

## مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل

| **میرمصطفی سیداشرفی** | دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و  
بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی،  
تهران، ایران

| **محسن محبی\*** | استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم  
سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

| **سیدعلی هنجنی** | دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم  
سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

| **صابر نیاورانی** | استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم  
سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

### چکیده

هرچند مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم بین‌المللی محل تردید نبوده و اسناد مؤسس و رویه این محاکم بر عدم مصونیت سران و مقامات دولت‌ها صحه می‌گذارند، اما استناد به مصونیت این مقامات نزد محاکم داخلی کشورها همواره محل بحث بوده است و لزوم محاکمه مرتکبین جنایات بین‌المللی، صرف‌نظر از مقام و جایگاه آن‌ها و همچنین لزوم اجرای عدالت کیفری و مبارزه با بی‌کیفرمانی در خصوص همه متهمان، بر مباحثات علمی در این خصوص افزوده است. محاکم داخلی برخی کشورها نیز ضمن پذیرش این استدلال‌ها، محاکمه مقامات رسمی سایر کشورها را شروع نموده‌اند و همین امر لزوم تبیین جنبه‌های مختلف موضوع را در پرتو تحولات نوین حقوق بین‌الملل

آشکار می‌نماید. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز در راستای وظیفه خود در خصوص تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل، بر آن شد که موضوع مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم داخلی کشورها را در دستور کار قرار دهد. تاکنون شش ماده اولیه طرح به تصویب مقدماتی کمیسیون رسیده و ماده هفت نیز با عنوان استثنائات این نوع از مصونیت در حال بررسی است.

**واژگان کلیدی:** مصونیت کیفری، مقامات رسمی، مصونیت شغلی، مصونیت شخصی، کمیسیون حقوق بین‌الملل

### مقدمه

«نظم حقوقی بین‌المللی بر پایه برابری و حاکمیت دولت‌هایی بنا نهاده شده که تابعان اصلی جامعه بین‌المللی هستند. از این رو، حاکمیت، اگر نگوییم ستون اصلی، رکن مهم حقوق بین‌الملل است» (Pedretti, 2015: 1). به منظور حفظ و رعایت حرمت این حاکمیت، دولت‌ها به‌عنوان تابعان و واضعان اصلی حقوق بین‌الملل از مصونیت برخوردار بوده و این امر یکی از اصول حقوق بین‌الملل عرفی است که بر اساس آن دولت‌ها از حوزه شمول اقتدارات تقنینی، قضایی و اجرایی یکدیگر مستثنا هستند. (Yang, 2012: 11) هیچ دولتی نمی‌تواند دولت دیگر را در نظام حقوقی داخلی خود مورد محاکمه قرار دهد و مقامات رسمی دولت هم به‌عنوان اینکه بخشی از دولت هستند دارای مصونیت هستند (Akande, 2004: 407). برخی نیز این مصونیت را حق دولت تلقی کرده و معتقدند «دولت و ارکان آن حق دارند که به سبب اعمالی که انجام می‌دهند، از جانب ارکان قضایی سایر دولت‌ها مسئول تلقی نشوند» (Brohmer, 1997: 3). معنای روشن این تعریف، عدم امکان اعمال صلاحیت قضایی دادگاه‌های داخلی بر دولت‌های خارجی یا به گفته پروفیسور یان براون لی، «مصونیت از صلاحیت محلی» است (Brownlie, 1998: 329). بنابراین مصونیت دولت در اصل زمانی مطرح می‌شود که دولت یا یکی از ارکان آن، بدون رضایت آن دولت، در محاکم دولت یا دولت‌های دیگر تحت تعقیب قضایی قرار گیرد. (Harris, 1991: 306-307)

غلبه گفتمان حقوق بشری در ادبیات حقوق بین‌الملل در چند دهه گذشته زمینه طرح دعاوی متعددی در دادگاه‌های ملی و بین‌المللی علیه دولت‌ها و مقامات رسمی آن‌ها به بهانه نقض حقوق بشر و ارتکاب جنایات بین‌المللی را فراهم نمود. فقط در خلال سال‌های ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳ بیش از بیست دعا از این نوع مطرح شد (Krieger, 2014: 178-179).

بارد ایده جنایات بین‌المللی دولت و زدودن توهم کیفری شدن مسئولیت دولت‌ها از طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مسئولیت دولت‌ها، صرفاً مسئولیت کیفری افراد در قبال این‌گونه جرائم قابل طرح است که حقوق و رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی به خوبی جنبه‌های مختلف

موضوع را واکاوی نموده و توسل به مصونیت به عنوان دفاع در قبال ارتکاب جنایات بین المللی را نمی پذیرند (خانلری المشیری، ۱۳۸۸: ۷۱-۴۵).

### ۱. مروری بر تاریخچه طرح موضوع در کمیسیون حقوق بین الملل

هرچند کمیسیون در کارهای قبلی خود نیز به موضوع مصونیت های مقامات رسمی ورود پیدا کرد،<sup>۱</sup> ولی به دو دلیل تدوین طرحی مستقل در خصوص مصونیت مقامات رسمی از صلاحیت کیفری خارجی ضروری می نمود. اول اینکه کارهای قبلی به موضوع مصونیت به طور کلی و صرف نظر از نوع آن پرداخته اند. دیگر اینکه در طرح های قبلی کمیسیون تمرکز بیشتر بر مصونیت سران در کشور پذیرنده و محل اقامت مقامات بوده است، در حالی که موضوع مصونیت کیفری کلیه مقامات رسمی و در کلیه کشورهای خارجی و صرف نظر از حضور یا عدم حضور آنها نیازمند بررسی جدی است. لذا، کمیسیون در پنجاه و هشتمین اجلاس خود در سال ۲۰۰۶ موضوع را در دستور کار خود قرار داد.<sup>۲</sup> کمیته ششم مجمع عمومی از این تصمیم استقبال نمود و توصیه نمود که هنگام بررسی کمیسیون توجه خاصی به لزوم برخورداری مقامات رسمی از مصونیت به جهت نقش آن در حفظ ثبات در روابط میان کشورها داشته باشد. کمیسیون در پنجاه و نهمین نشست خود در سال ۲۰۰۷ تصمیم گرفت که موضوع را در دستور کار جاری خود قرار دهد.<sup>۳</sup> این تصمیم طی قطعنامه ای در دسامبر ۲۰۰۷ مورد تأیید مجمع عمومی قرار گرفت.<sup>۴</sup>

کمیسیون آقای رومن آناتولیویچ کولودکین حقوق دان روسی را به عنوان اولین گزارشگر ویژه موضوع انتخاب کرد. وی<sup>۵</sup> در دوران گزارشگری خود سه گزارش به کمیسیون تقدیم نمود. به دلیل

۱. در خلال تهیه پیش نویس طرح های مربوط به روابط کنسولی، روابط دیپلماتیک، مأموریت های ویژه و نمایندگی دولت ها در روابط خود با سازمان های بین المللی جهانی هم کمیسیون به موضوع مصونیت مقامات رسمی وارد شد.

