

# State Immunity in Transnational Torts: The Case Law of the European Court of Human Rights and the Inconsistent Practice of Several European States

(Type of Paper: Research Article)

Seyedeh Neda Mirfalah Nasiri<sup>1\*</sup>, Seyed Ghasem Zamani<sup>2</sup>,

Hatam Sadeghi ziyazi<sup>3</sup>, Ali Tavakkol Tabasi<sup>4</sup>

## Abstract

Under the general rule of state immunity, each state is obliged to avoid exercising jurisdiction over the actions and property of other states. In the scholarly works and case law, state immunity is often seen as a manifestation of the principle of equality of states. Today, however, this principle is violated by lawsuits and enforcement of judicial decisions against foreign governments in domestic courts of some states, on one hand, and implementation of laws restricting state immunity in the context of transnational torts in some countries such as the United States and Canada, On the other. The European Court of Human Right (ECHR) explicitly affirmed the principle of state immunity as a general rule of international law although the principle has been challenged in the courts of some European countries such as Greece and Italy. This paper aims to analyze the effects of the case law of the ECHR as well as the domestic courts of European states, on the state immunity rule in the context of transnational torts.

## Keywords

state immunity, tort, absolute immunity, the *Al-Adsani* case, the *McElhinney* case, the *Kalogeropoulos* case, the *Civitella* Case, the *Ferrini* case, the European Court of Human Right (ECtHR).

- 
1. Phd Candidate, Payam Noor University (PNU), Department of Theology and Islamic Sciences, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: neda.nasiri55@gmail.com
  2. Prof. of International Law, Allameh Tabatabai University, Faculty of Law and Political Science, Tehran, Iran.  
Email: drghzamani@gmail.com
  3. Assistant Prof, Payam Noor University, Tehran, Iran. Email: hatamsadeghi@gmail.com
  4. Assistant Prof, Payam Noor University, Tehran, Iran. Email: tavakkol\_ali@yahoo.com
- Received: February 25, 2018 - Accepted: July 14, 2018



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## مصونیت دولت‌ها در شبه‌جرم‌های فراسرزمینی: رویه دیوان

### اروپایی حقوق بشر و رویکرد مغایر چند کشور اروپایی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

سیده ندا میرفلاح نصیری<sup>۱\*</sup>، سید قاسم زمانی<sup>۲</sup>،

حاتم صادقی زبازی<sup>۳</sup>، علی توکلی طبسی<sup>۴</sup>

### چکیده

بر اساس قاعده عام مصونیت دولت، هر دولتی متعهد است از اعمال صلاحیت قضایی محاکم خود بر اموال و اموال سایر دولت‌ها اجتناب کند. در دکتترین و رویه قضایی، مصونیت دولت اغلب تجلی اصل برابری دولت‌ها تلقی شده است. امروزه با طرح دعوایی علیه یک دولت در دادگاه‌های ملی داخلی برخی دولت‌ها و صدور حکم علیه دولت‌های خارجی حتی اجرای این احکام در زمینه شبه جرم‌های فراسرزمینی از یک سو و وضع قوانین و مقرراتی در جهت نقض مصونیت قضایی دولت‌های دیگر در برخی کشورها (آمریکا، کانادا و...) از سوی دیگر، موارد نقض این قاعده کلی حقوق بین‌الملل بروز کرده است. دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در رویه خود همسو با رویه قضایی بین‌المللی به‌طور صریح بر وجود مصونیت دولت‌ها به‌عنوان قاعده عام در حقوق بین‌الملل صحه گذاشته و از طرفی قاعده مصونیت دولت با رویه قضایی متناقض برخی دولت‌های اروپایی (یونان و ایتالیا) نیز با چالش مواجه شده است؛ که در این زمینه با تحلیل دعوی مربوطه و رویه قضایی برخی محاکم ملی و دیوان اروپایی تأثیر این رویه بر قاعده مصونیت دولت در زمینه شبه‌جرم‌های فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد.

### کلیدواژگان

اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها، دیوان اروپایی حقوق بشر، شبه‌جرم، صلاحیت دادگاه‌های ملی، قضیه العدسانی، قضیه سیویتلا، قضیه فرینی، کالوگروپولو، مصونیت دولت، مصونیت مطلق، مک‌ال‌هینی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Email: neda.nasiri55@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: drghzamani@gmail.com

Email: hatamsateghi@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

Email: tavakkol\_ali@yahoo.com

۴. استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۴/۲۳

## مقدمه

مصونیت دولت<sup>۱</sup> یا مصونیت حاکم<sup>۲</sup> از مفاهیم و اصول حقوق بین‌الملل عمومی است (Murphy, 2006: 226) که مطابق آن دولتی که درصدد اعمال صلاحیت بر دولت دیگر است، در راستای حفظ نظم و هماهنگی بین‌المللی، الزاماً از اعمال صلاحیت بر دولت دیگر خودداری می‌کند. بنابراین اثر مصونیت، حمایت از یک دولت در قبال اعمال صلاحیت دادگاه‌ها و سایر مقامات داخلی دولت‌های دیگر است (Reece Thomas, 2003: 20). اگرچه مفهوم مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل، دربرگیرنده مصونیت از هرگونه اعمال صلاحیت دولت بر دولت دیگر در ابعاد مختلف قانونگذاری، اجرایی و قضایی است؛ اما آنچه بیش از سایر ابعاد مصونیت در دکتترین و رویه مورد ابتلا و توجه قرار گرفته، بعد قضایی مصونیت دولت است. این مفهوم اغلب در اسناد و اظهارنظرهایی ملاحظه می‌شود که در آنها، مصونیت به‌عنوان مانعی بر صلاحیت دولت مقرر دادگاه مطرح شده است (Brownlie, 2008: 324). البته مصونیت به‌مثابه یک قاعده شکلی، حداقل در بسیاری از موارد، مانعی در راه احقاق حق محسوب می‌شود. به دیگر سخن، مصونیت سازوکاری است که استفاده از آن موجب عدم رسیدگی یا انقطاع در رسیدگی می‌شود. به قول برخی نویسندگان، ماهیتی مشابه اعتراض مقدماتی در اختلافی دارد که اثر آن می‌تواند مانع رسیدگی به ماهیت آن اختلاف و حتی مانع احقاق حق شود. البته مصونیت به معنای بی‌کیفر ماندن و عدم مسئولیت مرتکب فعل یا ترک فعل نامشروع نیست؛ بلکه این پدیده، مانع تعقیب اعمال ارتكابی مرتکب می‌شود (عبداللهی، ۱۳۹۴: ۳۸).

اصل مصونیت دولت از اصول قدیمی حقوق بین‌الملل است که از ابتدا در مورد پادشاهان و حاکمان اعمال می‌شد و با پیدایش دولت به مصونیت دولت‌ها تبدیل شد. این اصل مورد قبول تمامی دولت‌ها بوده و علاوه بر قواعد عرفی، قواعد معاهده‌ای منطقه‌ای و جهانی متعددی در این زمینه وجود دارد. از این رو با وجود منابع قراردادی غنی، مفهوم «مصونیت دولت» از جایگاه عرفی نسبتاً محکمی برخوردار است، به طوری که در این خصوص، آرای قضایی از سده هفدهم به این سو در دست است، که در سده‌های نوزدهم و بیستم، به واسطه رشد و گسترش روابط بین‌الملل به طور اعم، و تجارت بین‌المللی به طور اخص، رو به فزونی نهاده است (عبداللهی و شافع، ۱۳۸۱: ۳۰-۲۹). دولت‌ها براساس این اصل از مصونیت حاکمیتی در مقابل دادگاه‌های خارجی برخوردارند. در حقیقت این اصل مبین مفهوم برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل است. سابقاً مصونیت دولت، مفهومی مطلق و فارغ از هرگونه استثنا قلمداد می‌شد (Gaukrodger, D., 2010: 10) اما در سال‌های اخیر این مفهوم به طور چشمگیری دچار تغییر و تحول شده است که این تغییرات را می‌توان ناشی از رویکرد کارکردی اصل مصونیت دانست. در این زمینه بین اعمال تصدی و

