




## Confrontation of Immunity and Responsibility Arising from Violation of Jus Cogens Norms in the ICJ Jurisprudence

- Mahshid Ajeli Lahiji** \*  Ph.D, International Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
- Seyed Ali Hoseini Azad**  Ph.D, International Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
- Majid Zahmatkesh**  Ph.D, International Law, Islamic Azad University, Najafabad Branch, Najafabad, Iran

### Abstract


Undoubtedly, jus cogens or preemptory norm is always recognized as the highest source of international law. Nevertheless, the judicial review of International Court of Justice caused doubt in the absolute priority of jus cogens when violation of jus cogens and immunity are simultaneously argued in a case. Especially, in the cases concerning the Arrest Warrant (Congo v. Belgium 2002) and the Jurisdictional Immunities (Germany v. Italy 2012), The ICJ tried to separate procedural and substantive norms and declared that the norms of immunity and jus cogens are different in nature, thus they couldn't oppose each other but immunity as a procedural norm could prevent deciding about merits. In this article, by using descriptive – analytic method, the rationale behind the decision of the ICJ is analyzed in order to know that if immunity is considered procedural and jus cogens is recognized as substantive norm in international law and how these norms interact. Evaluation of doctrine shows that there is no certainty about the quality of the separation of procedural and substantive norms and their proof in international law. Therefore, the court's decision in choosing the approach could cause an insecurity in the preemptory place of jus cogens.


**Keywords:** Jus Cogens, Immunity, International Court of Justice, Procedural Norms, Substantive Norms.


\* Corresponding Author: mahshid\_ajeli@yahoo.com

**How to Cite:** Ajeli Lahiji, M., Hoseini Azad, S. A., Zahmatkesh, M., "Confrontation of Immunity and Responsibility Arising from Violation of Jus Cogens Norms in the ICJ Jurisprudence", The Quarterly Journal of Public Law Research, 24(77), (2023), 237-270. Doi: 10.22054/QJPL.2022.63539.2677

## تقابل مصونیت و مسئولیت ناشی از نقض قاعده آمره در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

مهشید آجلی لاهیجی \*  دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

سید علی حسینی آزاد  دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

مجید زحمتکش  دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، ایران

### چکیده

بی‌تردید قاعده آمره همواره بعنوان برترین قاعده در میان قواعد حقوق بین‌الملل معرفی می‌شود. با این حال تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری در شرایطی که مصونیت و مسئولیت ناشی از نقض قاعده آمره همزمان در قضیه‌ای مطرح گردیده، موجب ایجاد شبهاتی درباره برتری مطلق قاعده آمره شده است. بطور خاص در دو رأی قرار بازداشت (کنگو علیه بلژیک ۲۰۰۲) و مصونیت‌های صلاحیتی (آلمان علیه ایتالیا ۲۰۱۲) دیوان با ترسیم نوعی تفکیک بین قواعد شکلی و ماهوی اعلام می‌کند با توجه به اختلاف ماهیتی قواعد مصونیت و قاعده آمره، این قواعد تعارضی با هم نداشته و صرفاً مصونیت بعنوان قاعده شکلی مانع از ورود به ماهیت می‌شود. در این پژوهش به شیوه توصیفی - تحلیلی به بررسی مبانی تصمیم دیوان پرداخته می‌شود تا مشخص گردد آیا به واقع از منظر حقوق بین‌الملل قواعد مصونیت شکلی و قواعد آمره، ماهوی هستند و مناسبات میان این دو دسته از قواعد به چه صورت است. تحلیل موضوع به روشنی نشان می‌دهد که راجع به نحوه تفکیک میان قواعد شکلی و ماهوی و مصادیق آنها هنوز قطعیتی در حقوق بین‌الملل وجود نداشته و تصمیم دیوان در گزینش این رویکرد تا حدی باعث ایجاد تزلزل در جایگاه متعالی قاعده آمره شده است.

**واژگان کلیدی:** قاعده آمره، مصونیت، دیوان بین‌المللی دادگستری، قواعد شکلی، قواعد ماهوی.

## مقدمه

«مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل به قواعد و اصولی حقوقی اشاره دارد که بنا بر آن یک دولت خارجی از اعمال صلاحیت (قدرت‌های قضایی، تقنینی و اجرایی) دولتی دیگر در امان خواهد بود».<sup>۱</sup> میان حقوقدانان از این حیث که آیا قواعد راجع به مصونیت دارای خصیصه‌ی شکلی است یا ماهوی، اختلافات فراوانی به چشم می‌خورد. دیوان بین‌المللی دادگستری در دو مورد در قضایای قرار بازداشت (۲۰۰۲) و مصونیت‌های صلاحیتی (۲۰۱۲) فرصت این را یافته است که در خصوص طبیعت قواعد راجع به مصونیت و تعارض احتمالی آنها با قواعد ماهوی اظهار نظر کند. با این حال در مواردی که از دیوان خواسته شده به حل تعارض میان دو قاعده مصونیت در حقوق بین‌الملل و مسئولیت ناشی از نقض قواعد آمره حقوق بین‌الملل پردازد، با شکلی قلمداد کردن قاعده نخست و ماهوی دانستن دیگری خود را از چالش حل مسئله بیرون کشیده است. در واقع با وجود اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در هنگام رویارویی قواعد مصونیت و قواعد آمره، اساس تصمیم خود را بر تفکیک میان قواعد شکلی و ماهوی گذارده اما هرگز درباره مبنا و ملاک این مرزبندی یا ماهیت قواعد شکلی و ماهوی توضیحی ارائه نکرده است.

استدلال و نتیجه‌گیری دیوان در این خصوص، در هر دو قضیه مورد انتقاد شدید حقوقدانان واقع شده است. بویژه از آن جهت که در این آرا ادعای نقض قواعد آمره حقوق بین‌الملل مطرح گردیده بود و قواعد آمره که برآمده از ارزش‌های جامعه جهانی هستند، بطور قطع مهم‌ترین قواعد نظام حقوق بین‌الملل به شمار آمده و غفلت ورزیدن نسبت به تضمین این قواعد در عرصه عملیاتی به نوعی بنیان‌های اساسی این نظام حقوقی را مخدوش می‌کند.

بطور کلی «قواعد دارای ماهیت شکلی»<sup>۲</sup> یا «قواعد شکلی»<sup>۳</sup> منطبق بر مفهوم «قواعد آیین دادرسی»<sup>۴</sup> یعنی قواعد حاکم بر فرآیند دادرسی قضایی یا اداری نیستند.<sup>۱</sup> مورد اخیر

1. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Edition (London: Taylor & Francis e-Library, 2002) at 118.

2. Rules of a Procedural Nature.

3. Procedural Rules.

4. Rules of Procedure.

مشمول بر تمام قواعد و قوانینی است که بر شیوه‌ها و فنون فرآیند حقوقی و اداری حاکم است همچون ارائه اسناد، معیارهای راجع به ادله اثبات و همچنین جلسه استماع. همچنین قواعد شکلی باید از «تعهدات شکلی»<sup>۲</sup> یا «حقوق شکلی»<sup>۳</sup> مندرج در معاهدات بین‌المللی یا حقوق عرفی بین‌المللی نظیر تعهد به همکاری، تعهد به مذاکره یا تعهدات راجع به تبادل اطلاعات و اعلان قبلی متمایز شناخته شود. این‌ها هرچند تعهدات شکلی هستند اما قواعدی که مبنای ایجاد آنها بوده‌اند، طبیعتی ماهوی دارند. اما تعهداتی چون تعهد به حمایت، حفاظت، پیشگیری، ارائه، توقف، ممنوعیت، تضمین یا خودداری همه تعهداتی ماهوی هستند.<sup>۴</sup>

در واقع قواعد شکلی قواعدی هستند که حاکم بر تفسیر،<sup>۵</sup> اعمال<sup>۶</sup> و اجرای<sup>۷</sup> قضایی یا غیر قضایی قواعد ماهوی هستند. این قواعد مشخص می‌کنند که برای به اجرا در آوردن قواعد ماهوی چه باید کرد. قواعد شکلی از مجموعه قواعدی راجع به صلاحیت دادگاه‌ها و دیوان‌ها مانند قواعد مصونیت از صلاحیت، قواعد پذیرش دعوی یا دادخواست، قواعد آیین دادرسی و قواعد راجع به اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی شکل گرفته است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در دو پرونده مزبور بر عکس طرف‌های رسیدگی و برخی قضات مخالف به تبیین تمایز میان قواعد ماهوی<sup>۸</sup> و قواعد شکلی پرداخته است؛ صرفاً نوع رابطه میان قواعد مصونیت و قواعد آمره را در قالب مناسبات قواعد شکلی و ماهوی اعلام نمود و بر همین اساس تصمیم گرفت. در این مقاله برای تحلیل مبانی تصمیم دیوان، ابتدا نحوه تعامل قواعد شکلی با قواعد آمره و مسئولیت ناشی از نقض آن در

---

1. Stefan Talmon, "Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", *Leiden Journal of International Law*, Volume 25, Issue 4, (2012), at 982.

2. Procedural Obligations.

3. Procedural Rights.

4. See: ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, (2011), paras. 67–158.

5. Interpretation.

6. Implementation.

7. Enforcement.

8. Substantive Rules.

حقوق بین‌الملل بررسی می‌شود و سپس بر همین مبنا به تحلیل نظرات دیوان پرداخته می‌شود.