(نک: Yearbook of international Law Commission, 1958, vol. II, pp. 97-99)

طرح کمیسیون حقوق بین الملل در خصوص منع و مجازات جنایات ارتكابی علیه اشخاص تحت حمایت بین المللی نیز اشاراتی به مصونیت سران و مقامات رسمی کشورها دارد (نک: Yearbook of International Law Commission, 1972, vol. II, pp. 313-314)

2. See: Yearbook of International Law Commission, 2006, vol. II (Part Two), p. 185, para. 257.

3. See: Yearbook of International Law Commission, 2007, vol. II (Part Two), p. 90, para. 376.

4. See: General Assembly Resolution 62/66, 6 December 2007.

عدم انتخاب مجدد آقای کولودکین<sup>۱</sup>، در ۲۲ می ۲۰۱۲ کمیسیون کانسپسیون اسکوبار هرناندز<sup>۲</sup> اسپانیایی را به عنوان گزارشگر ویژه منصوب کرد. وی تاکنون پنج گزارش مفصل تهیه کرده است.

## ۲. انواع مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی

تقسیم‌بندی متداولی که هم در رویه و هم در دکتترین حقوقی پذیرفته شده، تقسیم‌بندی مصونیت سران به مصونیت شخصی و مصونیت شغلی می‌باشد (Fox, 2008: 455; Tomonori, 2001: 261). مصونیت شغلی یا مصونیت کارکردی عموماً ناظر بر حمایت از اعمال رسمی است که مقامات رسمی به نمایندگی از دولت انجام می‌دهند و بدین معناست که اشخاص به واسطهٔ اعمالی که در ظرفیت و منصب رسمی خود انجام می‌دهند، مصونیت دارند (Cassese, 2002: 862-863). اما مصونیت شخصی به واسطهٔ شأن و جایگاهی که فرد دارد اعطا می‌شود و تنها به مقامات عالی رتبه اختصاص دارد (Zahar and Sluiter, 2008: 504).

کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود بر مادهٔ ۲ طرح مصونیت دولت‌ها و اموال آن‌ها این تقسیم‌بندی را پذیرفته است.<sup>۳</sup> مصونیت شخصی مقامات از جایگاه رسمی و پست سازمانی‌ای که دارند، نشئت می‌گیرد و مختص مقامات بلندپایهٔ دولت و نمایندگان سیاسی کشور فرستنده نزد کشور میزبان (بند ۱ مادهٔ ۳۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در زمینهٔ روابط دیپلماتیک) بوده و از نظر تاریخی نسبت به مصونیت شغلی قدمت بیشتری دارد. در مقابل، مصونیت شغلی نوعی از مصونیت است که به مقامات رسمی دولت که در سمت رسمی خود فعالیت می‌کنند، تعلق می‌گیرد.<sup>۴</sup>

گزارشگر دوم ضمن تأیید این تقسیم‌بندی معتقد است که دسته‌بندی مصونیت سران به دو شکل یادشده یک رهیافت روش‌شناسانهٔ مناسب برای تدوین طرح است. همچنین این امر را ممکن می‌سازد که نظام حقوقی متفاوتی را برای هر یک از این مصونیت‌ها پی‌ریزی کرد.<sup>۵</sup> پذیرش این تقسیم‌بندی و تأسیس دو نظام حقوقی متفاوت برای این دو نوع مصونیت نباید ما را از این امر مهم غافل کند که هر دو نوع مصونیت دارای یک هدف هستند و آن حفاظت از اصول، ارزش‌ها و منافع جامعهٔ بین‌المللی در کل می‌باشد.

1. Roman Anatolevich Kolodkin

2. Concepción Escobar Hernández

3. See: Yearbook of International Law Commission, 1999, vol. 2(part 2), pp. 18-19.

4. Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich

5. Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 55-56.

## ۲-۱. مصونیت شخصی

مصونیت شخصی قدیمی‌ترین نوع مصونیت بوده و دولت‌ها از همان ابتدای پیدایش حقوق مصونیت، سران کشورها را مصون از صلاحیت خارجی می‌دانستند (کچویان فینی، ۱۳۸۸: ۱۱۴۰). گزارشگر اول لزوم تبیین ماهیت این نوع از مصونیت کیفری مقامات رسمی را مورد تصریح قرار داد<sup>۱</sup> و معتقد است که گستره این نوع مصونیت هم در رویه قضایی و هم در دکتترین به خوبی تبیین شده و تقریباً مانند مصونیت سران هیئت‌های دیپلماتیک می‌باشد.<sup>۲</sup> جانشین وی خانم هرناوندز به‌ویژه در دومین گزارش خود این مهم را به انجام رساند و معتقد است که در مصونیت شخصی پاسخ به سه سؤال ضروری است. در سه بند به این موضوع خواهیم پرداخت.

### ۲-۱-۱. مقامات برخوردار از مصونیت شخصی

این مسئله که گزارشگر دوم آن را گستره فردی<sup>۳</sup> مصونیت شخصی می‌داند، به بررسی افرادی که به‌واسطه جایگاه بالایی که در دولت دارند و به این خاطر از این نوع مصونیت برخوردارند می‌پردازد. تعداد معدودی از کشورها و عده کمی از اعضای کمیسیون موافق تفسیر موسع مصونیت شخصی و تعمیم آن به هریک از مقامات رسمی که در عرصه بین‌المللی فعالیت دارند، بودند.<sup>۴</sup> این نوع از مصونیت ابتدا برای رؤسای کشورها در نظر گرفته شده بود که بعدها به رؤسای دولت‌ها نیز تعمیم یافت. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قرار بازداشت<sup>۵</sup> تصریح دارد که «در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده که علاوه بر نمایندگان دیپلماتیک و کنسولی، برخی مقامات عالی‌رتبه نظیر رئیس کشور، رئیس دولت و وزیر امور خارجه دارای مصونیت مدنی و کیفری از صلاحیت سایر کشورها هستند».<sup>۶</sup> برخی معتقدند که فهرستی که دیوان ارائه کرده حصری نبوده و تمثیلی است. این تفسیر لفظی در پرتو رویه دیوان تاب مقاومت ندارد. دیوان در قضیه برخی مسائل مربوط به معاضدت قضایی، دعوای جیبوتی علیه فرانسه این فرصت را پیدا کرد که فهرست افراد دارای مصونیت شخصی را گسترش دهد، اما دیوان مصونیت شخصی مقامات دیگر در آن دعوا (دادستان کل و رئیس امنیت

1. Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, paras. 78 - 80.

2. Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, paras. 78 - 80.

3. Subjective scope

4. Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Paras. 57 and 68.

5. Arrest Warrant

6. Arrest Warrant of Democratic Republic of the Congo V. Belgium, 11 April 2000.

ملی) را نپذیرفت.<sup>۱</sup> بر این اساس، کمیسیون حقوق بین‌الملل در جلسه مورخ ۶ و ۷ آگوست ۲۰۱۳ خود متن زیر را به‌عنوان ماده ۳ مورد پذیرش مقدماتی قرار داد:

«روسای کشور، روسای دولت و وزرای امور خارجه از اعمال صلاحیت کیفری خارجی، مصونیت شخصی دارند.»<sup>۲</sup>

### ۲-۱-۲. گستره موضوعی مصونیت شخصی

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مربوط به برخی مسائل ناظر بر معاضدت قضایی این نوع مصونیت را مطلق و کامل دانسته است. کامل بودن مصونیت شخصی به این معناست که روسای کشورها، روسای دولت‌ها و وزرای امور خارجه در مورد همه افعال و رفتار خود مصونیت کیفری دارند، بدون توجه به ماهیت عمل، محل وقوع آن و نوع سفر (رسمی یا شخصی). گزارشگر دوم ماده ۵ پیشنهادی خود را این‌گونه تنظیم نموده است:

«ماده ۵: گستره موضوعی مصونیت شخصی

۱- مصونیتی که روسای کشورها، روسای دولت‌ها و وزرای امور خارجه از آن برخوردارند همه افعال شخصی و رسمی که این افراد قبل یا در دوران تصدی خود انجام داده اند را شامل می‌شود.