1. State Immunity  
2. Sovereign Immunity

اعمال حاکمیت دولت‌ها تفکیک شده است (اصل تفکیک)؛ به این معنا که مصونیت زمانی اعمال می‌شود که عملکرد دولت به‌عنوان نتایج حاکمیت مطرح باشد، نه در تمام شرایط و فعالیت‌هایی که دولت حضور دارد. در واقع، گسترش فعالیت دولت‌ها در حوزه‌هایی که اصولاً مربوط به بخش خصوصی است (معاملات تجاری، اقتصادی با ماهیت بازار آزاد)، عامل اصلی این تغییرات است. به‌عبارت دیگر، تغییرات تدریجی ایجادشده در روابط بین‌الملل سبب شده است که امروزه این روابط به‌مراتب منعطف‌تر از گذشته شود؛ به‌طوری‌که نیاز به ایجاد تعادل بین منافع دولت‌ها از یک سو و منافع جامعه بین‌المللی از سوی دیگر، بیش از پیش احساس شود. در مورد گستره پذیرش «تئوری مصونیت محدود» در رویه دولت‌ها، با توجه به اختلافی که در رویه دولت‌ها در خصوص تلقی از اعمال حاکمیتی و تصدی وجود دارد، بیان وضع حقوقی جاری، از منظر حقوق بین‌الملل چندان آسان نیست. البته برانلی با ذکر عناوین نمونه‌هایی از دعاوی رسیدگی‌شده در دادگاه‌های داخلی ۲۰ کشور جهان، به دولت‌هایی اشاره می‌کند که در رویه قضایی آنها تئوری مصونیت محدود پذیرفته شده است. این دولت‌ها عبارت‌اند از: استرالیا، بلژیک، کانادا، دانمارک، مصر، فرانسه، جمهوری فدرال آلمان، یونان، ایتالیا، لبنان، هلند، نیوزیلند، پاکستان، آفریقای جنوبی، سوئیس، سنگال، اسپانیا، سوئد، انگلیس و آمریکا (Brownlie, 2008: 228). او همچنین از یازده کشور باربادوس، شیلی، فنلاند، ایسلند، ماداگاسکار، مکزیک، نروژ، قطر، سورینام، توگو و یوگسلاوی به‌عنوان کشورهای که در اصل از دکتترین مصونیت محدود پشتیبانی می‌کنند، نام می‌برد. به‌علاوه، دولت‌های اتریش، بلژیک، قبرس، آلمان، لوکزامبورگ، هلند، سوئیس و انگلیس عضو کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت هستند و کنوانسیون مصونیت دولت‌ها و اموال آنها مصوب ۲۰۰۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد<sup>۱</sup> نیز تا مارس ۲۰۱۰ توسط ۲۸ دولت در زمانی که جهت امضای دولت‌ها مفتوح بوده، امضا شده است و تاکنون نیز از سوی ۲۱ کشور<sup>۲</sup> به تصویب رسیده است و این کنوانسیون به منظور لازم‌الاجرا شدن به ۳۰ سند تصویب نیاز دارد<sup>۳</sup> (Gaukrodger, D., 2010: 10).

همچنین این دکتترین، حداقل در رویه قانونگذاری کشورهای استرالیا، کانادا، پاکستان، سنگاپور، آفریقای جنوبی، انگلیس، آمریکا و آرژانتین انعکاس یافته است (Dickinson, 2005: )

1. UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property, 16 December 2004, by General Assembly Resolution 53/38. (UNCIS)

۲. دولت‌های ایران (۲۰۰۸)، عراق (۲۰۱۵)، فنلاند (۲۰۱۴)، فرانسه (۲۰۱۱)، ایتالیا (۲۰۱۳)، ژاپن (۲۰۱۰)، لیختنشتاین (۲۰۱۵)، مکزیک (۲۰۱۵)، نروژ (۲۰۰۶)، سوئیس (۲۰۱۰)، عربستان سعودی (۲۰۱۰)، اسپانیا (۲۰۱۱)، جمهوری چک (۲۰۱۵)، اسلواکی (۲۰۱۵)، لیتوانی (۲۰۱۴)، پرتغال (۲۰۰۶)، لبنان (۲۰۰۸)، سوئد (۲۰۰۹)، استرالیا (۲۰۰۶)، قزاقستان (۲۰۱۰) و رومانی (۲۰۰۷).

([https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en))

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_343.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_343.pdf)

۳. برای مطالعه بیشتر رک:

217). از این رو وسعت پذیرش کلیت این تئوری در حدی است که آنتونیو کسسه در سال ۲۰۰۵ اعلام می‌دارد که در حال حاضر تقریباً تمام دولت‌ها دکتترین مصونیت محدود را پذیرفته‌اند (Cassese, 2005: 101). برخی دیگر به‌طور مشخص اعلام کرده‌اند که با اضمحلال اتحاد جماهیر سوسیالیستی شوروی و سیستم کمونیستی در اروپا، تنها برخی از دولت‌های آمریکای لاتین هنوز به دکتترین قدیمی مصونیت مطلق وفادارند (Bakentas, 2003: 155).

افزایش معاهدات قانون‌ساز چندجانبه، ترسیم‌کننده رفتار دولت‌ها در گستره وسیعی از فعالیت‌هایشان در سطح روابط بین‌الملل است. گسترش سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای قضایی بین‌المللی، دربرگیرنده دسته‌های مختلف رفتارهای بین‌المللی است که با ایجاد سلسله‌مراتب در قواعد حقوقی (قاعده آمره) از حالت افقی به حالت عمودی تبدیل شده‌اند؛ به این معنا که امروزه شاهد گسترش اهمیت نگرانی‌های جامعه بین‌المللی در مقابل منافع هر یک از دولت‌ها هستیم.

در بحث مصونیت دولت، با یک اصل صلاحیتی و نه اصل مربوط به حقوق ماهوی سروکار داریم. دکتترین مصونیت دولت هنگامی مطرح می‌شود که دعوایی علیه یک دولت خارجی در معرض استماع دادگاه داخلی دولت دیگر باشد. در این موقعیت، دادگاه در مرحله رسیدگی به صلاحیت و اصولاً قبل از ورود به ماهیت دعوا، باید قواعد مصونیت دولت را مورد توجه قرار دهد. در این مرحله، اثر مصونیت تحدید صلاحیت دولت مقرر دادگاه به دعوای مطرح‌شده علیه دولت خارجی است و اثری در حل و فصل ماهوی دعوا ندارد (Trooboff, 1987: 254-255). بنابراین، مراد از مصونیت دولت، مصونیت از صلاحیت قضایی محلی است و به معنای مصونیت از مسئولیت یا عدم مسئولیت که مسئله حقوقی ماهوی است و در مرحله رسیدگی به ماهیت دعوا مطرح می‌شود، محسوب نمی‌گردد. از این رو، در حقوق بین‌الملل عنوان شده است که دولت برخوردار از مصونیت می‌تواند از مصونیت اعراض کند و به ماهیت دعوا پاسخ دهد. علاوه بر این، دولت‌ها ممکن است توافق کنند که برای حل و فصل دعاوی و اختلافاتی که در دادگاه‌های داخلی با مانع مصونیت مواجه می‌شود، داوری یا قضاوت بین‌المللی را بپذیرند. نتیجه اینکه مصونیت دولت نباید به‌عنوان سپری تلقی شود که دولت خارجی را به‌کلی از مسئولیت در برابر خواهان دعوا حفاظت می‌کند (خضری، ۱۳۹۱: ۱۱۸).