## ۱. مناسبات متقابل قواعد شکلی مصونیت و قواعد ماهوی مسئولیت ناشی از نقض قواعد آمره حقوق بین‌الملل

۱-۱. مواردی از عدم تأثیر قواعد ماهوی آمره بر قواعد شکلی اصولاً قواعد ماهوی آمره، قواعد شکلی را متأثر نخواهد کرد و بطور خاص بصورت خودکار بر این قواعد برتری نمی‌جوید. در زیر به بررسی چند مورد از این قواعد شکلی پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱. قواعد حاکم بر تأسیس و ساختار مراجع حل اختلاف قواعد حاکم بر تأسیس و ساختار دادگاه‌ها و مراجع داوری بالطبع شکلی هستند. حتی در موارد نقض قاعده آمره، این قواعد شکلی سر جای خود هستند. در قضیه تفسیر معاهدات صلح، دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت که نقض یک تعهد مسئولیت بین‌المللی را به دنبال خواهد داشت، اما این امر نمی‌تواند شرایط انتصاب داوران را دگرگون کند.<sup>۱</sup> قواعد راجع به انتصاب داوران و قضات، قواعد راجع به عدم شایستگی و منع از خدمت آنان، انتصاب قضات اختصاصی و حد نصاب لازم برای جلسات و تصمیمات بدون در نظر گرفتن ماهیت قاعده‌ای که نقض شده است و فارغ از اینکه آمره باشد یا نباشد، به اعتبار خود باقی هستند. برای مثال حد نصاب نه نفر لازم برای رسمیت جلسات دیوان بین‌المللی دادگستری حتی در مورد تقاضای اتخاذ اقدامات موقتی برای پیشگیری از یک ژنوسید محتمل الوقوع و یا دیگر نقض‌های شدید قواعد آمره نمی‌تواند کاهش یابد. اگر حد نصاب مزبور حاصل نشود، رئیس باید جلسه را به وقت دیگر موکول کند تا حد نصاب مزبور بدست بیاید.<sup>۲</sup>

1. ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), Advisory Opinion, (1950), at 229.

2. Statute of the International Court of Justice, (1945), Art. 25(3).

## ۲-۱-۱. قواعد راجع به صلاحیت مراجع حل اختلاف

آن دسته قواعدی که به تعیین محدوده و میزان صلاحیت یک دادگاه یا دیوان (صلاحیت شخصی،<sup>۱</sup> صلاحیت موضوعی<sup>۲</sup> یا صلاحیت زمانی<sup>۳</sup>) می‌پردازند و نیز زمانی که این صلاحیت نسبت به یک عمل خاص اعمال می‌شود، عموماً قواعد دارای ماهیت شکلی هستند.<sup>۴</sup> این قواعد صرفاً به دلیل اینکه ادعای مطروحه متضمن نقض قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام باشد، بطور خودکار بی‌اثر نمی‌شوند. برای مثال قواعد ماهوی آمره نمی‌توانند فراتر از ماده ۳۵ «اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری» دسترسی به دیوان را تأمین کنند.<sup>۵</sup> بعنوان نمونه در قضایای قانونی بودن، توسل به زور دیده شد که حتی در صورتی که موضوع نقض قواعد ماهوی آمره همچون ارتکاب ژنوسید مطرح باشد، دیوان به روی دولت‌های غیرعضو اساسنامه باز نیست.<sup>۶</sup> قواعد آمره همچنین نمی‌توانند موجب اعطای صلاحیت به دادگاهی شوند که به طریق دیگر واجد صلاحیت نیست. همانطور که دیوان در پرونده فعالیت‌های نظامی بیان می‌دارد: «صرف این حقیقت که ... قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام موضوع مورد اختلاف است، فی نفسه نمی‌تواند استثنایی بر اصل رضایی بودن صلاحیت دیوان باشد.»<sup>۷</sup>

بنابراین این واقعیت که موضوع اختلاف نزد دیوان عبارت از عدم رعایت قاعده ممنوعیت ژنوسید می‌باشد، به خودی خود نمی‌تواند مبنایی برای صلاحیت دیوان در ورود به مسأله باشد. وضعیت تعهدات ماهوی راجع به ممنوعیت ارتکاب ژنوسید مندرج

1. Ratione Personae

2. Ratione Materiae

3. Ratione Temporis

4. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, (2012), para. 95.

5. Statute of the International Court of Justice, (1945), Art. 35.

۶. زمانی که دیوان به این سؤال پرداخت که آیا می‌تواند به صرف ادعای نقض هنجارهای آمره، به روی صربستان و

مونتنگرو باز باشد یا خیر

See: ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, (2004), at 754, para. 89.

7. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment (2006), at 24, para. 125.

در «کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید»<sup>۱</sup> هیچ تأثیری بر اصول صلاحیتی مرجع رسیدگی کننده به اختلاف پدید آمده خارج از کنوانسیون ندارد. مقررات هر معاهده‌ای به مسائل متفاوتی اشاره دارند.<sup>۲</sup>

لازم به توجه است که ملاحظات پیش گفته تنها مختص به صلاحیت دادگاه‌ها در اختلافات میان دولت‌ها نمی‌باشد بلکه این امر در خصوص صلاحیت دیوان‌های کیفری بین‌المللی و دادگاه‌های حقوق بشری که برای رسیدگی به نقض‌های شدید قواعد آمره تأسیس شده‌اند نیز صدق می‌کند. چنانچه ماهیت آمره داشتن هنجارهای نقض شده بطور خودکار موجب صلاحیت باشد، آنگاه مقررات مفصل راجع به صلاحیت مندرج در اساسنامه این محاکم، لغو و زائد خواهند بود. بعنوان مثال این امر که شخص ۱۷ ساله مرتکب ژنوسید شده باشد، نمی‌تواند صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی را ورای قواعد آیین دادرسی آن که رسیدگی به جرائم ارتكابی توسط افراد زیر ۱۸ سال را از صلاحیت دیوان استثنا می‌کند، بوجود آورد.<sup>۳</sup>

قواعد ماهوی آمره همچنین قادر نخواهند بود بطور خودکار موجب بی‌اعتباری حق شرطی که یک دولت بر صلاحیت یک مرجع قضایی یا داوری بین‌المللی وارد کرده است، شوند. در قضیه فعالیت‌های نظامی، دیوان بین‌المللی دادگستری با این ادعا از جانب کنگو روبرو شد که وضعیت آمره داشتن قاعده منع ژنوسید بایستی حق شرط رواندا بر صلاحیت دیوان مبتنی بر ماده چهار کنوانسیون ژنوسید را بی‌اعتبار سازد. دیوان این ادعا را رد کرد و بیان داشت که حق شرط رواندا بر ماده ۴ کنوانسیون ژنوسید مانع اعمال صلاحیت دیوان می‌شود اما تعهدات ماهوی مربوط به ژنوسیدهای ارتكابی به موجب خود کنوانسیون را متأثر نمی‌سازد.<sup>۴</sup> در واقع به زعم دیوان، حق شرط مزبور تنها یک روش معین برای فیصله اختلافات به موجب کنوانسیون ژنوسید را مستثنی کرده است و نه بیشتر. عبارت دیگر حق شرط بر صلاحیت دیوان یک مانع شکلی برای صلاحیت ایجاد می‌کند

1. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1948), Entered into force on 12 January 1951.

2. Z. Douglas, "The MFN Clause in Investment Treaty Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails", Journal of International Dispute Settlement, Volume 2, Issue 1 (2011), at 103.

3. Stefan Talmon, op. cit. at 989.

4. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, (2006), para. 67.

که حتی اگر مسأله نقض یا اجرای قاعده آمره نیز مطرح باشد، باز هم آن مانع شکلی دست نخورده می‌ماند. این استدلال در مورد بند الف ماده ۶۶ «کنوانسیون حقوق معاهدات»<sup>۱</sup> نیز قابل اعمال است که در خصوص اختلافات راجع به اعتبار معاهدات متعارض با قواعد آمره، صلاحیت رسیدگی اعطا می‌کند.<sup>۲</sup> شمار زیادی از دولت‌ها اقدام به اعلام حق شرط بر این مقرر کرده‌اند<sup>۳</sup> و لذا این امر گویای این واقعیت است که قاعده شکلی راجع به صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری، بخشی از حقوق ماهوی قواعد آمره نبوده و از آن نیز متأثر نمی‌شوند.

علاوه بر این، اظهارنظرهایی از سوی محاکم بین‌المللی وجود دارد که قواعد حاکم بر مصونیت‌های صلاحیتی از جمله مصونیت دولت و همچنین مصونیت شخصی<sup>۴</sup> و کارکردی<sup>۵</sup> مقامات رسمی دولت در زمره قواعد با ماهیتی شکلی قرار می‌گیرند. بر این اساس شعبه تجدیدنظر دادگاه اختصاصی برای سیرالئون بیان داشت که «مسأله مصونیت حاکمیتی یک مسأله شکلی است».<sup>۶</sup> به همین ترتیب در قضیه قرار بازداشت، دیوان بین‌المللی دادگستری بر این نظر بود که هیچ استثنایی بر مصونیت شخصی مقامات دولتی حتی در صورت ارتکاب جرایم جنگی یا جنایت علیه بشریت وجود ندارد<sup>۷</sup> و بدیهی است که ممنوعیت این اعمال بعنوان قاعده آمره پذیرفته شده است. البته همانطور که طی مباحث آتی در تحلیل استدلال دیوان بحث خواهد شد، این نظریه در حقوق بین‌الملل بصورت مطلق پذیرفته نشده و حقوقدانانی در مخالفت با آن نظریه‌پردازی نموده‌اند. علاوه بر این، رویه‌ای در قالب قوانین داخلی کشورها در حال شکل‌گیری است که استثنائاتی را بر دکتترین مصونیت مطلق دولت وارد می‌داند.

1. Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), Art. 66(a).

2. "Any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration".

۳. دولت‌هایی مانند چین، گواتمالا، برزیل، تانزانیا، تونس و سوریه اعلام حق شرط بر این ماده نموده‌اند.

4. Personal Immunity.

5. Functional Immunity.

6. SCSL, Decision on Immunity from Jurisdiction, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-I-059, Appeals Chamber, (2004), para. 27.

7. ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment (2002), para. 58.



