به عهده دارد، در قبال اقداماتی هم که نسبت به

۱. یادآوری می‌شود که اقدام متقابل عملی است که فی‌نفسه می‌تواند عمل خلاف حقوق بین‌الملل تلقی شود؛ اما اجرای آن در مقام مقابله با عمل خلاف اولیه دولت دیگر، مجاز تلقی می‌شود. ادعای ما این است که لغو مصونیت دولت در صورت نقض قواعد آمره را اصولاً نمی‌توان عمل خلاف حقوق بین‌الملل محسوب کرد.

۲. دیدگاه‌های مخالف هشت نفر از قضات دادگاه استراسبورگ را می‌توان به طور کلی معطوف به نظریه‌ای دانست که امروزه از آن به عنوان «سلسله مراتب هنجاری» (Normative Hierarchy) یاد می‌شود. مطابق این نظریه، هنگامی که یک دولت با اتهام نقض‌های فاحش حقوق بشر مواجه باشد و از ایفای مسئولیت‌های خود مبنی بر حمایت از حقوق بنیادین افراد استنکاف کند، مصونیت‌های قضایی این دولت نقض می‌گردد (Caplan, 2007).

اتباع سایر دولت‌ها در هر نقطه‌ای از جهان مرتکب می‌شود، مسئول است (Ibid. Para 7). قاضی بنونا به رویه سابق دیوان در اختلاف جیبوتی و فرانسه (۲۰۰۸) اشاره نموده و ضمن پذیرش مصونیت به عنوان یک فرض اولیه در روابط دولت‌ها، معتقد هستند که ارزش‌های اساس و اصول عدالت نباید قربانی این گونه فرض‌ها گردد (Ibid. Paras 11, 15, 17).

اما جامع‌ترین استدلال‌ها علیه نتایج رأی دیوان را می‌توان در نظر مخالف قاضی ترینداده مشاهده کرد. به نظر ایشان کاملاً واضح است که «مصونیت قضایی دولت در قبال جرائم بین‌المللی قابل استناد نیست». قاضی ترینداده، ضمن یادآوری تفکیک میان اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی‌گری دولت، اشاره می‌کند که نقض قواعد امره حقوق بین‌الملل نه یک عمل حاکمیتی به شمار می‌رود و نه یک عمل تصدی‌گری؛ بلکه یک تخلف حاکمیتی (Delicta Imperii) تلقی می‌شود (Dis Op J Cancado Trindade, Para 193). به بیان دیگر تنها آن دسته از اعمال حاکمیتی دولت‌ها در شمول قاعده مصونیت قرار دارد که در تعارض اصولی با ارزش‌های بنیادین حیات مشترک بین‌المللی واقع نگردد.

اعتبار یک سیستم حقوقی منوط به آن است که بتواند از ارزش‌های بنیادین خود به طور مؤثر دفاع کند. به نظر قاضی ترینداده در مواردی که موضوع جنایات بین‌المللی مطرح است، نمی‌توان قاعده مصونیت را یک قاعده غیرمنعطف دانست؛ بلکه اتفاقاً آنچه در این موارد باید غیرقابل تعرض تلقی شود، حق دادخواهی قربانیانی است که طبیعی‌ترین حقوق انسانیشان نقض شده است. در غیر این صورت دولت‌ها می‌توانند مرتکب شدیدترین اعمال ناقض حقوق بشر شده و با تکیه بر مصونیت قضایی از پذیرش مسئولیت شانه خالی کنند (Ibid. Para 199 & 219). در این صورت گویی مصونیت مترادف با بی‌کیفری^۱ و یا مبنایی برای رفتار غیرمسئولانه^۲ تلقی شده است.

به نظر قاضی ترینداده، در این گونه موارد به جای تمرکز بر «محدودیت‌های مجاز حق دادخواهی»، باید به «ماهیت حق دادخواهی» توجه کرد؛ امری که اگر چه مورد غفلت دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه استراسبورگ واقع شده، اما در رویه دادگاه حقوق بشر قاره آمریکا^۳ به خوبی مورد توجه قرار گرفته است. رویه دادگاه مذکور حاکی از شکل‌گیری اوصاف قاعده امره پیرامون حق دادخواهی برای قربانیان جنایات بین‌المللی است، به گونه‌ای که دولت‌های آمریکای جنوبی امروزه جرأت نمی‌کنند که در این گونه دعاوی به مصونیت قضایی استناد کنند (Ibid. Para 211).