مطابق حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر اصل مصونیت دولت، تاکنون «تروریسم» به‌عنوان یک استثنای مستقل بر این اصل شناسایی نشده است و هیچ‌یک از کنوانسیون‌های مربوط به مصونیت دولت یا قوانین ده‌گانه ملی مربوط به مصونیت دولت، از تروریسم به‌عنوان استثنای مصونیت دولت یاد نکرده‌اند. با این حال، تروریسم در دو قالب متفاوت، مصونیت دولت را به چالش کشیده: در قالب استثنای شبه‌جرم (صرفاً در رویه قضایی ایالات متحده آمریکا و ایتالیا تلاش‌های معدودی مشاهده شده)، و در قالب استثنایی جدید و مستقل (دولت آمریکا و همچنین کانادا در قانون ۲۰۱۲ خود مصونیت دولت خارجی را در ارتکاب یا حمایت از تروریسم صرف‌نظر از محل ارتکاب

عمل تروریستی با رویکردها و اهداف متفاوت، لغو کردند) (عبداللهی، ۱۳۹۶: ۲۶۷). در این میان ایتالیا نیز در اقداماتی مشابه در دادگاه‌های خود با نقض مصونیت دولتها در مرحله صلاحیتی یا اجرای احکام علیه دولتهای خارجی اقداماتی را صورت داده که با رد آن از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری مواجه شده است، ولی همچنان اصرار بر صحت اقدامات مذکور به دلیل نقض بنیادین حقوق بشر دارد (شهلائی، ۱۳۹۴: ۲۱۹). در هر حال این اعمال چند دولت محدود در سطح گسترده و در عرصه بین‌المللی، عنصر مادی عرفی مغایر با رویه معمول مصونیت قضایی دولتها در پی نداشته است و عنصر مادی و معنوی عرف بین‌المللی جدیدی را در حال حاضر تشکیل نمی‌دهند. ولی مقاومت دیوان اروپایی حقوق بشر بر قاعده عرفی موجود در موضوع مصونیت دولتها قابل توجه بوده است و در راستای رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، عدم تمایل رویه قضایی بین‌المللی بر همسویی با عملکرد مغایر دولتهای مذکور را نشان می‌دهد.

این مقاله، از طریق تحلیل و بررسی دعاوی مربوط و رویه محاکم و دیوان اروپایی در پی پاسخ به این پرسش‌هاست که آیا نقض مصونیت دولت خارجی در شبه‌جرم‌های فراسرزمینی اقبالی در عملکرد دولتها (به‌خصوص اروپایی) به‌دست آورده است. همچنین آیا رویه قضایی بین‌المللی و منطقه‌ای از این قاعده حمایت می‌کند. این رویه نوظهور در نقض مصونیت دولتها با قاعده عرفی موجود سازگاری دارد یا در تعارض است؟ آیا این استثنای مصونیت دولت می‌تواند در طول زمان به‌عنوان بخشی از حقوق عرفی موجود تثبیت شود؟ آیا رویه‌های جدید آنچنان یکسان و مستمر تکرار شده‌اند که بتوانند عنصر مادی یک عرف بین‌المللی (عرفی مخالف با رویه عرفی پیشین و عرف موجود) را پدید آورند؟ و... پاسخ به برخی از این پرسش‌ها در حال حاضر امکان‌پذیر است، ولی پاسخی قطعی به برخی دیگر از این پرسش‌ها به مرور زمان و نوع واکنش سایر دولتهای جامعه بین‌المللی نسبت به این استثنا بستگی دارد. به‌منظور پاسخگویی به برخی پرسش‌ها ناگزیریم که رویه‌های قضایی موجود در محاکم منطقه‌ای و ملی اروپا را بررسی کنیم تا نقش و تأثیرشان را بر محدودیت مصونیت دولتها در خصوص شبه‌جرم‌های فراسرزمینی ارزیابی کنیم.

## رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر به مصونیت قضایی دولت

دیوان اروپایی حقوق بشر در بسیاری از قضایای مطرح‌شده در خصوص مصونیت دولت که براساس ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر طرح دعوا شده است، با مسئله دادرسی منصفانه مواجه بوده است. نکته حائز اهمیت درباره ماده ۶، حق دسترسی به دیوان در شرایطی است که خواهان در نزد دیوان از ناتوانی خود از تعقیب دولت نزد دادگاه‌های ملی به دلیل مانع مصونیت طرح دعوا می‌کند. تضمین دسترسی به دیوان به‌صراحت در ماده ۶ بیان نشده است، اما این موضوع به‌عنوان یکی از جنبه‌های اساسی کنوانسیون از موضوع و هدف ماده ۶ قابل استنباط است.

تبدیل تدریجی اصل مصونیت دولت از شکل سابق که به طور مطلق اعمال می‌شد، به صورت فعلی که مربوط به فعالیت‌های کارکردی و حاکمیتی دولت است، در دهه اخیر در قضایای مطروحه نزد دیوان، مورد توجه قرار گرفته است. در سه پرونده که اساساً قضایای راهنما در این زمینه هستند، دیوان این فرصت را به دست آورد تا به ارزیابی قواعد حقوق بین‌الملل در حوزه مصونیت دولت‌ها بپردازد، این قضایا، پرونده العدسانی، فوگارتی، مک ال هینی است. پرونده‌های العدسانی و فوگارتی علیه دولت انگلیس، پرونده مک الهینی علیه دولت ایرلند و پرونده کالوگروپولو علیه دولت انگلیس و آلمان است.

### ۱. قضیه العدسانی

پرونده العدسانی با موضوع «محدودیت‌های وارد بر مصونیت دولت در دعوای مدنی» که توسط دادگاه‌های ملی انگلیس مورد قضاوت قرار گرفته بود، در دیوان اروپایی حقوق بشر رسیدگی و به صدور حکم منجر شد. در این قضیه، پژوهش‌خواه که تابعیت انگلیسی-کویتی داشت، با طرح شکایت در دیوان مدعی بود که دادگاه‌های انگلیس با اعطای مصونیت به دولت کویت برخلاف مواد ۶ و ۱۳ کنوانسیون مبنی بر تضمین حق دسترسی به دادگاه عمل کرده‌اند. دیوان پس از مطالعه دقیق تمامی دلایل پیش رو، ادعای تجدیدنظرخواه و به‌ویژه مسئله صلاحیت دادگاه‌های انگلیس در موضوعات مدنی را بررسی کرد.<sup>۱</sup>

براساس نظر دیوان، اعطای مصونیت، مانعی شکلی برای اعمال قدرت دادگاه‌های ملی محسوب می‌شود. سپس دیوان به محتوای شکایت پرداخت و پس از تأکید بر دیدگاه خود مبنی بر اینکه حق دسترسی به دادگاه مطلق نیست، مقرر می‌دارد که تصدیق مصونیت دولت در رسیدگی‌های مدنی در جهت انطباق با حقوق بین‌الملل به‌منظور ارتقای نزاکت و ارتباط دوستانه بین دولت‌ها از طریق احترام به حاکمیت یکدیگر است. در نهایت دیوان اعلام کرد همان‌طور که حق دسترسی به دیوان بخش لاینفک تضمینات دادرسی عادلانه است، برخی محدودیت‌ها در دسترسی نیز ذاتی و سلب‌نشده است. مصداقی از این محدودیت‌ها که توسط جامعه بین‌المللی در کل پذیرفته شده است، دکتترین مصونیت دولت است. در این شرایط، تنها مسئله‌ای که باقی مانده بود تا دیوان به آن بپردازد، درخواست تجدیدنظرخواه بود، مبنی بر اینکه ادعای وی مربوط به شکنجه است و ممنوعیت شکنجه با توجه به مقررات معاهده‌ای و سایر قوانین حقوق بین‌المللی عرفی، یک قاعده آمره محسوب می‌شود (Kloth, 2010: 68).