با این حال به طور کلی قواعد ماهوی آمره نمی‌توانند منجر به ایجاد یا توسعه‌ی صلاحیت شوند و همچنین نمی‌توانند صلاحیت موجود را لغو کنند. در دعوی شرکت فونیکس علیه جمهوری چک نیز دیوان ایکسید بیان داشت «هیچ کس خواهان این نیست که حمایت ایکسید نسبت به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده در پی نقض قواعد بنیادین حقوق بشر نظیر سرمایه‌گذاری‌های انجام شده با شکنجه یا ژنوسید یا برای پشتیبانی از بردگی یا قاچاق اعضای بدن انسان، اعطا شود.»<sup>۱</sup> البته در عین حال این امر نباید مانع انجام داوری در اختلافات ناشی از نقض قواعد آمره باشد. قواعد راجع به صلاحیت مندرج در معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری قواعدی هستند که طبیعتی شکلی دارند.<sup>۲</sup> نقض هرگونه قاعده ماهوی آمره بایستی توسط مرجع رسیدگی کننده در مرحله ماهیتی رسیدگی شود و در این مرحله است که تعارض میان حقوق و تعهدات ماهوی ناشی از حقوق بشر و معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری بررسی می‌شود.

### ۳-۱-۱. قواعد راجع به پذیرش دعوی یا دادخواست

قواعد راجع به قابلیت پذیرش دعوا،<sup>۳</sup> دعوی متقابل<sup>۴</sup> یا یک دادخواست<sup>۵</sup> همچون صلاحیت اقدام، ملیت ادعاها، طی مراحل جبرانی داخلی و دیگر آیین‌های مقدماتی شروع دعوا و همچنین مهلت‌های قانونی، همه بعنوان قواعدی دارای طبیعت شکلی محسوب می‌شوند. بنابراین این مسائل از قواعد ماهوی آمره مجزا هستند. این واقعیت که ممنوعیت شکنجه دارای ویژگی قاعده آمره می‌باشد، نمی‌تواند منجر به نادیده گرفتن این مسأله شکلی شود که هر دادخواستی ذیل «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» که مدعی وقوع شکنجه باشد، بایستی ظرف مدت شش ماه از تاریخ آخرین اقدام منتهی به وقوع به دیوان اروپایی حقوق بشر تقدیم شود.<sup>۶</sup> بنابراین مانع شکلی مربوط به مهلت‌ها چیزی

1. ICSID, Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Case No. ARB/06/5, Award, (2009), para. 78.

2. D. William, "Jurisdiction and Admissibility", in: P. Muchlinksy, F. Ortino, and C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: OUP, 2008) at 870-918.

3. Admissibility of a Claim.

4. Counterclaim.

5. Application.

6. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (1950), Art. 35(1).

نیست که به واسطه ادعای وقوع شکنجه و زیر پا گذاشته شدن یک قاعده آمره از بین برود.

طبق اصل تکمیلی بودن، دیوان کیفری بین‌المللی زمانی می‌تواند به مسأله رسیدگی کند که نظام حقوقی دادرسی ملی نخواهد یا نتواند به تعقیب و مجازات مجرم پردازد. این مقرر،<sup>۱</sup> ذیل بند اول ماده ۱۷ «اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، از جمله شرایطی است که برای پذیرش و قابلیت استماع دعوا لازم است.<sup>۲</sup> بنابراین این مورد هم از جمله قواعد شکلی است که از طبیعت آمره جرایم موضوع صلاحیت دیوان متأثر نخواهد شد. لذا به عنوان مثال چنانچه دولتی به دادستان دیوان اطلاع دهد که به تعقیب اشخاص متهم به یکی از جرایم موضوع ماده ۵ اساسنامه دیوان توسط مراجع قضایی داخلی خود پرداخته است، دادستان دیوان باید به این تعقیب ملی احترام گذاشته، خود از تعقیب دست بردارد.<sup>۳</sup>

#### ۴-۱-۱. قواعد راجع به اجرای مسئولیت بین‌المللی

قواعد شکلی منحصر به اجرای قضایی قواعد ماهوی نبوده بلکه علاوه بر آن شامل قواعد حاکم بر اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها طبق بخش سوم «طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نسبت به اعمال متخلفانه»<sup>۴</sup> نیز می‌باشد. برخی از این قواعد مانند قواعد راجع به قابلیت پذیرش دعوا در یک زمان یعنی در زمان طرح دعوا نزد یک مرجع قضایی یا داوری بین‌المللی مطرح می‌شوند اما قواعد مربوط به مسئولیت، ویژگی بنیادین و مهمتری دارند.<sup>۵</sup> الزامات استناد به مسئولیت، ابلاغ دعوی توسط دولت زیان‌دیده (موضوع ماده ۴۳ طرح) و ملیت زیان‌دیده طی مراحل داخلی (موضوع ماده ۴۴ طرح) و از

1. "Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, The court shall determine that a case is inadmissible where:(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution ...".

2. Rome Statute of the International Criminal Court, (1998), Entered into Force 1 July 2002, Arts. 17 and 20(3); J. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (New York: OUP, 2008) at 102 – 158.

3. Rome Statute of the International Criminal Court, (1998), Art. 18(2).

4. ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/56/10, (2001).

5. Ibid. para. 1.

دست دادن حق استناد به مسئولیت (موضوع ماده ۴۵ طرح) همه قواعدی هستند که در خصوص موارد ادعای نقض قواعد آمره نیز به اعتبار خود باقی می‌مانند و نمی‌توانند نادیده گرفته شوند. بعنوان مثال حتی در مورد ارتکاب شکنجه و یا دیگر نقض‌های شدید هنجارهای آمره حقوق بشری، هیچ دولتی غیر از دولت متبوع قربانی نمی‌تواند به دنبال مسئولیت دولت متخلف باشد.<sup>۱</sup>

قواعد مربوط به اقدامات متقابل نیز از خصلت آمره تعهدات نقض شده متأثر نخواهد شد. بر اساس ماده ۴۹ طرح مواد راجع به مسئولیت، «تنها «دولت زیان‌دیده» به منظور واداشتن دولت مسئول فعل متخلفانه به پیروی از تعهداتش می‌تواند بر طبق بخش دوم به اقدامات متقابل مبادرت ورزد.»<sup>۲</sup>

## ۲-۱. مواردی از تأثیرگذاری قواعد ماهوی آمره بر قواعد شکلی

با اینکه قواعد ماهوی آمره به خودی خود موجب لغو قواعد شکلی نمی‌شوند اما ممکن است بسته به اوضاع و احوال، اثرات محدودی بر تفسیر و اجرای آن دسته از قواعد داشته باشند. دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی معمولاً در هنگام اجرای قواعد شکلی که در محدوده‌ی اختیارات صلاحیدی آنها است، قواعد آمره را مورد توجه قرار می‌دهند. بنابراین، مطرح بودن نقض قاعده آمره در یک اختلاف بین‌المللی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مانند ممنوعیت ژنوسید، می‌تواند دیوان را متقاعد کند که نظر به اوضاع و احوال موجود لازم است دست به اتخاذ اقدامات موقتی بزند. بعلاوه قواعد ماهوی آمره ممکن است بر تفسیر شرایط قواعد شکلی و آیین دادرسی به ترتیبی که در زیر بیان می‌شود تأثیر بگذارد.

1. See: E. Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?", in: *Netherlands Yearbook of International Law* (New York: CUP, 2004) at 103-8; Contra: A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York: OUP, 2006) at 518.

۲. ترجمه ماده از منبع زیر:

علیرضا ابراهیم‌گل، مسئولیت بین‌المللی دولت؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، چاپ دوم (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹) ص ۳۵۲.

### ۱-۲-۱. قواعد راجع به سمت برای طرح دعوی<sup>۱</sup>

در حقوق بین‌الملل نیز مانند حقوق داخلی که قاعده «عدم نفع به معنی عدم اقدام است»<sup>۲</sup> اعمال می‌شود به این معنی است کسی که نفعی در طرح دعوی ندارد نمی‌تواند هیچ اقدامی بکند.<sup>۳</sup> در هر پرونده مربوط به نقض تعهدات بین‌المللی دوجانبه معمولاً تنها طرف زیان‌دیده دارای نفع حقوقی در طرح دعوی می‌باشد. این مسأله در مورد پرونده‌های مربوط به نقض‌های قواعد ماهوی آمره متفاوت است. این قواعد می‌تواند دادگاه را قادر سازد که نفع حقوقی برای دولت‌هایی به غیر از دولت زیان‌دیده پیدا کند. دیوان بین‌المللی دادگستری تاکنون این فرصت را نیافته است که به این سؤال پاسخ دهد که آیا همه دولت‌ها در موارد نقض قواعد آمره حق طرح دعوی خواهند داشت یا خیر؟

دیدگاه غالب در ادبیات حقوقی بین‌المللی حاکی از این است که در قبال تعهدات عام‌الشمول حق استناد به مسئولیت و طرح دعوی از جانب هر دولتی امکان‌پذیر است. این امر به موجب قسمت «ب» بند اول ماده ۴۸ طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مورد تصدیق واقع شده است که در مواردی که «تعهد نقض شده در قبال جامعه بین‌المللی در کل باشد» به تمام دولت‌ها اجازه داده است به مسئولیت دولت مرتکب فعل متخلفانه استناد کنند.<sup>۴</sup> همچنین بطور کلی پذیرفته شده است که قواعد آمره متضمن تعهداتی عام‌الشمول هستند (البته عکس آن صادق نیست). بنابراین در مورد نقض یک تعهد ناشی از هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل عام، تمام دولت‌ها دارای نفع حقوقی هستند که شاهد اجرای آن تعهد باشند.

نظر به مراتب فوق، تأثیر قواعد ماهوی آمره بر اهلیت طرح دعوی این است که خصلت آمره داشتن یک قاعده ماهوی به این امر منتهی می‌شود که در مرحله

1. Locus Standi.

2. No Interest, No Action.

3. See: ICJ, SouthWest Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, (Judge Winiarski, Dissenting Opinion), (1962), at 455.

4. "Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State... if: ... the obligation breached is owed to the international community as a whole".