1. Impunity
2. Irresponsible Behavior
3. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)

توجه به «ماهیت» حق دادخواهی (به جای تمرکز بر محدودیت‌های مجاز آن، به شکلی که در استراسبورگ مورد توجه قرار گرفته) نشان می‌دهد که این حق را باید یک حق بنیادین بشر دانست؛^۱ حقی که اجرای آن یک امر اصیل تلقی شده و با قواعد اعتباری از قبیل مصونیت دولت محدود نمی‌گردد. اگر جامعه‌ای نتواند این حق را به طور صحیح اجرا کند، گویی آن جامعه فاقد نظام حقوقی است؛ به این صورت می‌توان حق دادخواهی را یک قاعده آمره تلقی کرد، که قواعد عادی تاب تعارض با آن را نخواهند داشت. در واقع در راستای آنچه تاکنون بررسی گردیده، در تلاش برای اثبات آن هستیم که حق دادخواهی از چنان اهمیتی برای حفظ اعتبار نظام‌های حقوقی برخوردار است که می‌بایست آن را جزء قواعد آمره نظام حقوقی تلقی کرد. از سوی دیگر تفکیک قاطعی میان حوزه‌های قواعد تشریفاتی و قواعد ماهوی وجود ندارد. به لحاظ منطقی می‌توان ادعا نمود که امری بودن احقاق حقوق ناشی از قاعده آمره، عَرَض لازم^۲ قاعده آمره است. یعنی هر وصفی که یک قاعده حقوقی ماهوی (به لحاظ امری یا تکمیلی بودن) داشته باشد، همان وصف به قاعده شکلی متناظر با آن نیز سرایت می‌کند. در این زمینه قیاس با حقوق داخلی نیز مفید است. در حقوق بین‌الملل خصوصی و روش‌های حل تعارض قوانین، هر گاه اختلاف در امری یا تکمیلی بودن قاعده شکلی حل تعارض وجود داشته باشد، قاعده شکلی حل تعارضی که برای هر یک از دسته‌های روابط حقوقی وضع شده است از حیث امری یا تکمیلی بودن باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید (الماسی، ۱۳۸۵: ۳۴۴).

بعضی از صاحب‌نظران برای پر کردن خلاء موجود^۳، این راه‌حل را پیشنهاد کرده‌اند که دولت در صورت ارتکاب چنین اعمالی، به طور ضمنی از مصونیت خود اعراض نموده است (Implied Waiver); (MJIL Editorial, 2003). راه‌حل دیگر آن است که فرض کنیم دولت

۱. دادگاه‌های ایتالیا نیز (از جمله در قضیه معروف Ferrini) استدلال مشابهی را مطرح کرده بودند (Sciso, 2001: 1214-15).

2. inseparable accident

۳. قاضی ترینداده نتایجی از این دست را یک (Judicial Absurdity) توصیف کرده‌اند. به نظر ایشان بسیار مضحک است اگر بگوییم دولت‌ها برای مواردی همچون یک دعوی مطالبه وجه چند صد هزار دلاری که از عمل تجاری آن‌ها ناشی شده (عمل تصدی‌گرانه)، و یا برای یک تصادف رانندگی که در سرزمین دولت دیگر واقع شده (شبه‌جرم سرزمینی) فاقد مصونیت هستند؛ اما ارتکاب فجیع‌ترین جنایات علیه بشریت یا جنایات جنگی را عمل حاکمیتی (Acta Jure Imperii) تلقی کنیم و باور داشته باشیم که حقوق بین‌الملل از طریق قاعده مصونیت، امکان دادخواهی در این موارد را از قربانیان سلب نموده است. ر. ک: نظر مخالف ایشان در قضیه آلمان علیه ایتالیا، پاراگراف ۲۳۹.

با ارتکاب نقض حقوق بنیادین یا قواعد آمره، حقوق حاکمیتی خود (از جمله حق تمتع از مصونیت نزد دادگاه‌های خارجی) را در معرض توقیف یا تعلیق قرار داده است (Ibid). البته می‌توان چنین فرض‌هایی را به جهت همسو بودن با تئوری‌های غالب، به ویژه دکترین «مسئولیت حمایت»، که حاکمیت را اساساً مجموعه‌ای از مسئولیت‌ها - نه مجموعه‌ای از حقوق - تلقی می‌کند، معتبر دانست. اما اجرای آن‌ها در عمل با مشکلاتی مواجه است: از جمله آنکه محروم کردن شخص از حقوقی که تمامت وی را تشکیل می‌دهد، در هر صورت نوعی مجازات محسوب می‌شود؛ و در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل همچنان رژیم جامعی برای مسئولیت کیفری دولت‌ها وجود ندارد.