دیوان در این زمینه به قضایای مطروحه خود و همچنین تصمیم دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق در قضیه فوروندزیا اشاره می‌کند.<sup>۲</sup> در حالی که دیوان، ممنوعیت شکنجه را

1. Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], ECtHR, 2001, No. 35763/97

2. Prosecutor v. Furundzija case No. (IT-95-17/i-t, 38)

به‌عنوان قاعده‌ای آمره که برای جامعه بین‌المللی از ارزش بنیادین برخوردار است، مورد پذیرش قرار می‌دهد، اعلام می‌کند که قضیه پیش روی دیوان مانند پینوشه و فوروندزيجا متضمن مسئولیت کیفری فرد برای ارتکاب شکنجه نیست، بلکه این قضیه العدسانی مربوط به مصونیت دولت از مسئولیت مدنی برای خساراتی است که به‌دلیل ارتکاب شکنجه در حوزه آن دولت بوده است. به‌عبارت دیگر، دیوان درحالی‌که به‌گسترش توجه و اهمیت بر موضوع «ممنوعیت شکنجه» اشاره می‌کند، اما معتقد است هنوز در حقوق بین‌الملل این مسئله مورد مقبولیت عام واقع نشده و دولتها مستحق مصونیت در خصوص ادعاهای مدنی برای خسارات ناشی از شکنجه ارتكابی در خارج از کشور محل رسیدگی نیستند (Emberland, 2002: 701).

موضع دیوان به‌نظر می‌رسد نمایانگر این مطلب باشد که ارگان استراسبورگ هم‌تراز با رویکرد جاری حقوق بین‌الملل حرکت کرده است که براساس آن مصونیت دولت، اگرچه نه به‌طور شفاف، مطلق نیست، اما در شرایطی خاص مصونیت دولت به‌عنوان مانعی برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های ملی تلقی می‌شود. این برداشت ناشی از این واقعیت است که دیوان ارزش قضایای پینوشه و فوروندزيجا را که انعکاس موقعیت فعلی حقوق بین‌الملل است، مورد توجه قرار داده است. در حقیقت، تنها اختلافی که اکثریت را از اقلیت در این رأی تفکیک کرد، این مسئله بود که اکثریت بر این باور بودند که ادعای سلب مصونیت در رسیدگی‌هایی که ماهیت مدنی دارد، حتی در صورتی که نقض قاعده آمره مطرح باشد، مسموع نیست. درحالی‌که گروه اقلیت از این عقیده دفاع می‌کردند که طبیعت رسیدگی مهم نیست. آنچه مهم است، طبیعت قاعده آمره است که به قواعد مصونیت دولت اجازه اثربخشی در نظم داخلی را نمی‌دهد؛ صرف‌نظر از اینکه رسیدگی کیفری یا مدنی باشد (Kloth, 2010: 69).

## ۲. قضیه مک‌ال‌هینی

تصمیم دیوان در قضیه مک‌ال‌هینی را می‌توان در زمره رویکردهای سنتی‌تر نسبت به حقوق مصونیت برشمرد.<sup>۱</sup> ر این قضیه، خواهان ایرلندی مدعی بود که هنگام عبور از مرز ایرلند و حرکت به‌سوی بریتانیا در قبل از ظهر ۴ مارس ۱۹۹۱، در محل بازرسی، یک سرباز انگلیس به‌سوی خودروی شخصی وی تیراندازی کرده است. اگرچه حقیقت کاملاً روشن نیست، شواهد حاکی از آن است که سرباز انگلیسی شش بار به مدعی شلیک کرده است که برخی از گلوله‌ها در ایرلند و برخی دیگر در ایرلند شمالی شلیک شده‌اند. خواهان، دعوایی را در دادگاه عالی ایرلند علیه وزارت کشور انگلیس و همچنین سرباز شلیک‌کننده، مبنی بر جبران خسارت وارده به وی در اثر شلیک‌های صورت‌گرفته مطرح کرد و مدعی بود برخی گلوله‌ها در خاک ایرلند

1. McElhinney v. Williams and Ireland, ECtHR, 2000, No. 31253/96



اصابت کرده است (Bankas, 2005: 186). وی همچنین مدعی بود که مصونیت در خصوص ادعاهای مربوط به جبران خسارت با توجه به اینکه ناشی از شبه جرم است و در حوزه صلاحیت ایرلند رخ داده، قابل پذیرش نیست. دادگاه عالی ایرلند مصونیت دولت حاکم را تأیید و از استماع دعوا خودداری کرد، به اعتقاد این دادگاه عمل سرباز انگلیسی را می‌بایست حاکمیتی محسوب کرد و حتی دولت ایرلند در پیشگاه دیوان اروپایی حقوق بشر نیز به استناد حاکمیتی بودن عمل انگلیس آن دولت را دارای مصونیت دانست (عزیزی، ۱۳۹۲: ۱۵۹).

دیوان در خصوص موضوع حق دسترسی به دادگاه با بررسی حقوق داخلی ایرلند، کنوانسیون بازل ۱۹۷۲، همچنین کنوانسیون سازمان ملل در مورد مصونیت قضایی به همان نتیجه‌ای رسید که در قضیه العدسانی رسیده بود. با تکرار قضایای پیشین، دیوان به این یافته رسید که تضمین دسترسی به نهاد قضایی محدودیت‌هایی را در بردارد. به عقیده دیوان، تمایلی در حقوق بین‌الملل جهت محدود کردن مصونیت دولت در خصوص خسارات وارد بر افراد و اموال داخلی در حوزه صلاحیت دولت مقرر دادگاه، وجود دارد. اما این تمایل هنوز جنبه جهانی پیدا نکرده است. به‌ویژه دیوان معتقد است که این گرایش به‌منظور محدودسازی مصونیت دولت، مربوط به خساراتی است که قابل بیمه کردن باشد، مانند تصادفات ناشی از حوادث رانندگی نه موضوعاتی که مربوط به حاکمیت دولت است، مانند اعمال سربازان در سرزمین دیگری که ممکن است موضوعات حساسی را ایجاد کند که روابط دیپلماتیک بین دولت‌ها و امنیت ملی را تحت تأثیر قرار می‌دهد (Emberland, 2002: 699).

در نظریه‌ای مخالف به‌طور گسترده، سه تن از قضات با بیان حقوق مصونیت دولت در سطح ملی و بین‌المللی، مواضع خود را اعلام کردند. در این نظریه مخالف، با شناسایی محدودیت‌های مصونیت دولت در زمینه ادعاهای مربوط به شبه جرم، قضات مخالف در تأیید نظریه‌های خود به بخش ۵ قانون مصونیت دولت انگلیس مصوب ۱۹۷۸، بخش ۱۶۰۵ جزء ۵ قانون مصونیت‌های حاکمیتی خارجی ایالات متحده و بخش ۱۳ قانون مصونیت‌های دولت‌های خارجی استرالیا اشاره کردند. قضات مخالف همچنین به ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی ۱۹۷۲ درباره مصونیت دولت‌ها و تلاش‌های صورت گرفته به‌منظور تدوین حقوق بین‌الملل مصونیت دولت‌ها مانند قطعنامه ۱۹۹۱ انستیتو حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ و پیش‌نویس مواد مربوط به کنوانسیون مصونیت دولت‌ها توسط انستیتو حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ و پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اشاره کردند. مخالفان، ماده ۱۲ پیش‌نویس این مواد را انعکاس حقوق بین‌الملل فعلی دانسته‌اند که این قضیه را نیز تحت پوشش می‌گیرد. در نظر مخالف بیان شده بود که حتی اگر کسی آمادگی پذیرش این استثنائات را نداشته باشد، این ماده حداقل بیانگر همگرایی شایان ملاحظه در خصوص تمایلات حقوق بین‌الملل معاصر است. به‌عبارت دیگر، این همگرایی از چنان قدرتی

برخوردار است که به موجب آن دولتها موظف به اعطای مصونیت به دولتهای دیگر به دلیل ارتکاب شبه‌جرم توسط نیروهای دولتی نیستند.<sup>۱</sup>

قاضی لوکایدس نیز در نظر مخالف خود ابراز کرد: «هرچند می‌توان محدودیت‌هایی را بر ماده (۱) ۶ و حق بر دادرسی وارد ساخت، ولی این محدودیت‌ها نباید بر ذات و جوهره حق اثر بگذارد. شرایط شکلی همچون تعیین محدوده‌های زمانی یا ضرورت کسب مجوز برای پژوهش خواهی، ماهیت حق را متأثر نمی‌سازند». وی به درستی اظهار کرد: «مصونیت‌ها سبب می‌شوند فرد بی‌آنکه مرتکب اشتباهی شده باشد نتواند دعاوی خود را در دادگاه پیگیری کند» (ممتاز و متوسل، ۱۳۹۵: ۸۷۰).