رسیدگی‌های شکلی، مسأله نفع حقوقی محدود به دولت زیان‌دیده نباشد و بطور خودکار به تمام دولت‌ها سرایت یابد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۱. قواعد راجع به از دست دادن حق استناد به مسئولیت

قواعد شکلی مندرج در ماده ۴۵ و بند سوم ماده ۴۸ طرح مواد راجع به مسئولیت که طبق آن دولت زیان‌دیده و هر دولت دیگری را محق می‌سازد به مسئولیت دولت دیگر استناد کند، مقرر می‌دارد که ممکن است در موارد زیر حق استناد به مسئولیت را از دست بدهند: «الف- دولت زیان‌دیده به گونه‌ای معتبر از ادعایش صرف‌نظر کرده باشد؛ ب- معلوم باشد که دولت زیان‌دیده با رفتارش به صورت ضمنی و به گونه‌ای معتبر به اسقاط دعوی تن داده باشد.» این مقررات بطور مشابه در ماده ۴۵ کنوانسیون حقوق معاهدات نیز آمده است و از آن برای از دست دادن حق استناد به اختتام، بی‌اعتباری، کناره‌گیری یا تعلیق اجرای معاهده استفاده شده است.<sup>۲</sup>

می‌توان استدلال نمود که حقوق بین‌الملل باید در مورد ادعاهای ناشی از نقض قواعد آمره، پذیرش<sup>۳</sup> و صرف‌نظر کردن از دعوا را استثنا می‌کرد. زمانی که یک قاعده آمره مطرح باشد، منفعت جامعه در جبران کردن این نقض‌ها، باید بر منفعت فردی دولت‌ها ترجیح داده شود.<sup>۴</sup> با این حال، اینکه بند سوم ماده ۴۸ توسل به مسئولیت توسط دولت‌های غیر از دولت زیان‌دیده را موقوف به شرایط ماده ۴۵ می‌کند، نشان می‌دهد که پذیرش و اعراض از حق بطور کلی در مورد نقض تعهدات در قبال جامعه بین‌المللی در کل و از جمله تعهدات ناشی از قاعده آمره نیز استثنا نشده است. اما شرایط لازم برای این اعراض و پذیرش ممکن است در مورد نقض‌های قواعد ماهوی آمره متفاوت باشد.

1. Stefan Talmon, op. cit. at 995-996.

2. "A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be".

3. Acquiescence.

4. C. Tams, "Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription", in: J. Crawford et. al. (eds.), *The Law of International Responsibility* (New York: OUP, 2010) at 1042.

### ۳-۲-۱. قواعد راجع به استاپل

«قاعده استاپل»<sup>۱</sup> در حقوق بین‌الملل دولت‌ها را از اقدام متناقض به ضرر دیگری منع می‌کند.<sup>۲</sup> مفهوم استاپل محدود به اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت نمی‌باشد. هر دولتی ممکن است بواسطه عمل متناقض قبلی خود از اعمال و اجرای یک حق، توسل به مسئولیت بین‌المللی و شروع یک فرآیند رسیدگی منع شود. با فرض وجود چنین تفسیر وسیعی از استاپل در حقوق بین‌الملل، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این امر در موارد نقض قواعد آمره هم اعمال می‌شود یا خیر؟ قاضی ویرامانتری یکی از قضات دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گابچیکو و ناگیماروس، مسأله مناسب بودن استعمال اصول حقوقی دوطرفه<sup>۳</sup> نظیر استاپل، به منظور حل مسائل راجع به قواعد عام‌الشمول را مطرح می‌کند.<sup>۴</sup> به بیان او: «ما وارد دوره‌ای از حقوق بین‌الملل شده‌ایم که در آن حقوق مزبور، نه تنها به رعایت منافع طرفین می‌پردازد که فراتر از آن به دنبال تأمین منافع عظیم‌تر بشریت است. در جهت حصول این مقصود، حقوق بین‌الملل باید در رویارویی میان حقوق افراد و تعهدات دولت، نگاهی فراتر از قواعد شکلی [همچون استاپل] داشته باشد. وقتی ما وارد عرصه‌ای تعهداتی شده‌ایم که عام‌الشمول است و نه دو طرفه، در نتیجه قواعد مبتنی بر انصاف فردی و رعایت قواعد شکلی ناکافی به نظر می‌رسد».<sup>۵</sup>

به زعم قاضی ویرامانتری، دولت مدعی در مواردی که تعهدات عام‌الشمول نقض شده باشد، نمی‌تواند به رفتار متناقض قبلی طرف دیگر اتکا کند. نظر به اینکه قواعد آمره موجد تعهدات عام‌الشمول هستند، استدلالی مشابه در رابطه با مناسبات میان قواعد آمره و استاپل نیز قابل طرح است. به نحو گسترده مورد پذیرش واقع شده است که هیچ دولتی در موارد وقوع شکنجه یا نقض قواعد بنیادین حقوق بشر که دارای ویژگی آمره هستند، به دلیل عملکرد متناقض خود مثلاً ارتکاب شکنجه یا نقض‌های حقوق بشری، از استناد به مسئولیت بین‌المللی دولت دیگر منع نخواهد شد. با این حال، این امر نتیجه هرگونه تعدیل

1. Estoppel.

2. M. L. Wagner, "Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice" *California Law Review*, Vol. 74, No. 5 (1986), at 1777.

3. *Inter partes*

4. ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, (Judge Weeramantry, Separate Opinion), (1997), at 116-18.

5. *Ibid.*, at 118.

کلی قواعد شکلی استاپل توسط قواعد ماهوی آمره نبوده بلکه پیامد بند دوم ماده ۴۱ طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت است که تمام دولت‌ها را ملزم می‌کند<sup>۱</sup> وضعیت‌های پدید آمده در نتیجه نقض شدید قواعد آمره را قانونی نشانسد.<sup>۲</sup> وضعیتی که نباید قانونی شناخته شود، طبعاً هیچ اثر حقوقی نیز نخواهد داشت. بنابراین هرگاه عمل متناقضی هم دیده شود، نمی‌تواند بعنوان استاپل در نظر گرفته شود.<sup>۳</sup>

۳-۱. وجود یا عدم تعارض میان قواعد شکلی و ماهوی در پرتو نظر دیوان اصولاً روشن است که قواعد ماهوی و شکلی از یک نوع نیستند. هر یک از این دو دسته قاعده محتوای متفاوتی دارند و از این رو متضمن تعهداتی ناسازگار نیستند.<sup>۴</sup> قاعده ماهوی ناظر به مسأله قانونی بودن یک وضعیت یا عمل می‌باشد اما قاعده شکلی به تفسیر، اعمال و اجرای یک قاعده مربوط می‌شود. بنابراین احتمال دارد میان این دو دسته قاعده، گاهی اوقات برخوردهایی پیش آید اما به عقیده برخی حقوقدانان علی‌الاصول، تعارض منطقی نمی‌تواند بین آنها وجود داشته باشد.<sup>۵</sup> این واقعیت هم در مورد رابطه میان قواعد ماهوی معمولی و قواعد شکلی صادق است و هم در مورد رابطه میان قواعد ماهوی آمره و قواعد شکلی. قاعده آمره قاعده‌ای است که هیچگونه تخطی از آن مجاز شمرده نشده است اما اعمال قواعد شکلی به معنی عدول و تخطی از قواعد ماهوی آمره نمی‌باشد. یک قاعده شکلی ممکن است مانعی برای اعمال یا اجرای قاعده آمره باشد ولی هیچگاه به معنی عدول یا تخطی از محتوای آن قاعده نمی‌باشد. همچنین اعمال قواعد ماهوی در کل و بطور خودبخودی به معنی قانونی انگاشتن وضعیتی که در نتیجه نقض قاعده ماهوی آمره

۱. که این امر در مورد دیوان‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی نیز صحیح است.

2. "No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation".

3. Stefan Talmon, "The Duty Not to "Recognize as Lawful" a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?", in: C. Tomuschat and J. M. Thouvenin (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2005), at 114-16.

4. A. Zimmermann, "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks", *Mich. JIL.*, Volume 16, Issue 2 (1995), at 438.

5. E. Cannizzaro, "A Higher Law for Treaties?", in: Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford: OUP, 2011) at 434 - 439.

ایجاد شده نمی‌باشد و بنابراین نمی‌تواند ناقض اصل مندرج در ماده ۴۱ طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی محسوب شود.<sup>۱</sup> دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی متذکر شد که هیچ چیزی در ذات مفهوم قاعده آمره وجود ندارد که مستلزم تعدیل یا جایگزینی در اعمال قواعد ماهوی باشد.<sup>۲</sup>

با اینکه میان قواعد شکلی و ماهوی تعارضی وجود ندارد اما می‌توان متصور بود که میان قواعد ماهوی آمره و قواعد شکلی تعارض بوجود آید. در قضیه فعالیت‌های نظامی، دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت که هیچ قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام «در حال حاضر»، دولت‌ها را ملزم به رضایت به صلاحیت یک دادگاه نمی‌کند، این طرز بیان نشان می‌دهد که دیوان امکان پیدایش چنین قواعد شکلی آمره‌ای را در آینده منتفی نمی‌داند.<sup>۳</sup> لرد هافمن نیز در پرونده جونز به بررسی این امر می‌پردازد که آیا قاعده آمره منع شکنجه در کنار خود یک قاعده شکلی دارای ویژگی قاعده آمره ایجاد کرده است که به دولت‌ها حق دهد یا آنها را منع کند که صلاحیت خود را نسبت به دیگر دولت‌های مرتکب شکنجه اعمال کنند؟ اما وی چنین قاعده‌ای را نمی‌تواند پیدا کند.<sup>۴</sup> بر این اساس به نظر می‌رسد که جا برای توسعه قواعد شکلی دارای ویژگی آمره که در جایگاهی بالاتر از قواعد شکلی معمولی قرار گیرد، باز باشد. با این حال حتی اگر فرض شود که برخی قواعد شکلی به مرتبه قاعده آمره رسیده‌اند - همانطور که برخی بر این باورند حق دسترسی به عدالت یا حق بر دادخواهی توانسته است وضعیت قاعده آمره را کسب کند - باز هم چنین حقی خودبخود به افراد حق نمی‌دهد که طرق جبران قضایی را بدست آورند و بنابراین بطور خودکار قواعد شکلی موجود مصونیت را کنار نخواهند زد.<sup>۵</sup>

1. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State Case, op. cit., para. 93.