اما به هر حال دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های قضایی دولت به نتایج متفاوتی رسیده است. مهم‌ترین مانعی که در این قضیه در مقابل دیوان وجود داشت، این بود که نقض قواعد آمره توسط نیروهای نظامی آلمان نازی و در جریان مخاصمه مسلحانه (جنگ جهانی دوم) انجام شده بود. بخش مفصلی از استدلال‌های دیوان به این موضوع اختصاص یافته که اعمال نیروهای نظامی در جریان مخاصمه، در هر صورت خارج از دایره استثنای قاعده مصونیت قرار می‌گیرد (Jurisdictional Immunities, Para 67-79).

به نظر می‌رسد که این نکته در مطالعه رأی دیوان بسیار حائز اهمیت است. آنچه در این قضیه نزد دیوان مطرح بوده، به اقدامات نظامیان در صحنه مخاصمه مرتبط بوده است. در کنوانسیون مصونیت میان دول اروپایی (۱۹۷۲) این صراحت وجود دارد که استثنای قاعده مصونیت به اقدامات نظامیان در زمان جنگ سرایت نمی‌کند. در کنوانسیون مصونیت دولت (سازمان ملل متحد، ۲۰۰۴) چنین تصریحی وجود ندارد؛ اما توافقی ضمنی در این خصوص، در کارهای مقدماتی این سند به چشم می‌خورد (ILCYB 1991, II(2): 45).

بر این اساس به گمان ما باید نظر دیوان را در این خصوص به صورت مضیق تفسیر نمود - به این معنی که نقض قاعده آمره توسط نظامیان در صحنه جنگ مبنایی برای لغو مصونیت دولت نیست؛ حداقل از این جهت که رفتار نظامیان تابع نظام‌ها و قواعد خاص زمان جنگ است (Lex Specialis). اما تعمیم این نتیجه به غیر شرایط مخاصمه، منجر به این می‌شود که دادخواهی از موارد نقض حقوق بنیادین به عنوان یک قاعده آمره، در عمل و در اجرا جایگاهی مادون قاعده مصونیت بیابد. این برداشت حاکی از توجه به واقعیت بدون توجه به تحول ارزش است و به نفی اساس حقوق بین‌الملل منتهی می‌گردد.

نتیجه‌گیری

رشد حقوق بین‌الملل اساساً محصول تقابل میان واقعیت‌های عینی و ارزش‌های اخلاقی است؛ تکیه بر واقعیت به مثابه تنها منبع حقوق، نتیجه‌ای جز سلطه قوی بر ضعیف نخواهد داشت. رویکرد ارزشی نیز اگر چه بر امر متعالی و حکم عقل تکیه می‌کند، اما اگر واقعیت را نادیده بگیرد، باعث گسست جامعه بین‌المللی خواهد شد و حقوق را به یک نظام آرمان‌شهری فرو خواهد کاست.

یک نمونه مهم از این تعارض بین واقعیت و ارزش، تعارض میان قاعده مصونیت دولت با حق دادخواهی افراد انسانی است. مسئله شکنجه در این میان توجه ویژه‌ای را به خود جلب می‌کند؛ چرا که شخص شکنجه‌گر «دشمن تمام بشریت» شناخته می‌شود. به نظر می‌رسد قاعده مصونیت نباید باعث شود که چنین شخصی (اعم از فرد یا دولت) تحت حمایت حقوق بین‌الملل قرار بگیرد. اما اگر دست دولت‌ها باز باشد تا هر گاه صلاح دانستند، مصونیت قضایی یکدیگر را با استناد به نقض قاعده آمره منتفی بدانند، با تنش‌های پیچیده در روابط بین‌الدولی خواهیم بود؛ لذا در حل این مسئله نباید شتاب‌زده عمل کرد.

مطالعه رویه قضایی نیز حاکی از آن است که قاعده مصونیت تنها بیان یک قاعده فنی حقوقی نیست؛ بلکه از ملاحظات گسترده در خصوص ضرورت‌های همزیستی میان دولت‌ها سرچشمه می‌گیرد. دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی اخیر خود در دعوی آلمان علیه ایتالیا، به این جمع‌بندی رسیده که در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل نمی‌توان گفت که نقض قاعده آمره، فی‌نفسه باعث لغو مصونیت دولت در دادگاه‌های دول دیگر می‌گردد.