مشکل اصلی که در رأی مک‌ال‌هینی در برخورد با موضوع مصونیت دولت وجود داشت و هم‌اکنون در مرحله تحول و انتقال است، شرایط خاص مک‌ال‌هینی است. در حقیقت وضعیت فردی که داخل خاک ایرلند اقدام به شلیک کرده، به‌عنوان فردی که متعلق به یک دولت خارجی است، موجب شده تا اقدام این سرباز انگلیسی یک شبه‌جرم دولتی تلقی شود، هرچند شبه‌جرمی از این نوع که در صلاحیت دولت مقرر دادگاه رخ می‌دهد، توجیه کافی برای اعمال مصونیت نیست. همان‌طور که کرافورد بیان می‌دارد، مبانی اعمال صلاحیت برای شبه‌جرم تفکیک بین اعمال دولتی و غیردولتی نیست، بلکه اعمال کنترل محلی بر اشکال آشکار خسارت است. ورود خسارت عامدانه در سرزمین دولت دیگر توسط قدرت عمومی در فقدان برخی استثنائات نقض کافی حقوق بین‌الملل است. اعمال صلاحیت محلی در این قضایا، اعمال حقوق دادگاه است که توسط حقوق بین‌الملل برای مواجهه با تخلف بین‌المللی در خاک دولت مقرر دادگاه تأیید شده است (Kloth, 2010: 53).

اما سؤالی که باقی می‌ماند آن است که آیا این نظریه انعکاس‌دهنده وضعیت حاضر حقوق بین‌الملل است یا اینکه در فرضی که نیروهای مسلح دولت خارجی مطرح باشند، این نظریه تغییر پیدا می‌کند. این مسئله صحیح است که کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت در ماده ۳۱ اشاره‌ای مشخص به حفظ مصونیت دولت در شرایطی دارد که نیروهای مسلح دولتی در سرزمین دولت دیگرند. وجود ماده ۲۲ و قضایای مطرح‌شده در دادگاه‌های ملی اشاره به این مطلب دارد که در شرایط فعلی به‌نظر می‌رسد دولت‌ها ترجیح می‌دهند مصونیت دولت خارجی را در ارتباط با نیروهای مسلح حفظ کنند و این امر متمایز از سایر شرایط است. هرچند به‌نظر می‌رسد این اظهارنظر زمانی قابلیت اعمال دارد که مربوط به حضور گسترده نیروهای مسلح خارجی در سرزمین دولت دیگر باشد، اما در خصوص اینکه آیا در قضایایی که صرفاً حضور یک سرباز مطرح است، این قاعده به همین نحو اعمال می‌شود یا نه، جای تأمل است (Kloth, 2010: 55).

1. Joint Dissenting Opinion of Judges Cafilish, Cabral Barreto, Vajic in *McElhinney v. Ireland Case*, 2001: p.52-53

### ۳. قضیه فوگارتی

قضیه فوگارتی به میزان قبلی از تشتت آرا برخوردار نیست. در این قضیه، خواهان درصدد استفاده مجدد در سفارت آمریکا در لندن بود که سفارت از استخدام وی خودداری کرد، در نتیجه وی در دادگاه‌های ملی به طرح دعوا اقدام کرد که مورد پذیرش قرار نگرفت.<sup>۱</sup> بریتانیا نمی‌پذیرفت حقی که خواهان بر آن تکیه کرده است، ماهیتی مدنی دارد، زیرا به باور این دولت، مسئله استخدام اعضای هیأت دیپلماتیک در حوزه اختیارات اصلی حاکمه دولت بود و بنابراین ماهیت «حقوق عمومی» داشت. در نتیجه، روند جذب افراد برای استخدام در یک سفارتخانه به حق مدنی آنها ارتباط پیدا نمی‌کند. دیوان البته از پرداختن به این موضوع اجتناب کرد. اما اعلام کرد اعطای مصونیت دولتی به ایالات متحده حق دسترسی به محکمه را نقض نمی‌کند (ممتاز و متوسل، ۱۳۹۵: ۸۶۲). دیوان اروپایی، این قضیه را براساس ماده ۶ کنوانسیون بررسی کرد و به این نتیجه رسید که تمایلی در حقوق بین‌الملل به منظور محدود کردن مصونیت دولت در خصوص اختلافات مربوط به استخدام مطرح است، هرچند زمانی که پروسه مربوط به استخدام در سفارت خارجی است، این مسئله مطرح می‌شود که آیا مصونیت دولت همچنان اعمال می‌شود و اگر چنین است، آیا این مصونیت مربوط به قراردادهای تمام کارکنان است یا صرفاً کارکنان بلندپایه را در برمی‌گیرد؟ (Kloth, 2010: 54)

دیوان بیان می‌دارد که از گرایشی در حقوق بین‌الملل جهت انعطاف‌پذیر بودن مصونیت در قضایایی که مربوط به سفارت‌های خارجی است، باخبر نیست. در این خصوص، دیوان به پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به‌ویژه ماده ۱۱ اشاره می‌کند که مقرر می‌دارد: دولت نمی‌تواند به مصونیت خود در فرایندی که مربوط به قرارداد استخدام بین دولت و افراد برای اشتغال در سرزمین دولت میزبان باشد، استناد کند. با وجود این، دیوان اضافه می‌کند، زمانی که موضوع مطروحه اشتغال مجدد و تجدید استخدام باشد، به‌نحوی که عملکرد فرد به‌طور نزدیکی مربوط به اعمال حاکمیتی دولت است، این قاعده ماده ۱۱ اعمال نمی‌شود (Emberland, 2002: 704).

### رویکرد مغایر دادگاه‌های ملی و داخلی دولت‌های اروپایی در زمینه

#### مصونیت دولت

مشکل می‌توان ادعا کرد که تصمیمات دیوان اروپایی حقوق بشر در مسئله مصونیت دولت مانعی در توسعه حقوق بین‌الملل ایجاد کرده است، هرچند قضیه العدسانی بهترین فرصت را برای نهاد استراسبورگ فراهم آورد تا در شفاف‌سازی حقوق بین‌الملل در ارتباط با

1. Fogarty v. United Kingdom, ECTHR, 2001, No. 37112/97, 2001: 22

محدودیت‌های مصونیت دولت در برخورد با قاعده‌آمره ایفای نقش کند. همچنین رأی مک‌ال‌هینی نتوانست بین شرایطی که مصونیت حاکمیتی در برابر خسارات و زیان‌هایی قرار می‌گیرد که این خسارات در سرزمین دولت مقرر دادگاه رخ داده و مرتکب نیز در زمان ورود خسارات در آن مکان حضور داشته است، با شرایطی که خسارت در سرزمین دولت دیگری غیر از دولت مقرر دادگاه به وجود آمده است، تفاوت ایجاد کند. با وجود رویه‌ای که دیوان در بررسی قضایای مرتبط با مصونیت دولت از خود به نمایش گذاشت، تحول و توسعه حقوق بین‌الملل در راستای ارتقای قاعده‌آمره در جامعه بین‌المللی سبب شد تا دادگاه‌های ملی اروپا از موضع دیوان روی برگردانند و بدین‌وسیله به لایه‌های سخت مصونیت دولت، نفوذ کنند. از مهم‌ترین آرای صادره از دادگاه‌های ملی در سال‌های اخیر، رأی مربوط به قضیه فرینی در سال ۲۰۰۴ از دادگاه ایتالیاست که متعاقباً بررسی خواهد شد. ابتدا قضایای سیویتلا (در ایتالیا) و دیستومو (در یونان) بیان می‌شود.