2. Ibid., para. 95.

3. ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, op. cit., para. 34.

4. House of Lords, Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, 1 AC 270, (2007), para. 45.

5. Stefan Talmon, (2012), op. cit., at 987.



## ۲. تحلیل استدلال‌ها و تصمیمات دیوان در تفکیک میان قواعد شکلی مصونیت و قواعد ماهوی مسئولیت

### ۲-۱. تحلیل مفهومی عملکرد دیوان در خصوص تفکیک و تمایز میان قواعد شکلی و ماهوی

در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی، با اینکه دیوان اظهار داشت «از آنجایی که قواعد آمره همواره بر هر قاعده متعارض حقوق بین‌الملل برتر خواهد بود، و نظر به اینکه قاعده‌ای که طبق آن به یک دولت نزد محاکم دولت‌های دیگر مصونیت اعطا می‌شود، دارای ویژگی آمره نیست، قاعده مصونیت باید کنار گذاشته شود»<sup>۱</sup> اما با این حال، قواعد آمره در این پرونده ارجحیتی نیافتند. دیوان به‌زعم خود با ایجاد یک فرمول از تعارض قوانین میان قواعد آمره و مصونیت دولت در نهایت به این نتیجه می‌رسد که این دو دسته قواعد هیچگاه به نحوی رویاروی هم قرار نمی‌گیرند که یکی باعث نادیده گرفتن دیگری شود.<sup>۲</sup> به تعبیر دیوان، قواعد مصونیت دولت ویژگی شکلی دارند و محدود به این مسأله هستند که آیا دادگاه‌های یک کشور، صلاحیت خود را نسبت به دولت دیگر اعمال می‌کنند یا خیر؟ با این وجود بیان شده است که رأی صادره از این جهت خدشه‌پذیر است که به جای اینکه با بررسی میزان اعتبار و ارزش هر قاعده پی به قاعده برتر ببرد، با شکلی خواندن قواعد مصونیت و ماهوی دانستن قواعد راجع به نقض‌های ادعایی و مسئولیت ناشی از نقض قواعد آمره به نتیجه مطلوب خود رسیده است.<sup>۳</sup> این امر باعث شده است که استدلال پشت رأی دیوان متقاعدکننده نباشد و اعتراضات شدیدی را به دنبال داشته باشد. در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی، دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت که قاعده مصونیت بایستی مغلوب سلسله مراتب یک قاعده برتر و آمره شود. این امر در صورتی محقق می‌شد که تعارضی میان دو قاعده وجود می‌داشت.<sup>۴</sup> باری، قضات بر آن بودند که قاعده مصونیت دولت که ناظر بر تعیین و اعمال صلاحیت دادگاه یک دولت نسبت به

1. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit., para. 92.

2. Ibid. para. 93.

3. Kimberley Trapp & Alex Mills, "Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy", CJICL, Volume 1, No. 1 (2012), at 163.

4. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit., paras. 92-93.

دولتی دیگر است، ماهیتاً شکلی می‌باشد.<sup>۱</sup> قواعد آمره نیز از طرف دیگر، طبیعتی ماهوی دارند.<sup>۲</sup> بنابراین استدلال شده است که قاعده مصونیت و قواعد آمره هیچگاه رو به روی هم قرار نمی‌گیرند، چرا که طبیعتاً با هم تفاوت دارند و دو دسته قواعد متفاوت هستند که به امور متفاوت می‌پردازند.<sup>۳</sup>

استدلال‌ها و یافته‌های فوق مخالفت‌های زیادی را به دنبال خود بوجود آورد و برخی نویسندگان بر این باورند که اولاً این تفکیک ساختگی و خودسرانه است، دیگر اینکه نباید به طور مطلق، دیوان دو قاعده را در دو قالب شکلی و ماهوی قرار می‌داد چرا که نمی‌توان مطلقاً آنها را در هر یک از دو دسته قرار داد. لذا باید در صورت بروز تعارض، قواعد آمره را برتر دانست.<sup>۴</sup>

بنابراین در این بحث با رویکردی انتقادی به عملکرد دیوان، استدلال‌های مطروحه مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

#### ۱-۱-۲. خودسرانه بودن تفکیک

اولاً باید به این نکته توجه شود که طبیعت و جوهر قواعد آمره گویای این است که این قواعد بر هر هنجار حقوقی دیگر اولویت خواهد داشت.<sup>۵</sup> بنابراین ماهوی یا شکلی بودن هنجارهای مزبور تأثیری در اصل موضوع ندارد. هرگاه هر قاعده حقوقی دیگر با قاعده آمره برخورد پیدا کند، باید کنار گذاشته شود. این همان نظری است که اقلیت قضات در پرونده *الأدسانی* نزد دیوان اروپایی حقوق بشر داشتند. آنان بیان کردند که «مانع شکلی مصونیت دولت به طور خودکار مرتفع می‌شود، چرا که این قواعد به لحاظ سلسله مراتبی در تعارض با یک قاعده برتر قرار گرفته است و لذا دیگر نمی‌تواند هیچ اثر حقوقی داشته باشد».<sup>۶</sup>

1. Ibid. para. 93.

2. Ibid. para. 95.

3. Ibid. para. 93.

4. Anogika Souresh, "Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong", *European Journal of Legal Studies*, Volume 9, No. 2 (2017), at 25.

5. Vienna Convention on the Law of Treaties, (1969), Art. 64.

6. ECtHR, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Application no. 35763/97, Judgment, (Joint Dissenting Opinion), (2001), at 30.

علاوه بر این قاضی ترینداد در نظریه مخالف خود در رأی مصونیت‌های صلاحیتی ضمن انتقاد شدید از رأی اکثریت بیان می‌کند که اکثریت در زمینه استدلال و ارائه دلیل کافی برای تفکیک میان حقوق ماهوی و شکلی ناکام مانده‌اند.<sup>۱</sup> این عدم تعارض ساختگی میان قواعد مصونیت و قواعد آمره و تمایز قائل شدن میان آن دو به هدف اجتناب از پاسخ دادن به این سؤال ماهوی بوده است که آیا قواعد آمره می‌تواند دولت حاکم را از مصونیت محروم کند یا خیر؟<sup>۲</sup> این ترفند را «روش گریز از تعارض»<sup>۳</sup> نیز خوانده‌اند.<sup>۴</sup>

یکی از اندیشمندان حقوق بین‌الملل بیان می‌دارد که «تفکیک میان حقوق ماهوی و شکلی یک [تفکیک] تصنعی است»<sup>۵</sup> و این نظر از جانب بسیاری از نویسندگان مورد پیروی قرار گرفته است که قائل به هیچ تفکیک و تمایزی میان قواعد شکلی و ماهوی حقوقی نیستند.<sup>۶</sup> برای مثال در دعوای پینوشه، ماهیت و شکل به هم گره خوردند؛ با این توضیح که ممنوعیت ماهوی شکنجه متضمن نتایج شکلی نیز بود که از جمله این نتایج استثنا قائل شدن بر مصونیت دولت بود.<sup>۷</sup> مثال دیگر، ناکارآمدی توسل به مراجع داخلی<sup>۸</sup> است که هم بعنوان یک قاعده ماهوی تعبیر شده است و هم بعنوان یک قاعده شکلی.<sup>۹</sup> این مسأله نشان می‌دهد که معنی دقیق و مصادیق معینی از قواعد ماهوی و شکلی وجود

1. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit., (Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade) para. 298.

2. Ibid. para. 315.

3. Conflict Avoidance Technique.

4. Philippa Webb, "Human Rights and the Immunities of State Officials", in: Erika de Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford: OUP, 2012) at 147.

5. Charles Chamberlayne, *A Treatise on the Modern Law of Evidence* (London: Sweet & Maxwell Limited 1911) at 217.

6. See: Friedrich Karl von Savigny, *Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws: And the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time* (Edinburgh: T.&T. Clark, 1869) at 102; Walter Wheeler Cook, "'Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, Volume 42, (1993), at 333-358.

7. Kimberley Trapp and Alex Mills, op. cit. at 161.

8. Exhaustion of Local Remedies.

9. James Fawcett, "The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?", *BYBIL*, Volume 31, (1954), at 453.

ندارد و اگر هم داشته باشد، مصادیق و مفاهیم آن با هم همپوشانی دارند و به هیچ وجه نمی‌توان خط تمایز دقیقی میان آن دو دسته قواعد ترسیم کرد.<sup>۱</sup>

علاوه بر این، عدم هماهنگی دیوان با تحولات حوزه مصونیت نیز انتقادات نسبت به نحوه تقسیم‌بندی قواعد از سوی دیوان را تشدید کرده است. به عقیده قاضی الخساونه؛ دیوان می‌بایست موضوع را در قالب استثنای بحث مصونیت می‌دید. او به نوعی نسبت به مسئله عدم توجه کافی دیوان به موضوع بی‌کیفر ماندن مرتکبان جرائم مهم بین‌المللی منتقد است. وی با انتقاد از تلاش دیوان برای مرزبندی مصنوعی بین مصونیت از دادرسی و مصونیت ماهوی به صراحت می‌گوید که هنگام تعارض قواعد با مصونیت باید مصونیت را طوری تفسیر کرد که با تحولات حقوق بین‌الملل و گرایش‌های که نسبت به کاهش سطح مصونیت‌ها شکل گرفته است، سازگار باشد.<sup>۲</sup>

این‌گونه استدلال‌ها به معنی عدم امکان استفاده از تفکیک میان قواعد شکلی و ماهوی نیست. همانطور که پیش‌تر بیان شد این یک نوع دسته‌بندی سنتی مورد توجه در غالب نظام‌های حقوقی است. اما همانطور که در ادامه توضیح داده می‌شود، مسئله این است که معنا و مصادیق این دسته‌بندی در حقوق بین‌الملل هنوز کاملاً روشن نیست و در این شرایط، استفاده از چنین تفکیکی برای حل مسائل بنیادین این نظام حقوقی چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

قاضی بلژیک نیز ابراز تاسف می‌کند از اینکه دیوان با دیدگاهی بسته و محدود تحولات این قلمرو حقوقی را به کلی نادیده گرفته و با استفاده از مسئله مصونیت و معرفی آن بعنوان یک قاعده شکلی، صرفاً اعلام می‌کند که وزیر خارجه مظنون به ارتکاب جنایات بین‌المللی طبق حقوق بین‌الملل عرفی از تعقیب مصون می‌باشد و بی‌توجه به احتمال بالای بی‌کیفر ماندن چنین افرادی اقدام به صدور رأی نموده است.<sup>۳</sup>

دیوان وجود این تحولات را در رأی مصونیت‌های صلاحیتی کاملاً انکار می‌کند. در رأی دیوان آمده که تقابل میان قواعد آمره و قواعد مصونیت توسط دادگاه‌های ملی نیز مردود دانسته شده است و دادگاه‌های ایتالیا تنها نمونه‌ای هستند که مشابه دولت ایتالیا در

1. Anogika Souresh, op. cit. at 26.

2. ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000, op. cit. (Dissenting opinion of judge Al-khasawneh).