۲- روسای کشورها، روسای دولت‌ها و وزرای امور خارجه به خاطر اعمال شخصی و رسمی که بعد از دوران تصدی خود انجام می‌دهند، مصونیت ندارند. این امر به سایر اشکال احتمالی مصونیت این افراد-که به خاطر اعمال رسمی در دیگر سمت‌های دوران بعد از تصدی خود دارند- لطمه ای وارد نمی‌کند.»

### ۲-۱-۳. محدوده و قلمرو زمانی مصونیت شخصی

گستره زمانی مصونیت شخصی مانند گستره موضوعی محل مناقشه نبوده و اجماع گسترده‌ای وجود دارد که مصونیت سران دولت و کشور و وزیر امور خارجه محدود به دوران تصدی آنهاست (Gaeta, 2002: 977). برخی ابهام‌ها در خصوص ماهیت حقوقی این نوع مصونیت وجود دارد. به‌عنوان مثال در رویه برخی کشورها مانند سوئیس تئوری مصونیت باقی‌مانده در خصوص سران اعمال می‌شود و معتقدند که برخی از مصونیت‌ها بعد از دوران تصدی نیز پابرجاست. یا برخی

1. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti V. France), www.icj-cij.org  
2. A/68/10, para. 48.

معتقدند که مصونیت سران به خاطر اعمال رسمی بعد از دوران تصدی نیز پابرجاست. با وجود این باید یادآور شد که چنین مواردی را باید مصونیت شغلی به حساب آورد.<sup>۱</sup>

خانم هرناوندز در بند ۷۹ گزارش سوم خود ماده ۶ را به ماهیت موقتی مصونیت شخصی اختصاص داده است: «مصونیت شخصی محدود به دوران تصدی روسای دولت، روسای کشور و وزرای امور خارجه بوده و بعد از پایان دوران تصدی به طور خودکار پایان می پذیرد.»  
کمیسیون در نشست آگوست ۲۰۱۳ خود ماده ۴ طرح با عنوان گستره مصونیت شخصی را به طور موقت مورد پذیرش قرار داد:

«ماده ۴: گستره مصونیت شخصی

۱- روسای کشور، روسای دولت و وزرای امور خارجه تنها در دوران تصدی خود از مصونیت شخصی برخوردارند.

۲- مصونیتی شخصی همه افعال اعم از شخصی و رسمی که روسای کشور، روسای دولت و وزرای امور خارجه قبل یا در دوران تصدی خود انجام می دهند را شامل می شود.

۳- خاتمه مصونیت شخصی به اعمال سایر قواعد حقوق بین الملل مربوط به مصونیت شغلی خدشه ای وارد نمی کند.<sup>۲</sup>

## ۲-۲. مصونیت شغلی

طبق رویکرد سنتی، اعمال ارتكابی توسط مقامات رسمی و نمایندگان دولت که در ظرفیت رسمی و در اجرای وظایف آنان بوده، قابل انتساب به فرد نبوده و جزء اعمال دولت محسوب می شود. بر این اساس، مصونیت شغلی ماهیت شکلی و مرتبط با آیین دادرسی<sup>۳</sup> نداشته و جنبه ماهوی دارد. برخی ضمن رد دیدگاه سنتی فوق معتقدند که مصونیت شغلی ماهیت شکلی داشته و قلمرو اجرایی کمتری دارد و فقط برخی اعمال رسمی مقامات دولتی را شامل می شود. بدین معنا که فقط درخصوص اعمال قانونی بین المللی و نه اعمال متخلفانه بین المللی صدق می کند. رویکرد سومی نیز وجود دارد که مصونیت شغلی را تنها محدود به اعمالی می داند که در راستای خدمات عمومی دولت انجام شده باشند (Douglas, 2012: 281).

مصونیت شغلی تنها نسبت به اعمال انجام شده در مناصب رسمی اعمال می شود (Mazzeschi, 2015: 4). به عبارت دیگر مصونیت شخصی به جایگاه شخص در دولت تعلق دارد، در حالی که در

1. Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Paras. 9-11.

2. A/68/10, para. 48.

3. Procedural

مصونیت شغلی این ماهیت اعمال ارتكابی است که تعیین کننده است. از این رو مهم ترین عنصر در مصونیت شغلی، تعریف اعمال رسمی و تمایز آن‌ها از اعمال انجام شده در سمت شخصی می باشد (Pedretti, 2015: 17). گزارشگر دوم مصونیت شغلی را این گونه تعریف می کند: «مصونیت شغلی به معنی مصونیت از صلاحیت کیفری خارجی می باشد که مقامات رسمی به خاطر اعمالی که در راستای اجرای وظایف خود انجام می دهند و می توان آن‌ها را اعمال رسمی نامید، از آن برخوردارند»<sup>۱</sup>.

### ۲-۲-۱. مفهوم «مقامات رسمی»

تبیین مفهوم واژه مقامات بسیار حائز اهمیت است، زیرا اشخاص دارای مصونیت را به ما می شناساند. در مصونیت شغلی تهیه فهرستی از افراد که دارای چنین مصونیتی هستند با توجه به تنوع و تعدد مقامات رسمی در حقوق داخلی کشورها امری تقریباً محال است. لذا تبیین معیارهای تشخیص مقامات رسمی حایز اهمیت است.

تعریف عامی از واژه مقامات رسمی در حقوق بین الملل به عمل نیامده است. تعاریف حقوق داخلی کشورها نیز با توجه به تفاوت نظام های حقوقی چندان راهگشا نیست. کمیسیون در تفسیر خود بر ماده ۳ طرح حاضر می گوید: دو دلیل برای اعطای مصونیت شخصی به سران کشورها، سران دولت ها و وزرای امور خارجه وجود دارد: دلیل ناشی از نمایندگی و دلیل کارکردی.<sup>۲</sup> برای تشخیص مقامات رسمی سه معیار قابل استخراج است:

۱. مقامات رسمی باید با دولت پیوند و رابطه ای داشته باشند؛ اعم از اینکه رابطه ناشی از قانون اساسی، قوانین عادی یا قرارداد باشد و صرف نظر از اینکه رابطه دائمی یا موقتی باشد. این رابطه می تواند قانونی یا عملی<sup>۳</sup> باشد.

۲. از نظر بین المللی نماینده دولت خود محسوب شده یا عهده دار وظایف بین المللی و داخلی هستند.

۳. اقتدارات دولتی را اعمال کرده و از جانب دولت عمل می کنند. اقتدارات دولتی اعم است از اقتدارات اجرایی، تقنینی و قضایی.<sup>۴</sup>

1. Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Paras. 13-14.

2. Commentary to Draft Article 3, para, 2, A/68/10, p. 58

3. De facto

4. Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Para 112.