### ۱. قضیه سیویتلا (دیوان عالی ایتالیا)

در ۲۱ اکتبر ۲۰۰۸، شعبه اول کیفری دیوان عالی ایتالیا درخواست فرجام‌خواهی دولت آلمان درباره حکم دادگاه کیفری تجدیدنظر در دسامبر ۲۰۰۷ را رد کرد. حکم دادگاه تجدیدنظر مؤید این مطلب بود که دولت آلمان ملزم به پرداخت خسارت برای کشتار جمعی سیویتلا در ۲۹ ژوئن ۱۹۴۴ براساس اصل مسئولیت مشترک و منفرد همراه با متهم (ماکس جوزف میلد) است. شعبه بدوی دادگاه نظامی لاسپیزیا در تاریخ ۱۰ اکتبر ۲۰۰۶، ماکس جوزف میلد را براساس مواد ۱۳ و ۱۸۵ قوانین کیفری نظامی ایتالیا محکوم به حبس ابد کرد. همچنین دادگاه اعلام کرد که دولت آلمان، جداگانه و مشترک با متهم، مسئول خسارات وارده به اشخاصی‌اند که طی جریان رسیدگی درخواست جبران خسارت کرده بودند. به موجب حکم دادگاه، دولت آلمان ملزم شد تا فوراً خسارت وارده و تمامی هزینه‌های قانونی را که تقریباً یک میلیون یورو می‌شود بپردازد (Ciampi, 2009: 597).

براساس نظر دولت آلمان، اعلام صلاحیت در خصوص ادعای مطروحه علیه این دولت، موجب نقض تعهدات بین‌المللی ایتالیا براساس معاهده صلح ۱۹۴۷ و موافقت‌نامه بین آلمان و ایتالیا ۱۹۶۱، همچنین اصل عرفی مصونیت دولت از صلاحیت قضایی دولت خارجی شده است. قضیه سیویتلا از ویژگی خاص برخوردار است که موجب یگانگی و منحصربه‌فرد بودن این قضیه در متون حقوقی بین‌المللی و ایتالیا شده است. رسیدگی مدنی، گاه علیه افراد و همین‌طور دولت‌هایی که رفتار فرد قابل انتساب به آن است، صورت می‌گیرد. این مسئله غیرمعمول نیست که دعوای

مدنی در پروسه کیفری مطرح شود، رویه‌ای که در کشورهای استرالیا، بلژیک، دانمارک، فنلاند، فرانسه، آلمان، یونان، ایتالیا، لوکزامبورگ، هلند، اسپانیا، پرتغال و ایران نیز پذیرفته شده است. اما قضیه سیویتلا نخستین پرونده‌ای بود که در آن دعوای مدنی علیه یک دولت خارجی و مقامات، همراه با تعقیب کیفری مرتکبان صورت گرفت (Ciampi, 2009: 599).

براساس آیین دادرسی کیفری ایتالیا، قربانی جرم می‌تواند دعوای مدنی را در محکمه کیفری مطرح کند. هدف از طرح دعوای مدنی، پرداخت غرامت و اعاده وضع سابق برای خسارات مربوط به شبه جرم است. این الزام مربوط به فردی است که مسئول ارتکاب جرم است. قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا، به دادگاه این اختیار را می‌دهد تا خسارات وارده به قربانیان را از مرتکب و شخص مسئول مطالبه کند. براساس اصل مسئولیت منفرد و مشترک، قربانی می‌تواند تمام خسارت را از هریک از آنها مطالبه کند. دادگاه با بررسی رویل قضایی ایتالیا اعلام می‌کند، بدعتی که توسط رأی فرینی ایجاد شده در قضایای بعدی تأیید شده است. بر این اساس، دادگاه به این نتیجه می‌رسد که به تمایلی جدی در چندین سال اخیر به وجود آمده که به موجب آن مصونیت قضایی دولت‌های خارجی در ارتباط با جرائم بین‌المللی، مستثنا شده است. دادگاه تأکید کرد که دو اصل بدون شک در نظم قانونی بین‌المللی در کنار هم وجود دارند: اصل مصونیت دولت برای اعمال حاکمیتی و اصل حمایت از حقوق بنیادین بشر. بعد از بیان این مطلب که نقض حقوق بنیادین بشر، جرائم بین‌المللی را ایجاد می‌کند و به موجب آن هر دولتی متعهد به تعقیب و مجازات آن است، دادگاه می‌افزاید هنجارهایی که از حقوق بنیادین بشر حمایت می‌کند، مبین اولویت اصل حمایت از کرامت انسانی است، به طوری که نقض آن، ساختار حاکمیت را شکننده می‌کند (Heller, 2013: 227).

تصمیم دادگاه عالی ایتالیا در قضیه سیویتلا آخرین حکم در سلسله احکام صادره از دادگاه‌های ایتالیا علیه دولت آلمان در ارتباط با جرائم ارتكابی در مدت جنگ جهانی دوم بود. نظام قضایی کشوری مانند ایتالیا که جبران خسارت وارده در پروسه کیفری را ممکن می‌سازد، تفکیک دقیق بین مسئولیت کیفری و مدنی را با مشکل ایجاد می‌کند. از سوی دیگر، این‌گونه رسیدگی مبین آن است که مجازات کیفری و مسئولیت مدنی هر دو در جهت تقویت اهمیت استانداردهای رفتاری و ممانعت از ارتکاب تخلفات آتی هستند، چراکه اصل مسئولیت فردی مقامات دولتی براساس صلاحیت جهانی در ارتباط با جرائم جنگی پذیرفته شده است. تفکیک بین صلاحیت مدنی و کیفری، حداقل در خصوص نقض شدید حقوق بشر پذیرفته شده است. اما در خصوص اینکه آیا بین مسئولیت دولت‌ها و افراد باید تفکیکی قائل شد، به نظر می‌رسد جواب منفی است. تصمیم دادگاه به نوعی تفکیکی را که بین مصونیت دولت و افراد وجود داشت، از میان برد. هر چند دادگاه عمیقاً این مسئله را بررسی نکرد، با وجود این، تصمیم دادگاه در این پرونده بدعتی نو را در رویه محاکم پایه‌گذاری کرد (Ciampi, 2009: 601).

## ۲. قضیه دیستومو (دیوان عالی یونان)

در سال ۲۰۰۰ دیوان عالی یونان، دولت آلمان را به پرداخت خسارت به بازماندگان قربانیان کشتار جمعی به وسیله نیروهای نظامی آلمان در روستای دیستومو یونان در سال ۱۹۴۴ محکوم کرد. اما اجرای رأی علیه دولت خارجی براساس قانون یونان (ماده ۹۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور) منوط به اجازه وزارت دادگستری بود که در این قضیه از اعطای آن خودداری شد.<sup>۱</sup>

به دنبال آن شاکیان، اجرای رأی دادگاه یونان را نزد دادگاه‌های ایتالیا دنبال کردند، که این حکم توسط دادگاه تجدیدنظر فیروزه<sup>۲</sup> و سپس توسط دادگاه هم‌عرض در آلمان شناسایی نشد. این پرونده سپس به دیوان عالی ایتالیا ارجاع شد. ایرادات آلمان به لازم‌الاجرا بودن رأی دادگاه یونان مبتنی بر سه عامل بود: ۱. تصمیم دادگاه یونان نمی‌تواند لازم‌الاجرا باشد، همان‌طور که دادگاه تجدیدنظر فیروزه اشاره می‌کند، چراکه این موضوع خارج از حوزه مقررات واحد اتحادیه اروپاست؛ ۲. حتی با فرض اینکه رژیم حقوقی ایتالیا قائل بر شناسایی و اجرای احکام خارجی (ماده ۶۴ قانون ایتالیا در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی) باشد، حکم دادگاه یونان تمامی شرایط قانون ایتالیا را دارا نیست، زیرا در نظام قضایی یونان، این رأی اجازه وزارت دادگستری یونان را برای اجرا ندارد؛ ۳. تأثیر این حکم، مغایر با سیاست عمومی ایتالیاست، چراکه این حکم متضمن نقض مصونیت قضایی آلمان در خصوص اعمالی است که مربوط به حاکمیت این دولت در زمان جنگ جهانی دوم است (Scherr, 2012: 142).