3. Ibid., (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert), paras. 27-28.

این قضیه استدلال کرده‌اند. همچنین دیوان بیان می‌دارد که هیچ قانونگذار داخلی نیز در برابر نقض قواعد آمره از قواعد مصونیت دست نکشیده است.<sup>۱</sup> این در حالی است که نمونه‌های روشن قانونگذاری در این زمینه از جمله در کشورهایی مانند ایالات متحده امریکا و ایران قابل رویت است.<sup>۲</sup>

## ۲-۱-۲. وجود تعارض میان قواعد مصونیت و قواعد آمره

رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی آلمان علیه ایتالیا در هر مورد، حتی در مواردی که واقعاً تمایزی میان حقوق ماهوی و شکلی وجود داشته است، بر این فرض ثابت استوار بوده است که هیچ تعارضی نمی‌تواند میان قواعد شکلی مصونیت و قواعد ماهوی آمره وجود داشته باشد. اولاً این فرضیه که قواعد شکلی مصونیت و قواعد ماهوی آمره هیچگاه رو در روی هم قرار نمی‌گیرند، با نگاهی به پرونده پینوشه نیز رد می‌شود. چرا که در این پرونده، واقعاً رویارویی و تعارض بوجود آمده بود و در نهایت قاعده آمره بر ادعای مصونیت چیره شد. ثانیاً رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی، از این جهت دچار ایراد شد که بیان نکرد قواعد آمره صرفاً ماهوی نیستند و در برخی موارد می‌توانند شکلی نیز باشد و از طرف دیگر مصونیت، صرفاً شکلی محض نیست و می‌تواند صورتی ماهوی نیز داشته باشد.<sup>۳</sup>

1. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit. para. 96.

۲. برای اطلاعات بیشتر، نک:

عباسعلی کدخدایی و علی داعی، «سلب مصونیت دولت ایران در محاکم امریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۸۹)، دوره ۲۷، شماره ۴۳، صص ۱۳ - ۳۸؛ علیرضا ظاهری، «تحولات قاعده مصونیت دولت: تاثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۸۳)، شماره ۳۰، صص ۱۱۹-۱۷۷؛ محمد حبیبی معجده، سید علی حسینی آزاد و الناز رحیم‌خوئی، «نقد عملکرد ایالات متحده امریکا در نقض مصونیت دولت‌ها در آیین حقوق بین‌الملل و رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۹۳)، شماره ۵۱، صص ۹۶ - ۶۷.

3. Anogika Souresh, op. cit. at 26; See also: Anthony J. Colangelo, "Jurisdiction, Immunity, Legality, and Jus Cogens", Chicago Journal of International Law, Vol. 14, No. 1, (2013), at 57.

### ۳-۱-۲. بررسی حق بر دادخواهی بعنوان قاعده آمره

استدلال حق بر دادخواهی یا دسترسی به عدالت در راستای نفی استدلال دیوان بر این اساس شکل گرفت که قربانیان اعمال آلمان در طول جنگ دوم جهانی هیچ راه دیگری جز توسل به محاکم ایتالیا نداشتند و اگر قائل به حق آنها در این اقدام هم نباشیم، آنگاه حق بر دادخواهی آنان نقض شده و آنها را از دستیابی به عدالت محروم کرده‌ایم. بن‌مایه این استدلال توسط قاضی ترینداد در نظریه‌ی مخالفی که در پرونده مصونیت‌های صلاحیتی ارائه کرد، نهاده شد. وی نگرانی خود را در این خصوص بیان داشت و معتقد بود که دیوان با شکلی ندانستن قاعده آمره به ضرر قربانیان عمل کرده است.<sup>۱</sup> این دغدغه به وضوح در دیدگاه قضات مخالف در رأی قرار بازداشت نیز مشاهده می‌گردد.<sup>۲</sup>

آنتونیو کاسسه معتقد است که حق بر دادخواهی یا دسترسی به عدالت یک هنجار دارای ویژگی قاعده آمره می‌باشد.<sup>۳</sup> حق بر دادخواهی مربوط به این است که آیا یک دادگاه بایستی اختیار قانونی خود را در جهت اعطای امکان جبران قانونی به قربانیان اعمال کند یا خیر؟ و بنابراین این مسأله موضوعی است که به پذیرش و قابلیت استماع دعوی مربوط می‌شود و نه اعمال صلاحیت. لذا قطعاً این حق ماهیتی شکلی و مربوط به آیین دادرسی دارد.

چنانچه از استدلال کاسسه بهره برده شود و حق بر دادخواهی، یک قاعده آمره دانسته شود؛ به این معنی خواهد بود که تعارض قواعدی میان قواعد شکلی آمره و ویژگی شکلی قاعده مصونیت پدید خواهد آمد. با این حال آمره بودن حق بر دادخواهی محل تردید است. همچنین با اینکه کاسسه در توجیه استدلال خود به آرای قضایی استناد کرده است اما اظهارنظرهای قضایی بسیار اندکی وجود دارد که حق بر دادخواهی را دارای ویژگی آمره دانسته باشند.<sup>۴</sup>

1. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit. (Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade) paras. 296-297.

2. ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000, op. cit. (Dissenting opinion of judge Al-khasawneh, Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert).

3. STL, In the Matter of El Sayed (Order Assigning Matter to Pre-Trial Judge) STL CH/PRES/2010/01, (2010), para. 29.

4. Ibid; Inter-American Court of Human Rights, Goiburú v Paraguay, Judgment, Series C. No. 153, (2006), para. 131; Inter-American Court of Human Rights, Pueblo Bello Massacre v Colombia (Separate Opinion of Judge Trindade) Series C.

در حقیقت این اظهارنظرها عموماً در نظرات جداگانه‌ای در دیوان آمریکایی حقوق بشر یافت می‌شوند که با رأی اصلی مخالفت دارند. از طرف دیگر قواعدی مانند ممنوعیت شکنجه، ژنوسید و جنایات جنگی نخست در احکام صادره از دادگاه‌های ملی و بین‌المللی یافت شد و سپس در معاهدات متعدد تحت نظم و تدوین در آمد.<sup>۱</sup> اما حق بر دادخواهی چنین نیست. بنابراین به نظر، این ادعای چندان مستحکمی نیست که گفته شود حق بر دادخواهی به مرتبه قواعد آمره نائل شده، با این حال این نظریه بسیار قابل تأمل است.

## ۲-۲. تحلیل مصداقی تفکیک میان قواعد مصونیت و قواعد آمره

در این قسمت به این پرسش پاسخ داده می‌شود که آیا عملکرد دیوان در تعیین مصداق قواعد شکلی و ماهوی درست بوده است یا خیر؟ بعبارت دیگر آیا واقعاً و بر اساس مبانی حقوقی می‌توان قاطعانه بیان داشت که تمام قواعد آمره دارای ویژگی ماهوی هستند و از آن طرف، تمام قواعد راجع به مصونیت، طبیعتی شکلی دارند.

### ۲-۲-۱. آیا قواعد مصونیت ماهیتی شکلی دارند؟

در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی، با یادآوری دعوای کنگو علیه بلژیک بیان شد که «قواعد راجع به مصونیت دولت‌ها ویژگی شکلی دارند و ... مربوط به تعیین اعمال صلاحیت دادگاه یک دولت نسبت به دولت دیگر می‌باشد».<sup>۲</sup> بدین ترتیب دادگاه‌های یک کشور حتی در رابطه با نقض‌های قواعد آمره نمی‌توانند صلاحیت خود را نسبت به یک دولت دیگر اعمال کنند. این در حالی است که نظر به ماهیت عام‌الشمول قواعد آمره، تمام دولت‌ها در مواقع نقض این قواعد دارای صلاحیت جهانی هستند.<sup>۳</sup> یعنی از

No. 140, (2006), paras. 63-65; Inter-American Court of Human Rights, *Baldeon-Garcia v Peru* (Separate Opinion of Judge Trindade) Series Series C. No. 147, (2006), paras. 9-10; Inter-American Court of Human Rights, *Dismissed Congressional Employees v. Peru* (Separate Opinion of Judge Trindade), Series C. No. 158, (2006), paras. 4-7.

1. Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1984); Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1948); Rome Statute of the International Criminal Court, (1998).

2. ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, op. cit. para. 93

3. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University Program in Law and Public Affairs, (2001), Available at: <http://hrlibrary.umn>.