خانم هرناوند سپس وارد بحث ترمینولوژی و واژه‌شناسی شده و با بررسی واژگان به کار رفته در معاهدات و اسناد بین‌المللی و از بین واژگانی مانند نمایندگان،<sup>۱</sup> مأموران،<sup>۲</sup> ارکان<sup>۳</sup> و مقامات رسمی،<sup>۴</sup> اصطلاح آخر را مناسب‌تر دانسته است.<sup>۵</sup>

کمیسیون در نشست مورخ هفتم تا یازدهم جولای ۲۰۱۴ بیان داشت: «منظور از مقام رسمی هر فردی است که دولت را نمایندگی نموده یا وظایف دولتی را اجرا می‌کند».<sup>۶</sup>

مقصود کمیسیون از به کار بردن کلمه افراد<sup>۷</sup> در تعریف مقامات رسمی این بوده تا تأکید نماید که فقط اشخاص حقیقی از مصونیت کیفری برخوردارند. در رویه بین‌المللی و داخلی برای مقامات رسمی علاوه بر افراد سه‌گانه دارای مصونیت شخصی و بدون قید انحصار از افراد زیر می‌توان نام برد: معاون اول رئیس جمهور، وزیر دفاع، وزیر کشور، دادستان کل، مقامات عالی‌رتبه نظامی و امنیتی. عبارت «فردی که دولت را نمایندگی می‌کند» باید به‌طور موسع تفسیر شده و هر مقام رسمی که عهده‌دار وظایف نمایندگی است را شامل شود. درخصوص سه مقام عالی‌رتبه دارای مصونیت شخصی باید گفت که نمایندگی ایشان به‌واسطه سمتی که دارند مستقیماً و بدون نیاز به هیچ‌گونه مجوز و اختیاری محرز است. در نمایندگی دولت توسط سایر مقامات به مقررات و قواعد نظام‌های داخلی بستگی دارد.

عبارت وظایف و اختیارات دولتی نیز باید به‌نحو وسیعی تفسیر شود به‌نحوی که فعالیت‌های دولت را شامل شده و کارکردهای تقنینی، اجرایی و قضایی را شامل شود. همچنین دو فعل «نمایندگی کردن» و «اجرا کردن» نباید به‌نحوی تفسیر شود که مفید معنای موقتی بودن مصونیت باشد.

هرچند مقامات رسمی معمولاً شامل کارمندان عالی‌رتبه و میانی می‌شود، ولی می‌توان مواردی را متصور شد که کارمندان مادون نیز مقام رسمی محسوب شوند. لذا سلسله مراتب میان کارکنان دولت در تعریف مقامات رسمی کارساز نیست.

کمیسیون در نشست مورخ هفتم تا یازدهم جولای ۲۰۱۴ ماده ۵ پیشنهادی گزارشگر را با اصلاحاتی و تحت همین شماره به تصویب مقدماتی رساند:

- 
1. Representatives
  2. Agents
  3. Organs
  4. Officials
  5. Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Paras 131-150.
  6. A/69/10, para. 131:
  7. individual”

«مقامات رسمی که در سمت رسمی خود عمل می‌کنند از اعمال صلاحیت کیفری خارجی مصونیت شغلی دارند».<sup>۱</sup>

کمیسیون در تفسیر این ماده می‌گوید ماده ۵ عنصر موضوعی مصونیت شغلی را بیان نموده و با ماده ۳ که گستره موضوعی مصونیت شغلی را بیان می‌کند برابر است.

عبارت «که در سمت رسمی خود عمل می‌کنند»<sup>۲</sup> گویای ماهیت رسمی اعمال مقامات بوده و ماهیت کارکردی مصونیت شغلی را نمایان می‌سازد.

### ۲-۲-۲. مفهوم «اعمال انجام شده در سمت رسمی»

اهمیت این عنصر تا جایی است که برخی از اعضای کمیسیون اعتقاد داشتند که تنها عنصر مهم مصونیت شغلی بوده و تبیین مفهوم اعمال رسمی کافی بوده و لازم نیست اشخاص برخوردار از این مصونیت مشخص شوند. این رهیافت مورد تأیید اکثریت اعضای کمیسیون نبوده و تبیین مفهوم اعمال رسمی در کنار مقامات رسمی ضروری دانسته شد.<sup>۳</sup>

«اعمال انجام شده در سمت رسمی» در مقابل «اعمال انجام شده در ظرفیت شخصی» بوده و هرچند این تمایز مفید بوده و به فهم اعمال رسمی کمک می‌کند ولی لازم است که معیارهای دقیقی تعیین شود.

دیوان در قضیه قرار بازداشت که ناظر بر صدور قرار بازداشت آقای عبدالله یرودا وزیر امور خارجه در حال خدمت کنگو توسط مراجع قضایی بلژیک<sup>۴</sup> بود، اشعار نمود مصونیت‌های اعطایی به وزیران امور خارجه به خاطر نفع شخصی این افراد نبوده، بلکه برای انجام بهتر وظایف است.<sup>۵</sup>

در قضیه مربوط به برخی مسائل ناظر بر معاضدت قضایی، هرچند دیوان در خصوص ادعای جیبوتی مبنی بر اینکه دادستان کل و رئیس امنیت ملی آن کشور مصونیت شغلی دارند رأی نداد ولی در قسمتی از رأی تصریح دارد که «لازم است اعمال انتسابی به آن‌ها در حوزه وظایفشان به‌عنوان ارگان دولت باشد».<sup>۶</sup>

1. A/69/10, para. 131:

Article 5: Persons enjoying immunity *ratione materiae*: State officials acting as such enjoy immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction.

2. Acting as such

3. Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Paras. 22-26.

4. Congo V. Belgium

5. Arrest Warrant of Democratic Republic of the Congo V. Belgium, 11 April 2000.

6. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, (Djibouti v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2008, para. 191.

گزارشگر دوم کمیسیون نتیجه می‌گیرد عمل انجام شده در سمت رسمی باید سه ویژگی داشته باشد: ۱. دارای ماهیت کیفری باشد؛ ۲. از جانب دولت انجام شده باشد؛ ۳. در حوزه شمول اعمال حاکمیتی و اقتدارات دولتی باشد.<sup>۱</sup>

کمیسیون در جلسه مورخ ۲۷ جولای ۲۰۱۶ متن بند ج ماده ۲ و همچنین متن ماده ۶ که توسط کمیته تدوین طرح آماده شده بود را به‌طور موقت تصویب نمود. همچنین در جلسه ۱۱ آگوست همان سال، شرح و تفسیر دو مقررۀ فوق را نیز تصویب کرد. در بند ج ماده ۲ تعریف فوق‌الذکر گزارشگر از «عمل انجام شده در سمت رسمی» عیناً تصویب شد.<sup>۲</sup>

نکته اول آن است که واژه «عمل» همان‌گونه که در باقی مواد و همچنین طرح کمیسیون در زمینه مسئولیت دولت‌ها به کار رفته، هم معنای فعل و هم ترک فعل را شامل می‌شود. دیگر آنکه، عبارت «در راستای اعمال اقتدارات دولتی» نیز گویای ضرورت وجود ارتباط و پیوند میان مقام رسمی و دولت می‌باشد. بر این اساس، کمیسیون معتقد است برای اینکه «عمل انجام شده در سمت رسمی» تلقی شود باید مطابق قواعد حقوق مسئولیت، آن عمل قابل انتساب به دولت باشد. این بدان معنا نیست که فقط دولت برای فعل انجام شده دارای مسئولیت است. بلکه طبق مدل فعل واحد و مسئولیت دوگانه ممکن است فعلی در عین حال که منتسب به دولت است به فرد هم قابل انتساب بوده و مسئولیت کیفری وی را موجب شود.

«اقتدار دولت» به نظر کمیسیون در یک معنای عام مشمول افعال و اعمالی می‌شود که مقامات رسمی در راستای اجرای وظایف و اشتغالات خود و همچنین در راستای منفعت دولت متبوع خود انجام می‌دهند.