بنابراین مناسب‌تر آن است که چنین مسئله‌ای به تقابل دولت‌ها واگذار نگردد؛ بلکه سازوکارهایی بین‌المللی برای این منظور در نظر گرفته شود. می‌توان برای جبران خسارات قربانیان شکنجه سازوکارهایی از قبیل داوری پیش‌بینی شود که دولت‌ها به اختیار خود به صلاحیت این گونه مراجع تن دهند. مزیت داوری آن است که رسیدگی و صدور رأی به صورت محرمانه انجام می‌شود و جنجال رسانه‌ای پیرامون این سازوکار، باعث تشدید تقابل‌های سیاسی میان دولت‌ها نخواهد شد. همچنین قربانیان نیز به حق دادخواهی و جبران خسارات خود نائل می‌گردند.

به این ترتیب تعارض میان قاعده مصونیت و قواعد آمره، باعث خلق سنتزی خواهد شد که در آن اصل بر تقویت سازوکارهای بین‌المللی است. چنین سنتزی از یک سو حافظ نظم روابط

بین‌الدولی است، و از سوی دیگر باعث می‌گردد که بنیادی‌ترین ارزش‌های اخلاقی در پرتو الزامات همزیستی، توسط دولت‌ها به سخره گرفته نشود؛ مصونیت به «بی‌کیفری» تبدیل نگردد و قواعد حقوق بین‌الملل راهی برای توجیه رفتارهای غیرمسئولانه نگشایند.

منابع

الف - فارسی

۱. الماسی، نجادعلی؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*؛ تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
۲. امینی، اعظم؛ «مفهوم مصونیت قضایی دولت‌ها و استثناء نقض حقوق بشر»، قم، دانشگاه مفید، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۸۹، شماره ۷۹.
۳. شریفی طرازکوهی، حسین؛ *قواعد آمره و نظم حقوقی بین‌المللی*، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۵.
۴. عبداللهی، محسن؛ میرشافع، شهبیز؛ *مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل*، تهران، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح مقررات، چاپ ۲دوم، ۱۳۸۶.
۵. عبداللهی، محسن؛ خلیف‌رضایی، حسین؛ «مسئله تعارض اصل مصونیت دولت با قواعد آمره حقوق بشر»، قم، دانشگاه مفید، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۸۹، شماره ۷۹.
۶. فلسفی، هدایت‌الله؛ *صلاح جاویدان و حکومت قانون*، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.
۷. کاسسه، آنتونیو؛ *حقوق بین‌الملل*، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۸. کلی، جان؛ *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.

ب - لاتین

9. Brownlie, I; 1998, *Principles of Public International Law*, (5th Ed.), Oxford: Clarendon Press.
10. Caplan, L M; 2003, "State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", American Journal of International Law, Vol. 97.
11. Esposito, C; 2012, "Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist", (July 1, 2012), Italian Yearbook of International Law, Vol. 21. Available at SSRN – <http://ssrn.com/abstract=2103482>
12. Hall, C. K; 2007, "The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad", in European Journal of International Law, No. 18.

13. Editorial, MJIL; 2003, "**Case Note: Al-Adsani v United Kingdom – State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights**", in Melbourne Journal of International Law, 2003 (4). Online version available at:
www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download5f8e1.pdf
14. Novogrodsky, N. B; 2007, "**Immunity for Torture: Lessons from Bouzari v. Iran**", in European Journal of International Law, No. 18.
15. Orakeshvili, A; 2007, "**State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong?**" in European Journal of International Law, Vol. 18, No. 5.
16. Sciso, E; 2001, "**Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity**" in Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44.
17. Talmon, S; 2012, "**Jus Cogens after Germany v Italy: Substantive and Procedural Ruls Distinguished**", June 16, Leiden Journal of International Law, Vol 25. Available at SSRN – <http://ssrn.com/abstract=2085271>
18. Zagor, M; 2012, "**Elementary Considerations of Humanity**" in The ICJ and Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case (Bannelier et al. (eds.), Routledge, Taylor and Francis Group. available at Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=2089115>