اختیار و قدرت قانونی برای رسیدگی به پرونده در قالب یک فرآیند قضایی برخوردارند.<sup>۱</sup>

در واقع به نظر می‌رسد از آنجایی که تمام دولت‌ها دارای صلاحیت جهانی برای قضاوت در مورد نقض‌های قواعد آمره هستند، بالتبع تمامی ملزومات اعمال صلاحیت قضایی را نیز بطور کامل در اختیار دارند. بعلاوه به موجب طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی، دولت‌ها تعهد به غیرقانونی شناختن هرگونه نقض هنجارهای آمره دارند.<sup>۲</sup>

عبارات ماده ۴۱ طرح مواد راجع به مسئولیت، در قضیه دیوار حائل توسط دیوان بین‌المللی دادگستری تکرار شد.<sup>۳</sup> این رأی به طور ضمنی یک تعهد مثبت به شناسایی غیرقانونی بودن اعمال ناقض قواعد آمره را مطرح می‌کند و لذا پیشنهاد می‌دهد که دیوان باید قدرت قانونی خود را برای غیرقانونی خواندن آن بکار بندد. از این جهت معیار لازم برای قابلیت پذیرش نیز مهیا می‌شود. بنابراین الزامات رسیدگی تکمیل می‌شوند. این امر نشان می‌دهد که قواعد مصونیت هیچ مانع شکلی پیش روی دادرسی بوجود نمی‌آورند.<sup>۴</sup> همچنین برخی از حقوقدانان بیان می‌دارند که «مصونیت، دفاعی ماهوی در برابر مسئولیت جبران خسارت<sup>۵</sup> است، نه یک دفاع راجع به صلاحیت مرجع صالح.»<sup>۶</sup> طبق این برداشت، فارغ از موضوع و ماهیت هر پرونده، کارویژه مصونیت این است که صرفاً نوعی حمایت اعطا می‌کند. حال اگر در مرحله رسیدگی، نقض قاعده آمره محرز گردید، آنگاه مصونیت موجب ایجاد یک دفاع ماهوی در برابر مسئولیت می‌شود.

edu/ instree/ princeton. html. Last visited December 16, 2021; Tanaz Moghadam, "Revitalizing Universal Jurisdiction: Lessons from Hybrid Tribunals Applied to the Case of Hissene Habre" Colum.Hum.Rts.L.Rev., Volume 39, Issue 2 (2008) at 477.

1. Anthony J. Colangelo, op. cit. at 57.

2. ILC, op. cit. Art. 41(2).

3. ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, (2004), paras. 159-160.

4. Anogika Souresh, op. cit. at 28.

5. Liability.

6. Anthony J. Colangelo, op. cit. at 57.



برای مثال در قضیه قرار بازداشت، دیوان بیان داشت که «مصونیت از صلاحیت ... به معنی ... معافیت از عواقب جرایم ارتكابی نخواهد بود».<sup>۱</sup> اگر مصونیت دفاعی شکلی بود، پرونده بدواً مطرح نمی‌شد و مسئولیت حقوقی اصلاً بیان نمی‌شد که در نهایت بخواهد به عدم کیفر و معافیت منتهی شود. از طرف دیگر اگر مصونیت، یک دفاع ماهوی در برابر مسئولیت باشد، ماهیت پرونده مورد رسیدگی واقع می‌شد. به منظور تضمین اینکه مصونیت به معنی معافیت نیست، ضرورتاً لازم است که مصونیت دفاعی ماهوی در برابر مسئولیت باشد. یعنی نقض احراز شود اما مصونیت مانع احراز مسئولیت شود. دیوان بین‌المللی دادگستری، هرچند اشاره‌ای به اعمال صلاحیت بر دولت دیگر نکرده است اما دیگر روش‌هایی که می‌توان افراد را مورد پیگرد قرار داد مانند پیگرد توسط دادگاه بین‌المللی و یا پس از انصراف از مصونیت را متذکر شده است. قاضی ون دن وینگرت نیز بیان می‌کند که در عمل «مصونیت به معافیت منتهی می‌شود».<sup>۲</sup> بنابراین لازم است که دادگاه‌های کشور خارجی، صلاحیت جهانی خود را اعمال کنند و برای رسیدن به این منظور، ضرورتاً مصونیت باید دفاعی ماهوی تلقی شود و نه شکلی.<sup>۳</sup> از این رو این مسأله همچنان سؤال برانگیز است که آیا مصونیت‌ها ماهیتاً و طبیعتاً شکلی هستند یا خیر؟ اگر برخلاف نظر دیوان، ذیل استدلال‌های مطرح شده مصونیت دفاع ماهوی در نظر گرفته شود، در این صورت تعارضی میان دو دسته قواعد ماهوی یعنی قواعد مصونیت و قواعد آمره پدید خواهد آمد.<sup>۴</sup>

## ۲-۲-۲. آیا قواعد آمره صرفاً ویژگی ماهوی دارند؟

در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی قواعد آمره، قواعدی ماهوی قلمداد شد که به تعیین قانونی یا غیر قانونی بودن یک عمل خاص می‌پردازد.<sup>۵</sup> به‌رغم استدلال دیوان بنظر می‌رسد که نمی‌توان برخی عناصر شکلی قواعد آمره را نادیده گرفت و بر این اساس نمی‌توان آنها را قواعد ماهوی محض خواند.

1. ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000, op. cit. para. 60.

2. Ibid. (Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert) para. 34.

3. Anogika Souresh, op. cit., at 28.

4. Ibid., p. 29.

5. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit. para. 58.

نظر به مراتب فوق، برخی اندیشمندان بیان داشته‌اند که «هر قاعده آمره در بردارنده یا متضمن یک قاعده شکلی نیز می‌باشد تا اجرای قضایی آن را تضمین نماید».<sup>۱</sup> ایشان استدلال می‌کنند، از آنجا که تمام قواعد آمره، قواعدی عام‌الشمول هستند، لذا بایستی متضمن ضمانت اجراهای برتر نیز باشند.<sup>۲</sup> همچنین پیرو همین نگرش می‌توان استدلال نمود که اجرای قواعد آمره نیازمند قواعد شکلی اجرایی است. چنانچه هیچ وسیله و ابزاری برای اجرا وجود نداشته باشد، قواعد آمره با اینکه در رأس سلسله‌مراتب منابع حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند، عملاً ناتوان خواهند بود.

در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی گفته شد که قواعد آمره همیشه بر هر قاعده حقوق بین‌الملل که با آن تعارض داشته باشد، ارجحیت خواهد داشت.<sup>۳</sup> از این رو برتری سلسله‌مراتبی قواعد آمره به لحاظ نظری قابلیت اجرایی یافتن آن قواعد را نیز به گونه‌ای مقدم بر دیگر قواعد حقوق بین‌الملل تضمین می‌نماید. لذا منطقی به نظر می‌رسد که نتیجه گرفته شود «هر قاعده آمره، فی نفسه عناصری شکلی و اجرایی را در بر دارد».<sup>۴</sup> این بدان معنی است که نوعی تعارض قواعد میان اجرای شکلی<sup>۵</sup> قواعد آمره و قواعد شکلی مصونیت وجود دارد. هرگاه چنین تعارضی پدید آید، اصولاً باید قاعده دارای ویژگی آمره، جایگزین قواعد مصونیت شده و نسبت به آن مرجح باشد.

از طرف دیگر تعیین آمره بودن یک قاعده توسط دادگاه امری شکلی است، چرا که دادگاه باید مشخص کند آیا قاعده نقض شده است و اینکه آیا نقض واقع شده ایجاد صلاحیت می‌کند یا خیر؟ در پرونده مجازات کن یا استرداد؛ دیوان بیان داشت که «دولت برای اجرای تعهد خود مبنی بر ایجاد صلاحیت جهانی برای محاکم خود، باید نسبت به جرم شکنجه [بعنوان یک قاعده آمره] به منزله شرط لازم برای شروع فرآیند رسیدگی تصمیم گرفته باشد».<sup>۶</sup> به منظور اعمال صلاحیت جهانی، در وهله نخست باید یک جرم

1. Kerstin Bartsch & Bjorn Elberling, "Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision", GLJ, Vol. 4, Issue 5, (2003), at 486.

2. Ibid., at 487.

3. ICJ, Jurisdictional Immunities of the State, op. cit. para. 92.

4. Kerstin Bartsch & Bjorn Elberling, op. cit. at 488.

5. Procedural Enforcement.

6. ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Judgment, (2012), paras. 74 and 99.

شدید به موجب حقوق بین‌الملل مانند نقض قاعده آمره رخ دهد.<sup>۱</sup> نتیجه این می‌شود که فرآیند شکلی ارزیابی صلاحیت، مستلزم بررسی قاعده نقض شده می‌باشد. بنابراین روشن است که مرز و معیار تفکیک قواعد شکلی و ماهوی در مورد قواعد آمره چندان متقن و مشخص نیست و این قواعد دارای عناصری شکلی نیز می‌باشند که مورد توجه دیوان قرار نگرفته است. دلیل اینکه آن قسمت از رأی دیوان در مورد تمایز میان قواعد ماهوی و شکلی قانع‌کننده نیست، همین است که در مورد ماهیت و طبیعت قواعد آمره هیچ ارزیابی و تحلیلی توسط دیوان بعمل نیامده است.

### نتیجه‌گیری

رویکرد اتخاذی از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری، شرایطی را پدید آورده است که برخورد با ناقضان قواعد آمره به آسانی امکانپذیر نباشد. هر چند در خصوص مقامات عالی‌رتبه کشورها که مرتکب جرائم بین‌المللی شوند، این امید وجود دارد که در صورت پایان یافتن دوره خدمت بتوان به جرم ارتكابی رسیدگی کرد اما در مورد مصونیت دولت، دوره‌ای برای پایان مصونیت این نهاد قابل تصور نیست. از سویی روشن است که در حال حاضر رویه‌ای در سطح جهانی شکل گرفته که در قالب دکترین مصونیت محدود، استثنائاتی را نسبت به مصونیت دولت‌ها مطرح می‌کند. با این حال دیوان کاملاً تحولات این حوزه را نادیده می‌گیرد.

البته در هر دو رأی صادره در قضایای قرار بازداشت (کنگو علیه بلژیک ۲۰۰۲) و مصونیت‌های صلاحیتی (آلمان علیه ایتالیا ۲۰۱۲)، دیوان راجع به محاکمه توسط دادگاه‌های داخلی کشورها اظهار نظر کرده است و طبق قواعد حقوق بین‌الملل و ذیل نظر غالب در این خصوص، مصونیت مانع رسیدگی در محاکم بین‌المللی نخواهد شد. با این وجود از آنجا که احراز و اثبات مبنای صلاحیتی برای رسیدگی دادگاه‌های بین‌المللی به راحتی میسر نیست، خطر عدم پاسخگویی در برابر نقض فاحش حقوق بین‌الملل و در نتیجه بی‌کیفرمانی مرتکبین جنایات بین‌المللی و عدم جبران خسارت از قربانیان نقض قواعد آمره عمیقاً تشدید می‌شود.