دیوان عالی ایتالیا در حالی که با دلیل اول دولت آلمان موافق بود، دلایل دوم و سوم را رد کرد و تصمیم یونان را براساس قوانین جاری ایتالیا لازم‌الاجرا دانست. واقعیت آن است که اگرچه اجرای رأی علیه دولت خارجی در نظام قضایی کشور مبدأ، بستگی به اجازه مقامات دولتی آن دارد، ولی این امر بدین معنا نخواهد بود که این رأی در شرایط زمانی و مکانی متفاوت قابل اجرا نباشد و صرفاً به شرط آنکه رأی قطعی و لازم‌الاجرا شده باشد، این امر مقدور می‌گردد. همچنین این دیوان بیان کرد که انکار مصونیت دولت زمانی که دولت خوانده متهم به نقض فاحش حقوق بنیادین بشر است، نه تنها با سیاست عمومی ایتالیا سازگار است، بلکه همسو با تصمیم اخیر دیوان عالی ایتالیا در قضیه فرینی است.<sup>۳</sup> (M. Gavouneli, 2001:200).

1. Court of Cassation, Greece (Areios Pagos), 2000, Case No 11/2000

2. Firenze

۳. برای مطالعه بیشتر رک: کدخدائی، و عابدینی، ۱۳۹۴: ۵۰-۴۸

### ۳. قضیه فرینی (دیوان عالی ایتالیا)

دیوان عالی ایتالیا به موجب تصمیمی مصونیت دولت آلمان را برای ارتکاب جرائم بین‌المللی براساس مبانی انحصاری حقوق بین‌الملل نادیده انگاشت.<sup>۱</sup> در این قضیه یک شهروند ایتالیایی به نام لوئیجی فرینی که توسط نیروهای نازی در اوت ۱۹۴۴ در شهر آرزو ایتالیا دستگیر شده بود، به آلمان منتقل و به کار اجباری برای تعدادی از واحدهای آلمانی مجبور شد و در نهایت تا آوریل ۱۹۴۵ در اردوگاه اسرای جنگی در اسارت به سر می‌برد. در سپتامبر ۱۹۹۸، فرینی علیه دولت آلمان در دادگاه آرزو ایتالیا درصدد جبران خسارات، برای لطمات فیزیکی و روانی ناشی از دستگیری و اخراج از کشورش برآمد. در مقابل، دولت آلمان به مصونیت قضایی براساس حقوق بین‌الملل عرفی استناد و ادعا کرد که دولت‌ها از مصونیت در نزد محاکم خارجی برای اعمال حاکمیتی برخوردارند (Tarre Moser, 2012: 811).

در ۳ نوامبر ۲۰۰۰ دادگاه آرزو، این دعوا را غیرقابل استماع دانست و این‌گونه استدلال کرد که اخراج و کار اجباری، اعمال حاکمیتی محسوب می‌شوند. فرینی درصدد تجدیدنظرخواهی برآمد که در پی آن دادگاه تجدیدنظر فلورانس تصمیم دادگاه بدوی را تأیید کرد. فرینی این تصمیم را در دادگاه عالی مورد اعتراض قرار داد. این دادگاه تصمیم دادگاه تجدیدنظر را نقض کرد و مصونیت دولت را نپذیرفت. سپس دیوان قضیه را به دادگاه آرزو برای بررسی ماهیتی ارجاع داد. مسئله شایان توجه در این رأی، استدلال دادگاه عالی در پذیرش صلاحیت دادگاه‌های ایتالیاست. در حقیقت با توجه به آنکه اتهامات دولت آلمان مربوط به اعمال حاکمیتی است، از نظر دادگاه این مسئله مطرح بود که آیا مصونیت قضایی در زمانی که دولت متهم به ارتکاب جرائمی براساس حقوق بین‌الملل عرفی است، قابلیت اعمال دارد یا نه، چراکه این جرائم ارزش‌های جهانی جامعه بین‌المللی را متأثر می‌سازد. در این زمینه، دیوان به بررسی تعدادی از اسناد ملی و بین‌المللی پرداخت تا مشخص کند آیا اخراج و کار اجباری جرائم جنگی محسوب می‌شوند یا نه. دیوان سپس بیان کرد که اعطای مصونیت به دولت‌های متهم به چنین جرائمی، آشکارا مغایر با ارزش‌هایی است که حمایت از آنها برای جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل بنیادین است. براساس نظر این دادگاه، این مغایرت (تضاد نقض قاعده آمره و مصونیت دولت) باید با اعطای اولویت به قاعده‌ای بالاتر حل شود (Bianchi, 2013: 459). براساس نظر دیوان عالی ایتالیا، تخطی از اصل مصونیت به وسیله حقوق بین‌الملل موجود، مورد قبول واقع نشده است. در این زمینه با استناد به پرونده العدسانی (۲۰۰۱) و پینوشه (۱۹۹۹) اشاره می‌کند به این مطلب که برخلاف پرونده فرینی، در قضایای پیش جرائم مورد ادعا در سرزمین دولتی غیر از دولت مقر دادگاه رخ داده بود. به نظر دیوان، قاعده‌ای صریح که دیوان را قادر می‌سازد تا

1. Supreme Court of Cassation, Italy, Cass no 5044/04, ILDC 19 (IT 2004)

مصونیت دولت خارجی را حداقل زمانی که جرائم ارتكابی در حوزه دولت مقرر دادگاه باشد انکار کند، این است که به قواعد عرفی جرائم جنگی جایگاه بالاتر اعطا شود (Kloth, 2010: 71). در این نظر دیوان عالی بیان می‌دارد که تفاوت سنتی بین اعمال مربوط به حاکمیت و اعمال تصدی به‌طور چشمگیر در خصوص مسئولیت ناشی از شبه‌جرم ناکافی است. به‌عبارت دیگر، دیوان عالی ایتالیا بر این باور بود که مصونیت دولت نمی‌تواند برای صدمات ناشی از ارتكاب اعمالی در سرزمین دولت مقرر دادگاه صرف‌نظر از اینکه اعمال یادشده مربوط به اعمال حاکمیت باشد یا تصدی، مورد استناد قرار گیرد. هرچند دادگاه هوشیارانه از تأیید اینکه این گرایش، انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی است شانه خالی می‌کند و صرفاً به برخی قضایای مطرح‌شده در دادگاه‌های ملی در این خصوص اشاره می‌کند. بنابر نظر این دادگاه ناکافی بودن تفکیک بین اعمال مربوط به تصدی و اعمال حاکمیتی و قدمت حقوق بنیادین بشر نسبت به مصونیت دولتها، توسط اصلاحیه قانون مصونیت‌های خارجی آمریکا در خصوص جرائم تروریستی مورد حمایت واقع شده و تعدادی از تصمیماتی که اخیراً به‌وسیله دادگاه‌های آمریکا اتخاذ شده، دولتهای خارجی را برای ارتكاب این جرائم نکوهش کرده‌اند (Scherr, 2012: 141).

در نهایت دیوان عالی تأکید کرد که دادگاه‌های ایتالیا براساس اصل صلاحیت جهانی، همچنین صلاحیت رسیدگی به جرائم بین‌المللی خارج از ایتالیا را نیز دارند. بی‌شک تصمیم دیوان در قضیه فرینی، از این نظر که تا حدی دولتها را از ارتكاب جرائم بین‌المللی منع می‌کند، مورد استقبال واقع شد و در حقیقت این تصمیم پس از پیگیری‌ها و تلاش‌های تعدادی زیادی از حقوقدانان و اندیشمندان به‌منظور اثبات این موضوع که دولتهای خارجی متهم به جرائم بین‌المللی نباید از مصونیت برخوردار باشند، صادر شد. هرچند برخی انتقادات به این رأی همچنان به قوت خود باقی است، از جمله اینکه آیا اخراج و کار اجباری از جمله جرائم بین‌المللی هستند که نقض قاعده آمره محسوب شوند یا اینکه آیا آنچه امروزه از آن تحت عنوان قاعده آمره یاد می‌شود، قابل تسری به زمانی است که مفهوم قاعده آمره در حال شکل‌گیری بوده است (Bianchi, 2013: 460).