مطالعه سرقت هویت در حقوق فدرال آمریکا با نگاهی اجمالی به حقوق ایران

ابوالفتح خالقی^۱

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۲۴

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

تاریخ تأیید: ۹۳/۰۶/۰۴

زهرا صالح آبادی^۲

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی

چکیده

سرقت هویت از جمله خطرناک‌ترین جرائم است که تعریف مشترک مورد قبولی از آن تاکنون ارائه نشده است. مطالعه و بررسی مصادیق و ارکان واقعی این پدیده مجرمانه مستلزم تبیین مفهوم آن است. در این مقاله، تلاش می‌شود تا علاوه بر ارائه تعریفی از سرقت هویت، عناوین مشابه نظیر جعل و کلاهبرداری هویت نیز تعریف شوند. تا روشن شود آنچه که معمولاً سرقت هویت (تصاحب هویت دیگری بدون رضایت فرد) نامیده می‌شود بخشی از مجموعه بزرگ‌تر کلاهبرداری هویت است و این نیز به نوبه خود بخشی از مجموعه بزرگ‌تر جرائم مرتبط با هویت است. مفهوم عامی که به عنوان تمامی پدیده‌های مجرمانه مرتبط با هویت به شمار می‌رود که هویت در آن‌ها یک آماج یا ابزار اصلی ارتکاب جرم به حساب می‌آید.

یکی از مقرراتی که این پدیده را جرم‌انگاری کرده است؛ قانون سرقت هویت فدرال ایالات متحده آمریکا است. از این رو ارکان تشکیل‌دهنده این جرم، مکانیزم دستیابی به اطلاعات بررسی و به مطالعه تطبیقی آن با عناوین مشابه در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: سرقت هویت، کلاهبرداری هویت، جعل هویت

مقدمه

گسترش استفاده از فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات تأثیر عمیقی بر ماهیت و شکل جرائم داشته و مکانیزم ارتکاب جرائم را تغییر داده است. این فن‌آوری دسترسی به اطلاعات شخصی و محرمانه‌ای را که این روزها به شیوه‌ای جدید و در قالب مجموعه‌ای از کدهای دیجیتالی صفر و یک ذخیره و نگهداری می‌کنیم را تسهیل می‌کنند. اگر چه پیش از این می‌توانستیم با قرار دادن اسناد و مدارک شخصی و محرمانه در مکانی امن و مطمئن امنیت شخصی را در حریم

1. Email: ab-khaleghi@gom.ac.ir

2. Email: salehabadi.zahra@gmail.com

«نویسنده مسئول»

اختصاصی خود تضمین کنیم؛ اما فن‌آوری‌های دیجیتال که به یکی از نیازهای ضروری زندگی ما مبدل شده‌اند، علاوه بر پاسخگویی به نیازهای روزافزون بشر، برخی بزهکاران با سوءاستفاده از آن در امنیت و آسایش انسان خلل وارد کرده‌اند. سرقت هویت از جمله جرائمی است که فن‌آوری اطلاعات انجام آن را تسهیل نموده است. سرقت هویت زمانی واقع می‌شود که فردی از اطلاعات شخصی دیگری مانند نام، نام خانوادگی، شماره امنیت اجتماعی و ... به منظور کلاهبرداری یا سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده می‌کند. این رفتارها اشکال و درجات متفاوتی دارد نظیر سوءاستفاده از کارت‌های اعتباری، تصاحب کامل هویت شخص.

پنهان‌سازی یا جعل هویت یکی از اموری است که به سختی در دنیای واقعی امکان‌پذیر است؛ اما در فضای سایبر تقریباً به آسانی رخ می‌دهد. هر کس می‌تواند با یک هویت مجعول و ناشناخته امور نامطلوب را انجام دهد. سرعت و سهولت جمع‌آوری اطلاعات شخصی، استفاده از این اطلاعات در فعالیت‌های مجرمانه، افزایش نقض حریم خصوصی در فضای مجازی نگرانی‌های زیادی را برای کاربران به وجود آورده است که نیازمند اتخاذ تدابیر لازم برای محافظت از اطلاعات و حریم شخصی افراد می‌باشد. آشنایی با این جرائم مطمئناً در اتخاذ تدابیر و اقدامات مناسب و مؤثر در جهت پیشگیری و مبارزه با آن کمک بسیاری می‌کند.