---

1. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, op. cit., Art. 2.

در چنین وضعیتی مشکل اساسی آن است که استدلال دیوان در پاسخ به قضایای مطرح شده، بصورت قطعی قابل دفاع نیست. نظرات متعددی درباره نوع مناسبات میان قواعد مصونیت و قواعد آمره از سوی حقوقدانان مطرح گردیده است که جای تأمل دارد. درست است که دیوان بدعت گذار تفکیک قواعد شکلی و ماهوی نبوده اما واقعیت این است که مرز دقیق بین این دو دسته قواعد و نیز مصادیق آنها در حقوق بین الملل هنوز کاملاً مشخص نیست و علاوه بر آن دیوان هم معیاری برای این تقسیم بندی ارائه نکرده است. در واقع همانطور که در این پژوهش بحث شد، قواعد شکلی و ماهوی مناسبات متنوعی با هم داشته و حتی گاهی از هم تأثیر می پذیرند. بعبارت دیگر رابطه میان قواعد شکلی و ماهوی در حقوق بین الملل، جدایی محض و عدم تأثر مطلق نیست؛ در حالی که دیوان توجهی به این تعاملات نشان نداده است و آنها را کاملاً منفک و مجزا تلقی می کند.

علاوه بر این برخی از حقوقدانان در خصوص شکلی بودن قواعد مصونیت و ماهوی بودن قواعد آمره تشکیک کرده اند. بنابراین، نظر دیوان تنها یکی از نظرات قابل تأمل موجود در خصوص مناسبات مصونیت و قاعده آمره است که با توجه به انتقاداتی که به آن وارد شده، مشخص است که دیوان حتی در امر اقتناع افکار نسبت به دلیل گرینش این رویکرد نیز چندان موفق نبود. بدون شک یکی از دلایل عمده این نگرانی ها و انتقادات، بی توجهی دیوان به توالی فاسد چنین انتخابی است که نه تنها جامعه جهانی را بی اعتماد بلکه بنیان های نظم حقوقی موجود را نیز بی رمق می گرداند.

با توجه به اینکه کنار گذاشتن مصونیت در حقوق بین الملل نیز به سادگی میسر نیست و می تواند موجب نابهنجاری در نظم و استفالیایی موجود شود، به نظر می رسد که در چنین شرایطی بویژه در وضعیتی که نقض قاعده آمره مورد ادعا قرار می گیرد، مناسب تر است دیوان حداقل به یکی از این دو مسئله اعتنای بیشتری نشان دهد: ۱- در صورت اصرار دیوان بر تفکیک میان قواعد شکلی و ماهوی، استدلال های متقن و قابل دفاعی در خصوص معیار و ملاک این تقسیم بندی ارائه دهد؛ ۲- دیوان با کنار گذاشتن این نوع تفکیک، خود را با تحولات موضوع مصونیت به ویژه استثنائات آن هم پا و هم سو ببیند و به حل چالش های اساسی این حوزه کمک نماید.

## تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

## ORCID

Mahshid Ajeli Lahiji

 <https://orcid.org/0000-0001-9238-810X>

Seyed Ali Hoseini Azad

 <https://orcid.org/0000-0002-9154-1536>

Majid Zahmatkesh

 <https://orcid.org/0000-0001-7171-6688>

## منابع

### کتاب‌ها

- ابراهیم گل، علیرضا، مسئولیت بین‌المللی دولت؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، چاپ دوم (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹)

### مقاله‌ها

- حبیبی مجنده، محمد، سید علی حسینی آزاد و الناز رحیم‌خوئی، «نقد عملکرد ایالات متحده آمریکا در نقض مصونیت دولت‌ها در آیین حقوق بین‌الملل و رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۹۳)، شماره ۵۱.
- ظاهری، علیرضا، «تحولات قاعده مصونیت دولت: تاثیر قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با تروریسم ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۸۳)، شماره ۳۰.
- کدخدایی، عباسعلی و علی داعی، «سلب مصونیت دولت ایران در محاکم آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، (۱۳۸۹)، دوره ۲۷، شماره ۴۳.

## References

### Books

- Cannizzaro, E., "A Higher Law for Treaties?", in: Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford: OUP, 2011).
- Chamberlayne, Charles, *A Treatise on the Modern Law of Evidence* (London: Sweet & Maxwell Limited 1911).

- Ebrahim-Gol, Alireza, *International Responsibility of the Government; Text and Description of the Articles of the International Law Commission*, Second Edition (Tehran: Shahr-e Danesh Institute of Legal Studies and Research, 2019). [In Persian]
- Kleffner, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (New York: OUP, 2008).
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Edition (London and New York: Taylor & Francis e-Library, 2002).
- Milano, E., "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?", in: *Netherlands Yearbook of International Law* (New York: CUP, 2004).
- Orakhelashvili, A., *Peremptory Norms in International Law* (New York: OUP, 2006).
- Savigny, Friedrich Karl Von, *Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws: And the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time* (Edinburgh: T.&T. Clark 1869).

## Articles

- Bartsch, Kerstin and Bjorn Elberling, "Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision" GLJ, Volume 4, Issue 5, (2003).
- Colangelo, Anthony J., "Jurisdiction, Immunity, Legality, and Jus Cogens", *Chicago Journal of International Law*, Volume 14, No. 1 (2013).
- Cook, Walter Wheeler, "'Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, Volume 42, (1993).
- Douglas, Z., "The MFN Clause in Investment Treaty Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Issue 1, (2011).

- Fawcett, James, "The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?", *BYBIL*, Volume 31, (1954).
- Habibi Mojandeh, Mohammad, Seyed Ali Hosseini Azad & Elnaz Rahim-Khoei, "Criticism of the Performance of the United States of America in Violating the Immunity of States in the Mirror of International Law and the 2012 Judgment of the International Court of Justice", *International Law Review*, Vol. 31, No. 51, (2013). [In Persian]
- Kodkhodaei, Abbas Ali & Ali Daiee, "Deprivation of Immunity of the Iranian Government in American Courts", *International Law Review*, Volume 27, No. 43 (2009). [In Persian]
- Moghadam, Tanaz, "Revitalizing Universal Jurisdiction: Lessons from Hybrid Tribunals Applied to the Case of Hissene Habre", *Colum. Hum. Rts. L.Rev.*, Vol. 39, Issue 2, (2008).
- Souresh, Anogika, "Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong", *European Journal of Legal Studies*, Volume 9, No. 2 (2017).
- Trapp, Kimberley & Alex Mills, "Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy", *CJICL*, *CJICL*, Volume 1, No. 1, (2012).
- Talmon, Stefan, "Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, Issue 4 (2012).
- Talmon, Stefan, "The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?", in: C. Tomuschat and J. M. Thouvenin (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2005).
- Tams, C., "Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription", in: J. Crawford et. al. (eds.), *The Law of International Responsibility* (New York: OUP, 2010).

- Wagner, M. L., “Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice”, *California Law Review*, Volume 74, No. 5, (1986).
- Webb, Philippa, “Human Rights and the Immunities of State Officials”, in: Erika de Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford: OUP, 2012).
- William, D., “Jurisdiction and Admissibility”, in: P. Muchlinks, F. Ortino, and C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: OUP, 2008).
- Zaheri, Alireza, “Developments in the Rule of State Immunity: The Effect of the Judiciary Law of the Islamic Republic of Iran and the Anti-Terrorism Law of the United States of AmericaL”, *International Law Review*, Volume 21, No. 30, (2004). [In Persian]
- Zimmermann, A., “Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks”, *Mich. JIL*, Volume 16, Issue 2 (1995).

### **International Documents**

- Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1984).
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) Entered into force on 12 January, (1951).
- ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary on Art. 44, UN Doc. A/56/10, (2001).
- Rome Statute of the International Criminal Court, (1998).
- Statute of the International Court of Justice, (1945).
- The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University Program in Law and Public Affairs, (2001), Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html>. Last visited December 16, 2021.



- Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, (1969).

## Cases

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (1950).
- ECtHR, Case of Al-Adsani v. the United Kingdom, Application no. 35763/97, Judgment, (2001).
- House of Lords, Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, 1 AC 270, (2007).
- ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, (2006).
- ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, (2002).
- ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, (1997).
- ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, (Hungary v. Romania) (Second Phase) Advisory Opinion, (1950).
- ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) Judgment, (2012).
- ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, (2004).
- ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, (2004).
- ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, (2011).
- ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) Judgment, (2012).

- ICJ, SouthWest Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, (1962).
- ICSID, Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Case No. ARB/06/5, Award, (2009).
- Inter-American Court of Human Rights, Baldeon-Garcia v Peru, Inter-American Court of Human Rights Series C No 147, (2006).
- Inter-American Court of Human Rights, Dismissed Congressional Employees v. Peru, Inter-American Court of Human Rights Series C No 158, (2006).
- Inter-American Court of Human Rights, Goiburu v Paraguay, Inter-American Court of Human Rights Series C No 153, (2006).
- Inter-American Court of Human Rights, Pueblo Bello Massacre v Colombia, Inter-American Court of Human Rights Series C No 140, (2006).
- SCSL, Decision on Immunity from Jurisdiction, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-I-059, Appeals Chamber, (2004).
- STL, In the Matter of El Sayed (Order Assigning Matter to Pre-Trial Judge) STL CH/PRES/2010/01, (2010).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

**استناد به این مقاله:** آجلی لاهیجی، مهشید، سید علی حسینی آزاد، زحمتکش، مجید، «تقابل مصونیت و مسئولیت ناشی از نقض قاعده آمره در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، پژوهش حقوق عمومی، ۲۴(۷۷)، (۱۴۰۱)، ۲۷۰-۲۳۷.

Doi: 10.22054/QJPL.2022.63539.2677