کمیسیون معتقد است که ارائه فهرستی از اعمالی که در سمت رسمی انجام می‌شوند غیر ممکن بوده و در هر دعوا باید به‌صورت موردی بررسی شود. رویه محاکم داخلی کشورها گویای آن است که افعال زیر عموماً در ظرفیت رسمی انجام می‌شوند: فعالیت نظامی یا فعالیت مرتبط با نیروهای نظامی، اعمال مربوط به اجرای وظایف پلیس و نیروهای انتظامی، اعمال ناظر بر فعالیت دیپلماتیک و امور خارجی، قانون‌گذاری و به‌ویژه ملی‌سازی، اجرای حکم توسط دادگاه‌ها و اعمال مرتبط با قوه قضاییه و اعمال اداری.

1. Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Para. 95.

2. A/71/10, para. 249.

### ۳-۲-۲. عنصر زمانی مصونیت شغلی

مصونیت شغلی در هر زمانی پس از ارتکاب عمل باقی است، چه شخص مرتکب در سمت رسمی خود باقی باشد و چه این سمت را ترک کرده باشد و دارای سمت رسمی نباشد. باید میان زمان ارتکاب فعل و زمان استناد به مصونیت تمایز قائل شد: فعل باید حتماً در دوران تصدی سمت رسمی توسط مقام رسمی انجام شده باشد، در حالی که استناد به مصونیت در زمان شروع فرایند تعقیب و رسیدگی کیفری علیه مرتکب اتفاق می‌افتد، صرف‌نظر از اینکه این استناد به مصونیت در دوران تصدی مقام رسمی باشد یا بعد از آن.<sup>۱</sup>

بند ۱۳۲ گزارش چهارم خانم هرناوندز به گستره مصونیت شغلی اختصاص دارد:

«ماده ۶: قلمرو مصونیت شغلی:

۱. مقامات رسمی زمانی که در سمت رسمی خود عمل می‌کنند از مصونیت شغلی برخوردارند، هم در زمان تصدی شغل رسمی و هم پس از آن.
۲. مصونیت شغلی فقط شامل اعمالی می‌شود که در سمت رسمی و در دوران تصدی انجام شده است.

۳. مصونیت شغلی در خصوص سران سابق کشورها، سران سابق دولت‌ها و وزرای سابق امور خارجه نیز به شرط احراز بندهای ۱ و ۲ این ماده اعمال می‌شود.»

در ماده ۶ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل گستره مصونیت شغلی این‌گونه تعریف شده است:

۱. مقامات رسمی صرفاً در خصوص اعمال انجام شده در سمت رسمی مصونیت شغلی دارند.
۲. مصونیت شغلی در خصوص اعمال انجام شده در سمت رسمی به دورانی که افراد مذکور از سمت خود کنار رفتند نیز تعمیم می‌یابد.

۳. افرادی که طبق ماده ۴ از مصونیت شخصی برخوردارند، پس از خاتمه دوران تصدی خود در خصوص اعمالی که در منصب رسمی و در دوران تصدی خود انجام داده‌اند مصونیت شغلی دارند.<sup>۲</sup> هدف بند ۱ بیان اصل است که مصونیت شغلی فقط به اعمال انجام شده در سمت رسمی تعلق می‌گیرد. با این حال، گستره موضوعی مصونیت شغلی که در بند ۱ بیان شده، خدشه‌ای به استثنائات احتمالی مصونیت شغلی وارد نمی‌سازد.

بند دوم ماده ۶ با تأکید بر ماهیت دائمی مصونیت شغلی، عنصر زمانی این نوع مصونیت را بازگو می‌کند که به بعد از دوران تصدی مقامات رسمی نیز تعمیم می‌یابد و از عبارت پردازی بند ۲ ماده

1. Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 128-129.

2. A/71/10, para. 249.

۳۹ کنوانسیون وین ۱۹۶۱ در زمینه روابط دیپلماتیک و همچنین ماده ۴ کنوانسیون مزایا و مصونیت‌های ملل متحد استفاده نموده است.<sup>۱</sup>

بند سوم ماده ۶ رابطه تنگاتنگی با بند ۳ ماده ۴ دارد که به رابطه مصونیت شغلی و شخصی اختصاص دارد. این بند بر این مبنا استوار است که رؤسای کشورها، رؤسای دولت‌ها و وزرای امور خارجه در دوران تصدی سمت‌های مذکور از مصونیت موسعی برخوردارند که مصونیت شخصی نامیده شده و مصونیت شغلی را نیز پوشش می‌دهد. محتوای بند ۳ نیز همانند بند ۲ از ماده ۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۱ و ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۴۷ در خصوص مزایا و مصونیت‌های ملل متحد اقتباس شده است.<sup>۲</sup>

### ۳. استثنائات وارد بر مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت محاکم خارجی

گزارشگر اول کمیسیون با بررسی رویه قضایی ملی و داخلی و عملکرد دولت‌ها به این نتیجه می‌رسد که استدلال‌هایی که در خصوص لزوم وجود استثنائات بر مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت محاکم خارجی بیان می‌شود آن‌چنان متقاعدکننده نیست که بگوییم وجود استثنا بر قاعده مصونیت کیفری مقامات رسمی در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است.<sup>۳</sup> وی با بررسی پرونده‌هایی که در آن‌ها مصونیت در قبال جنایات بین‌المللی پذیرفته نشده، آن‌ها را انگشت‌شمار و ناکافی دانسته و معتقد است که آرای مخالف این رویکرد بسیار بیشتر است. از جمله دعوی علیه موشه یلعون، رئیس پیشین اطلاعات رژیم اسرائیل و پرونده طرح شده علیه دونالد رامسفلد وزیر دفاع اسبق آمریکا که هر دو پرونده به استناد مصونیت مختومه شدند. (دی‌هیم، ۱۳۹۴: ۱۷۸؛ عزیزی، ۱۳۹۲: ۱۵۰)

این رویکرد گزارشگر اول مورد قبول اعضای کمیسیون واقع نشده و اکثریت وجود استثنا را به‌ویژه در خصوص مصونیت شغلی متذکر شدند.<sup>۴</sup> بر این مبنا گزارشگر دوم مفصل‌ترین گزارش خود یعنی گزارش پنجم را به موضوع استثنائات و محدودیت‌های وارد بر مصونیت کیفری مقامات رسمی اختصاص داده است.<sup>۵</sup>

1. paras. 6-7

2. paras. 8-15

3. Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, para. 94.

4. Yearbook of ILC, 2008, vol. 1, 2983rd and 2984rd meetings.

5. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 17-61.

### ۳-۱. جنایات بین‌المللی

توسعه و تحول هنجارهای ماهوی حقوق بین‌الملل، به‌ویژه در حوزه حقوق بشر با تحول سازوکارهای اجرایی و آیین رسیدگی همراه نبوده و همین امر باعث شده که محاکم داخلی کشورها دست به کار شده و به ادعای نقض مقررات حقوق بین‌الملل بشر رسیدگی نمایند ( Akande and Shah, 2010: 815-816). مستثنا شدن جنایات بین‌المللی از دایره شمول مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی در مرکز مباحثات صورت گرفته درخصوص استثنائات مصونیت قرار دارد و از این جهت بررسی آن به‌عنوان اولین استثنا موجه می‌نماید. این اهمیت دلایل مختلفی دارد که به دو مورد مهم آن یعنی رابطه جنایات بین‌المللی و قواعد آمره و مبارزه با بی‌کیفرمانی می‌توان اشاره کرد.