۱- مفهوم سرقت هویت و عناوین مشابه

تاکنون تعریف جامع و مشترکی که مورد قبول غالب حقوقدانان باشد از سرقت هویت ارائه نشده است. از این رو برای مطالعه و بررسی این پدیده، وجود تعریف مشترک گام نخست خواهد بود. پیشینه سرقت هویت به سال ۱۹۶۴ باز می‌گردد، هر چند اصطلاح با مسما و واژه چندان جالبی نیست. زیرا هویت چیزی نیست که به طور خاص دزدیده شود. ویژگی اساسی سرقت آن است که مالک تا مدت‌ها از تصاحب چیزی که به سرقت رفته محروم باشد. اما در سرقت هویت، قربانی سرقت هویت هنوز هویتش را حفظ می‌کند. در واقع مجرمین هویت را به سرقت نمی‌برند بلکه از هویت به عنوان ابزاری جهت انجام سایر فعالیت‌های غیرقانونی استفاده می‌کند.

سرقت هویت زمانی اتفاق می‌افتد که فردی از اطلاعات شناسایی شخصی دیگری از قبیل: نام، نام خانوادگی، شماره امنیت اجتماعی، شماره شناسنامه و ... به منظور جعل هویت دیگری، انجام خریدهای غیرقانونی، برداشت از حساب بانکی، افتتاح یک کارت اعتباری جدید با استفاده از اطلاعات دزدیده شده یا انجام سایر فعالیت‌های غیرقانونی، استفاده و بهره‌برداری می‌کند (Sanchez, University, 2012: 85).

سرقت اطلاعات هویتی تقریباً با جعل هویت^۱ در یک معنا به کار می‌روند.^۲ از آنجایی که در تعریف سرقت هویت از تصاحب نام یا استفاده از اطلاعات هویتی دیگری برای کلاهبرداری یا سایر فعالیت‌های غیرقانونی یاد می‌شود، غالباً این دو واژه به جای یکدیگر استعمال می‌شوند ولی به نظر می‌رسد جعل هویت نتیجه سرقت هویت است. فرد می‌تواند اطلاعات هویتی فرد دیگر را بدزدد یا بردارد بدون اینکه مرتکب جعل هویت شود (شکرخواه، ۱۳۹۰: ۶۱ به نقل از پور قهرمانی، ۱۳۹۰: ۳).

در رابطه با این مسئله که چه فعالیت‌هایی به عنوان سرقت هویت یا جعل هویت در نظر گرفته شود بهتر است به گونه‌شناسی از جرائم مرتبط با هویت اشاره شود. اقدامات گوناگونی می‌تواند نسبت به هویت صورت پذیرد نه تنها می‌توان از هویت فرد واقعی یا هویت فردی که وجود خارجی ندارد استفاده کرد؛ بلکه می‌توان هویت‌ها را عوض یا نابود کرد. روست، میتس و هنسن^۳، اقدامات سوئی که نسبت به هویت انجام می‌شوند را ارائه می‌دهند. جرائم مرتبط با هویت، شامل تمام فعالیت‌های قابل مجازاتی است که هویت به عنوان هدف یا به عنوان ابزار اصلی جهت انجام جرم مد نظر است. (ابزار در مفهوم کلی به عنوان وسیله‌ای که جهت دستیابی به نتیجه استفاده می‌شود). روست و میتس و هنسن چهار قسم تا حدی مشابه از جرائم مرتبط با هویت را ارائه می‌دهند:

- ۱- برخورد یا تصادم هویت: هنگامی که دو فرد نام مشابه دارند یا هنگامی که یک آدرس ایمیل به اشتباه استفاده می‌شود و این امر معمولاً به صورت غیر عمدی واقع می‌شود؛
- ۲- تغییر هویت: هنگامی که فردی هویت متعلق به دیگری را اتخاذ می‌کند و این عمل معمولاً عامدانه است؛
- ۳- حذف هویت: مانند انتشار مرگ فردی در یک روزنامه؛
- ۴- تجدید و بازگرداندن هویت: بازگرداندن ارتباط بین شناسایی‌کننده و فرد؛ به عنوان مثال اعلام دروغ بودن گزارش مرگ فردی که خبر مرگ وی در روزنامه منتشر شده بود (Bert, leenes, 2006: 554).

اما آنچه که اهمیت دارد این است که چه زمانی این اعمال جرم هستند. تصادم و برخورد هویت معمولاً به طور اتفاقی روی می‌دهد و زمانی که با قصد و نیت انجام شود، احتمالاً در

1. Masquearing, impersonation

۲. لازم به ذکر است که عده‌ای جعل هویت را معادل واژه identity fraud در نظر گرفته‌اند ولی به نظر می‌رسد identity fraud کلاهبرداری هویت می‌باشد.

3. Rost, Meints, Hansen