#### ۳-۱-۱. جنایات بین‌المللی و قواعد آمره بین‌المللی

یکی از دلایل اهمیت مستثنا شدن جنایات بین‌المللی از دایره شمول مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی را می‌توان در رابطه تنگاتنگ جنایات بین‌المللی و قواعد آمره بین‌المللی دانست.<sup>۱</sup> ارتباط مستحکم این دو مفهوم را در کارهای کمیسیون درخصوص تدوین طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به خوبی می‌توان مشاهده کرد. کمیسیون در سال ۱۹۷۶ برای اعمال متخلفانه جدی و شدید دولت‌ها اصطلاح جنایات بین‌المللی دولت را در قالب ماده ۱۹ وارد طرح خود نمود و نهایتاً به دلیل مخالفت‌های گسترده، آن را با اصطلاح نقض جدی قواعد آمره بین‌المللی جایگزین نمود (عبدی، ۱۳۸۷: ۲۳۹-۲۳۴).

در طرح مصونیت مقامات رسمی نزد محاکم خارجی که به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی مربوط می‌شود، استفاده از اصطلاح جنایات بین‌المللی بر قواعد آمره بین‌المللی ارجحیت دارد و به همین جهت است که گزارشگر دوم کمیسیون در گزارش پنجم خود از عنوان جنایات بین‌المللی استفاده نموده است. به نظر وی عموماً پذیرفته شده که بسیاری از هنجارهای حقوق بشری ماهیت آمره دارند. برخی از محاکم داخلی با همین استدلال حکم داده‌اند که قواعد حاکم بر مصونیت به هنگام نقض قواعد آمره کاربرد ندارند (منصوری، ۱۳۹۵: ۸۹). با این حال، دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی بر این استدلال خط بطلان کشید و با این استدلال که قواعد مصونیت به حوزه قواعد شکلی تعلق دارند، تعارضی میان آن‌ها و قواعد آمره بین‌المللی ندید. دیوان اروپایی

1. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 17-61. , para. 178.

حقوق بشر نیز با استدلالی مشابه اعلام نمود که مصونیت مدنی دولت را حتی در مورد منع شکنجه که قاعده آمره بین‌المللی است، نمی‌توان نادیده گرفت.<sup>۱</sup>

به نظر خانم فرناندز مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم داخلی دارای دو ویژگی خاص است که باید مورد توجه قرار گیرد: یکی اینکه این مصونیت نزد محاکم داخلی قابلیت اعمال دارد و دوم اینکه اعمال این نوع از مصونیت کلیه اقدامات لازم برای اثبات مسئولیت کیفری متهم را متوقف می‌کند. وی در خصوص مورد دوم توضیح می‌دهد که نمی‌توان انکار نمود که تنها راه احراز مسئولیت کیفری و اثبات بی‌گناهی یا مجرمیت متهم طی فرایند دادرسی کیفری و محاکمه متهم است و هیچ راهکار جایگزینی از جمله مذاکرات بین دولتی، داوری، حمایت دیپلماتیک و ... وجود ندارد. بنابراین این نوع مصونیت را می‌توان یک مانع شکلی تلقی نمود که تنها راه برداشتن آن، مراجعه به محاکم داخلی کشور متبوع مقام رسمی یا محاکم بین‌المللی صلاحیت‌دار است که می‌توانند بدون پذیرش ادعای مصونیت به جرم ارتكابی رسیدگی کیفری نمایند. اما امکان رسیدگی این محاکم به دعوی ارتكاب جنایت بین‌المللی توسط مقام رسمی حتمی نبوده و به شرایط و صلاحیت آن محاکم بستگی دارد. بر این مبنا، مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی فقط یک مانع شکلی نبوده و مانع ماهوی هم قلمداد می‌شود، لذا استدلال دیوان مبنی بر اینکه تعارضی میان قواعد آمره و حقوق مصونیت وجود ندارد، در مورد مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت محاکم خارجی در صورت ارتكاب جنایات بین‌المللی کاربرد ندارد. بر مبنای استدلال فوق، وی معتقد است که می‌توان ارتكاب جنایات بین‌المللی را یکی از استثناهای وارد بر مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی قلمداد نمود. البته برخی از نویسندگان استناد به قواعد آمره برای توجیه عدم مصونیت مقامات رسمی در قبال جنایات بین‌المللی را نادرست دانسته و معتقدند هم ماهیت آمره همه جنایات بین‌المللی محل تردید است و هم اینکه تضاد قواعد آمره با قواعد ناظر بر مصونیت محل تردید است (Akande and Shah, 2010: 833,834).

### ۳-۱-۲. جنایات بین‌المللی و مبارزه با بی‌کیفرمانی

مفهوم بی‌کیفرمانی از خلال بیانیه‌ها و اسناد مربوط به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه وارد ادبیات حقوقی شده است، زیرا این اسناد تعهداتی در رابطه با حقوق بشر هم بر عهده دولت‌ها و هم افراد قرار داده‌اند که تخطی از آن‌ها موجب مسئولیت فرد و دولت می‌شود. در نگاه اول این مسئولیت در قالب مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه قابل بررسی است

1. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, para. 199.

و از سویی دیگر، ارتکاب جنایات بین‌المللی مسئولیت کیفری فردی را نیز به دنبال دارد. از هر دو مورد تحت عنوان عام مسئولیت می‌توان نام برد که در حقوق بین‌الملل بشر، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری از اصطلاح «پاسخ‌گویی»<sup>۱</sup> از آن یاد می‌شود. بی‌کیفرمانی نتیجه عدم اعمال قواعد مربوط به پاسخ‌گویی است.<sup>۲</sup>

همکاری‌های بین‌المللی برای مبارزه با بی‌کیفرمانی محدود به ایجاد محاکم و فرایندهای بین‌المللی نبوده و تقریباً تمام معاهدات بین‌المللی که نظامی برای حمایت از حقوق بشر تدارک دیده‌اند، دولت‌ها را نیز متعهد نموده‌اند که در حقوق داخلی خود روش‌های جبران مناسبی برای نقض حقوق بشر در نظر بگیرند. این امر در خصوص ارتکاب جنایات بین‌المللی هم صادق است و قبل از اینکه موضوع در محاکم کیفری بین‌المللی طرح شود، دولت مربوطه صلاحیت انحصاری دارد که از طریق محاکم داخلی خود مرتکبین جنایات بین‌المللی را محاکمه کند. گزارشگر دوم با توجه به این مبانی و همچنین موارد دیگری مانند حق دسترسی به دادگستری<sup>۳</sup>، حق قربانیان مبنی بر جبران خسارت<sup>۴</sup> و تعهد دولت‌ها به تعقیب جنایات بین‌المللی به این نتیجه می‌رسد که می‌توان مقامات رسمی مرتکب جنایات بین‌المللی را نزد محاکم داخلی محاکمه نمود و استناد به قواعد مصونیت در این دعاوی جایگاهی ندارد.<sup>۵</sup>

### ۳-۱-۳. جنایات بین‌المللی به عنوان استثنای عرفی مصونیت

با وجود تنوع رویه قضایی محاکم داخلی در گرایش به سوی عرفی قلمداد کردن این استثناست. عدم مصونیت در قبال ارتکاب جنایات بین‌المللی نه تنها در رویه قضایی داخلی بلکه در قوانین داخلی که به‌ویژه در دو دهه اخیر تصویب شده‌اند نیز وارد شده است. رویه دولت‌ها خارج از ارکان قضایی و تقنینی نیز مؤید این استثناست. در قالب سازمان‌های بین‌المللی به‌ویژه در خلال مباحثات صورت‌گرفته در کمیته ششم مجمع عمومی در خصوص طرح حاضر و همچنین پاسخ‌های مکتوبی که کشورها به سؤالات کمیسیون داده‌اند، گویای پذیرش عرفی این استثناست.

گزارشگر دوم ایراد وجود رویه قضایی داخلی که مخالف استثنا محسوب کردن جنایات بین‌المللی است را این‌گونه رد می‌کند که اکثر این آرا و سوابق، صرفاً به مصونیت مقامات رسمی

1. Accountability

2. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 194-196.

3. Right to justice

4. Right of victims to reparation

5. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, paras. 206- 217.



مربوط نبوده و عموماً ناظر بر مصونیت دولت هستند، در حالی که همان طور که گفته شد مبانی این دو متفاوت است. وی در خصوص رویه قضایی بین المللی نیز ضمن اذعان به اهمیت این آرا در حقوق بین الملل، یادآور می شود که تصمیمات محاکم بین المللی صرفاً یک ابزار فرعی و جانبی برای احراز اعتقاد حقوقی دولت ها در فرایند شکل گیری قاعده عرفی بوده و به هیچ عنوان نمی تواند جایگزین نقش محاکم داخلی در ایجاد قواعد عرفی شود.

### ۲-۳. شبه جرم های سرزمینی

شبه جرم به عنوان یک استثنا، ریشه در حقوق حاکم بر مصونیت های دیپلماتیک داشته و متعاقباً به حقوق مصونیت تعمیم یافته است. ماده ۱۲ کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت های صلاحیتی دولت ها و اموال آن ها<sup>۱</sup> نیز این استثنا را پذیرفته است:

«یک دولت در نزد دادگاه دولت دیگر که به نحوی در یک دادرسی مربوط به جبران خسارت مالی ناشی مرگ، یا صدمه به شخص، یا خسارت به یا از بین رفتن اموال عینی که به علت فعل یا ترک فعل قابل انتساب به آن دولت صورت گرفته، ذیصلاح است، چنانچه آن فعل یا ترک فعل کلاً یا بخشی از آن در قلمرو آن دولت دیگر رخ داده باشد و چنانچه عامل فعل یا ترک فعل در زمان ارتکاب فعل یا ترک فعل در آن قلمرو حضور داشته باشد، نمی تواند به مصونیت از صلاحیت استناد نماید مگر اینکه دو دولت به شکل دیگری توافق نموده باشند.»

ماده ۴۳ کنوانسیون وین در خصوص روابط کنسولی<sup>۲</sup> و ماده ۶۰ کنوانسیون وین در خصوص نمایندگی دولت ها نزد سازمان های بین المللی دارای ماهیت جهانی<sup>۳</sup> نیز دارای مقررات مشابهی هستند. کمیسیون حقوق بین الملل در تفسیر ماده ۱۲ کنوانسیون مصونیت دولت ها و اموال آن ها دلیل این استثنا را ماهیت ترجیحی صلاحیت دولت در تمام قلمرویی که آن اعمال انجام شده اند، می داند. همچنین به جبران خسارت افرادی منتهی می شود که در نتیجه اعمال ارتكابی توسط مقامات رسمی دولت صدمه دیده اند یا خسارت افرادی را جبران می کند که به ابزار حقوقی دیگر برای جبران خسارت خود دسترسی ندارند.

1. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (New York, 2 December 2004), Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49). vol. I, resolution 59/38, annex.  
2. Vienna Convention on Consular Relations  
3. Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character.

این استثنا در گزارش دوم گزارشگر اول کمیسیون نیز به عنوان یک استثنا بر مصونیت شغلی مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۱</sup> خانم فرناندز نیز با بررسی رویه هر چند محدود ولی یکسان دولت‌ها به این نتیجه می‌رسد.

### ۳-۳. جرائم مربوط به فساد

در این گونه جرائم محاکم داخلی معمولاً استناد به مصونیت را رد می‌کنند. مصادیق این گونه جرائم زیاد بوده و طیف گسترده‌ای از فعالیت‌ها را شامل می‌شود، از جمله اختلاس، انحراف و سوءاستفاده از بودجه عمومی، پول‌شویی و سایر اشکال فساد.<sup>۲</sup>

همان طور که مشخص است اعمال غیرقانونی یا خارج از اختیارات را نمی‌توان اصولاً مشمول مصونیت دانست. گزارشگر دوم با بررسی رویه قضایی و تکیه بر این نکته که مقابله با فساد در عرصه ملی و داخلی هدف کلیدی همکاری‌های بین‌المللی است، احتساب جرائم مربوط به فساد به عنوان استثنا مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت خارجی را لازم می‌داند. خانم فرناندز در انتهای گزارش پنجم خود ماده ۷ پیشنهادی را به استثنائات مصونیت اختصاص داده است:

«۱. مصونیت در خصوص جرائم ذیل اعمال نمی‌شود:

الف: نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جرائم جنگی، شکنجه و ناپدیدسازی اجباری؛

ب: جرائم مربوط به فساد؛

ج: جرائمی که موجب آسیب به افراد، از جمله فوت یا جراحت شدید یا اموال می‌شود، در صورتی که این جرائم در قلمرو دولت مقرر ارتکاب یافته و مقام رسمی در زمان ارتکاب جرم در قلمرو دولت مذکور حضور داشته باشد.

۲. بند یک در خصوص افرادی که دارای مصونیت شخصی هستند اعمال نمی‌شود.

۳. بندهای یک و دو به موارد زیر لطمه‌ای وارد نمی‌سازد:

الف: هر مقرر از یک معاهده که میان کشور مقرر و کشور متبوع مقام رسمی الزام آور بوده و طبق

آن مقررات مصونیت قابل اعمال نباشد؛

ب: تعهد به همکاری با یک دادگاه یا محکمه بین‌المللی که در هر صورت باید توسط دولت مقرر

اجرا شود.»

1. Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, paras. 81-86.

2. Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, para. 230.

در اجلاسیه شصت و نهم ماده ۷ پیشنهادی مفصلاً مورد بررسی قرار گرفت. برخی از اعضا ضمن موافقت با ماده مذکور، رهیافت روش‌شناختی گزارشگر دوم مبنی بر تحلیل استثنای وارد بر مصونیت در حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک نظام هنجاری کامل را ستودند. عده‌ای اما این استثنا را مخالف استنتاج دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قرار بازداشت می‌دانند. برخی هم با استناد به رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی و تفکیک میان حقوق شکلی و ماهوی، رهیافت گزارشگر دوم را قبول نکردند.<sup>۱</sup>

در خصوص عدم درج جنایت تجاوز در فهرست مندرج در ماده ۷ نیز اجماعی میان اعضا وجود نداشت. عده‌ای درج این جنایت را به‌ویژه با توجه به نتایج کنفرانس کامپالا و اصلاح اساسنامه رم لازم می‌دانستند. اما عده‌ای دیگر ضمن اشاره به اینکه اصلاحیه کامپالا هنوز لازم‌الاجرا نشده است، استدلال می‌کردند که جنایت تجاوز ارتباط بسیار نزدیکی با اعمال دولت متجاوز داشته و توسط مقامات رسمی در ظرفیت رسمی ایشان انجام می‌شود. در خصوص دو استثنای دیگر یعنی جرائم مرتبط با فساد و همچنین شبه‌جرم‌های سرزمینی هم اعضای کمیسیون نظر یکسانی نداشتند ولی با این حال نفس وجود چنین استثنائاتی مورد قبول اکثریت اعضای کمیسیون بود.

نهایتاً به پیشنهاد گزارشگر ویژه و تصویب کمیسیون، ماده ۷ پیشنهادی خانم فرناندز برای بررسی به کمیته تدوین ارسال شد.<sup>۲</sup> کمیته تدوین کار خود را در خصوص بررسی ماده ۷ پیشنهادی آغاز کرده است، بدون پیش‌داوری در خصوص اینکه ماده مذکور تدوین قواعد حقوقی موجود بوده یا توسعه مترقیانه حقوق بین‌المللی تلقی می‌شود؛<sup>۳</sup> بررسی‌های کمیته تدوین در خصوص ماده ۷ پیشنهادی هنوز ادامه دارد.

### نتیجه

غلبه گفتمان حقوق بشری در ادبیات حقوق بین‌الملل حوزه حقوق مصونیت را نیز بی‌نصیب نگذاشته و به‌ویژه در خصوص مصونیت سران و مقامات رسمی قواعد سنتی حاکم بر این موضوع را با چالش‌های جدی مواجه نموده است. در نتیجه انسانی شدن<sup>۴</sup> حقوق بین‌الملل، از همان ابتدای پیدایش محاکم کیفری بین‌المللی استناد به مصونیت در قبال ارتکاب جنایات بین‌المللی

1. A/71/10, paras. 235-238.

2. UN Doc. A/CN.4/SR.3365, para. 18.

3. International Law Commission, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Mr. Aniruddha Rajput, "Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction," 3 (July 20, 2017), available at: [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2017\\_dc\\_chairman\\_statement\\_iso.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2017_dc_chairman_statement_iso.pdf&lang=E)

4. Humanization

موردپذیرش واقع نشده و عدم مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد این محاکم به‌عنوان یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل کیفری قلمداد می‌گردد. برخی از محاکم داخلی نیز، به‌ویژه در کشورهای اروپایی، متأثر از دکترین حقوقی بین‌المللی و با استدلال‌هایی مانند جلوگیری از بی‌کیفرمانی، صلاحیت جهانی و قواعد آمره بین‌المللی به‌دنبال تسری قاعده فوق به سپهر حقوق داخلی و عدم مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم داخلی هستند. هرچند دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قرار بازداشت ۲۰۰۳ (کنگو علیه بلژیک) حکم به مصونیت مقامات رسمی نزد محاکم داخلی داده و رأی دادگاه‌های داخلی بلژیک را خلاف قواعد حقوق بین‌الملل دانست و همچنین در رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲ (آلمان علیه ایتالیا) استناد به قواعد آمره برای نقض قواعد حقوق مصونیت را نپذیرفت، با این حال مباحثات در این خصوص ادامه دارد.

درخصوص موضوع مناقشه‌انگیز استثنای وارد بر مصونیت مقامات رسمی نزد محاکم داخلی، گزارشگر اول کمیسیون، رویه قضایی موجود درخصوص عدم مصونیت مقامات در قبال ارتکاب جنایات بین‌المللی را به اندازه‌ای نمی‌داند که موجد استثنا بر قاعده مصونیت باشد. به دلیل مخالفت بیشتر اعضای کمیسیون با این نتیجه‌گیری، گزارشگر دوم در ماده ۷ پیشنهادی خود قائل به عدم مصونیت شغلی مقامات رسمی نزد محاکم داخلی درخصوص نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جرائم جنگی، شکنجه و ناپدیدسازی اجباری می‌باشد. هرچند این ماده هنوز در کمیسیون مورد بررسی نهایی قرار نگرفته است، ولی به نظر می‌رسد در صورت تصویب به شکل کنونی، توسعه مترقیانه حقوق بین‌الملل بوده و با واکنش منفی کشورها مواجه شود.

## منابع

### فارسی

- کچونیان فینی، جواد (۱۳۸۸)، «تحول مفهوم مصونیت سران دولت‌ها در حقوق بین الملل کیفری»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست و سوم، شماره ۴.
- خانلری المشیری، علی (۱۳۸۸)، **مصونیت کیفری بین المللی**، تهران: انتشارات جنگل.
- دیهیم، علیرضا (۱۳۹۴)، «مصونیت قضایی و مسئولیت بین المللی مقامات مهم دولت‌ها»، فصلنامه راهبرد، شماره ۷۶.
- عبدی، ایوب (۱۳۸۷)، «جنایات بین المللی دولت: از رویا تا واقعیت»، سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی، شماره ۳، انتشارات روزنامه رسمی کشور.
- عزیزی، ستار (۱۳۹۲)، «تعامل مصونیت دولتها و قواعد آمره در پرتو رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۳.
- منصوری، فرنگیس (۱۳۹۵)، «بررسی لغو مصونیت کیفری سران دولت‌ها به‌عنوان یک قاعده حقوق بین الملل عرفی»، فصلنامه سیاست خارجی، سال سی ام، شماره ۳.

### انگلیسی

#### Books and Articles

- Akande, Dapo and Shah, Sangeeta, (2010), "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", **European Journal of International Law**, Vol. 21 No. 4.
- Akande, Dapo, (2004), "International Law, Immunities and the International Criminal Court", **American Journal of Internationsl Law**, vol. 98.
- Brohmer, Jurgen, (1997), **State Immunity & the Violation of Human Rights**, Martinus Nijhoff publishers.
- Cassese, Antonio, (2002), "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case." **European Journal of International Law**, 13, no. 4
- Douglas, Z, (2012), "State Immunity for the Acts of State Officials", **British Yearbook of International Law**, vol. 82
- Tomonori, F (2001), The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct', 29 Denver J Int'l L and Policy.
- Gaeta, Paola (2002), "Official Capacity and Immunities" In: **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, Edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta, Oxford University Press.
- Harris, DJ, 1991, "Cases and Materials on International Law, Sweet & Maxwell.
- Fox, Hazel, (2008), **The Law of State Immunity**, (2nd edn) Oxford.
- Krieger, Heike, (2014), "Between Evolution and Stagnation: Immunities in a Globalized World", **Goettingen Journal of International Law**, vol. 6.

- Brownlie, Ian, (1998), **Principles of Public International Law**, fifth edition, Oxford.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo, (2015), **The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories**, QIL 17.
- Pedretti, Ramona, (2015), **Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes**, Brill Nijhoff.
- Yang, Xiaodong, (2012), **State Immunity in International Law**, Cambridge University Press, 2012.
- Zahar, Alexander, and Göran Sluiter, (2008), **International Criminal Law: A Critical Introduction**, Oxford University Press.

#### Documents

- Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
- Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
- General Assembly Resolution 62/66, 6 December 2007.
- International Law Commission, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Mr. Aniruddha Rajput, "Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction," 3 (July 20, 2017)
- Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur.
- Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
- Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur.
- Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
- Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction By Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur.
- United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (New York, 2 December 2004), Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49). vol. I, resolution 59/38, annex.
- Vienna Convention on Diplomatic Relations, (1961).
- Vienna Convention on Consular Relations, (1963).
- Convention on Special Missions, (1969).
- Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, (1975).
- Yearbook of International Law Commission, (1958), vol. I.
- Yearbook of International Law Commission, (1972), vol. II.
- Yearbook of International Law Commission, (1999), vol. II.
- Yearbook of International Law Commission, (2006), vol. II (Part Two).
- Yearbook of International Law Commission, (2007), vol. II (Part Two).

### Cases

- Case concerning certain criminal proceedings in France (Republic of the Congo v. France), I. C. J. Reports 2002.
- Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, (Djibouti v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2008.