تصمیم فرینی همان‌طور که دیوان بین‌الملل دادگستری نیز در رأی ۲۰۱۲ خود، این نکته را تأیید کرده بود، انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی موجود محسوب نمی‌شود، بلکه نشأت‌گرفته از جایگاه بالاتر قواعد مربوط به جرائم بین‌المللی است. به‌عبارت دیگر، زمانی که دیوان از بیان این مطلب که استثنای شبه‌جرم برای جرائم بین‌المللی ارتكاب‌یافته در سرزمین دولت مقرر دادگاه بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است، قاصر ماند، تصمیم خود را با اعطای جایگاه برتر به قواعد مربوط به جرائم بین‌المللی توجیه کرد. هرچند رویه‌ای مشخص در راستای حمایت از این مفهوم که اخراج و کار اجباری یا جرائم بین‌المللی، نقض قاعده آمره‌ای که به سلب مصونیت دولتها منجر می‌شود، وجود ندارد و دادگاه‌های ملی نیز اغلب با اعطای مصونیت در چنین قضایایی به‌طور



ضمنی در این زمینه گام برمی‌دارند که هیچ قاعده‌ای حتی قاعده آمره نمی‌تواند به سلب مصونیت دولت‌ها منجر شود. تصمیم در قضیه فرینی، به‌نظر می‌رسد نخستین گام جهت توسعه حقوق بین‌الملل عرفی جدید و اعطای ماهیت قاعده آمره به اخراج و کار اجباری با تحت تأثیر دادن مصونیت دولت‌هاست. از این نظر، این تصمیم در پی هموار کردن راه برای تغییر در حقوق بین‌الملل عرفی و اثرگذاری قاعده آمره بر مصونیت دولت‌هاست. آرایه که چهار سال بعد یعنی سال ۲۰۰۸ توسط دادگاه‌های ایتالیا همان‌گونه که در قضایای مذکور بیان گردید، صادر شده است، حاکی از آن بود که رأی پرونده فرینی توانست تا حد قابل قبولی راهگشا باشد.

### نتیجه‌گیری

تحول حقوق بین‌الملل مربوط به مصونیت دولت‌های خارجی در طول سده‌های نوزدهم، بیستم و بیست‌ویکم، در نتیجه تغییر در رویه بازیگران متعدد در عرصه داخلی و بین‌المللی بوده است. محاکم ملی از تغییر رویه دولت به‌منظور تحقق اقتضات عدالت روی گردان نبوده‌اند. قانونگذاران ملی نیز در پاسخ به مطالبات موجود قوانین را تا اندازه‌ای اصلاح کردند. فرایند بین‌المللی تصویب معاهدات که نمود آن در کنوانسیون ۲۰۰۴ ملل متحد در زمینه مصونیت دولت‌ها بود، موضعی محافظه‌کارانه اتخاذ کرده است. فقدان اشتیاق فراوان برای کنوانسیون که در فرایند کند تصویب آن متجلی شده (تا سال ۲۰۱۸ تنها ۲۱ سند تصویب)، نشان می‌دهد که در حقوق بین‌الملل عرفی مبحث «مصونیت دولت» باید ثابت و بدون تغییر باقی بماند. البته نمی‌توان این مسئله را انکار کرد که تغییراتی در عملکرد دولت‌ها در مواجهه با مفهوم «مصونیت دولت» در حال وقوع است، ولی در جهان معاصر و نظام وستفالیایی حقوق بین‌الملل مبتنی بر اقتدار و حاکمیت برابر دولت‌ها، عملکرد چند دولت محدود در عرصه بین‌المللی، عنصر مادی عرفی مغایر با رویه معمول مصونیت قضایی دولت‌ها را در پی نداشته و عنصر مادی و معنوی یک عرف بین‌المللی جدید را ایجاد نکرده است. بنابراین رویه دولت‌های طرفدار اصلاحات در قواعد عرفی مصونیت، به‌حدی است که می‌توان ادعا کرد در اقلیت عملکرد قرار دارند. رویه‌ای که در یونان و ایتالیا جلب توجه می‌کند، در ایالات متحده آمریکا به‌صورت سیاسی و گزینشی مورد حمایت بوده و در کانادا با ورود اصلاحیه‌ای بر قانون مصونیت کانادا ورود پیدا کرده است و در بسیاری از دولت‌های دیگر که چه‌بسا در صورت طرح دعوی علیه دولت‌های دیگر، مصونیت نادیده گرفته شود. اما مسئله این است که طبق تأیید دیوان بین‌المللی دادگستری نیز تا زمانی که عرف جدیدی شکل نگرفته و عرف موجود را به کنار ننهاده است، رویه‌ها و عملکردهای جدید، نقض عرف موجود محسوب می‌شود. به‌عبارت دیگر، تا زمانی که قواعد عرفی مصونیت دولت تغییر نیافته است، باید کماکان به قواعد موجود وفادار ماند و به‌منظور حفظ حاکمیت قانون در جامعه بین‌المللی، کماکان از

قواعد موجود مصونیت دولت تبعیت کرد: قواعدی که شبه‌جرم‌های فراسرزمینی را هنوز به‌عنوان استثنایی بر مصونیت دولت نپذیرفته‌اند.

با توجه به مطالب مذکور و با پذیرش این واقعیت که تحولی در حقوق مصونیت دولت در حال رویداد است، در پاسخ به این پرسش که اصل عرفی مصونیت با شبه‌جرم‌های فراسرزمینی یا نقض قواعد آمره حقوق بشری کنار می‌رود، باید پاسخ منفی داد. شبه‌جرم‌های فراسرزمینی یا نقض قواعد آمره الزاماً موجب صلاحیت دادگاه‌های ملی علیه دولت دیگری محسوب نمی‌شود. مصونیت یک مسئله‌ی شکلی است که در مورد طرح هر دعوی (خواه منشأ آن نقض قواعد آمره باشد خواه غیر آمره) مطرح می‌شود. به عبارت دیگر، برای طرح دعوا ابتدا باید از سد مصونیت گذشت. همان‌طور که دیوان بیان داشته، صلاحیت به معنای عدم مصونیت نبوده و مصونیت به معنای عدم صلاحیت نیست. در واقع همان‌طور که دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه‌ی العدسانی بیان داشته است، اعطای مصونیت مانعی شکلی برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های ملی محسوب می‌شود. از سوی دیگر، قواعد شبه‌جرم‌های فراسرزمینی، قواعد آمره و قواعد مصونیت هر یک ماهیت و کارکرد مجزا و موضوع مجزایی دارند که یکی دیگری را نقض نمی‌کند. بنابراین با وجود مانع مصونیت امکان ورود در ماهیت دعوا و بررسی نقض قواعد حقوق بشری وجود نخواهد داشت. علاوه بر این، یک نتیجه‌ی عملی در این پاسخ نهفته است که کنار گذاشتن مصونیت دولتها به ادعای شبه‌جرم‌های فراسرزمینی، موجب هرج‌ومرج در جامعه‌ی بین‌المللی می‌شود و شاهد این خواهیم بود که در جای جای دنیا آرای متعدد و حتی با مبالغ‌ه‌نگفتی علیه دولتها‌ی مختلف صادر می‌شود که در بسیاری از اوقات از مسائل حقوقی به دور است و صیغه‌ی سیاسی به خود می‌گیرد و از طرفی این امر مغایر اصل مهم بین‌المللی «عدم مداخله‌ی هر دولت در امور داخلی سایر دولتها» محسوب می‌شود.

در نهایت رویه‌ی قضایی مغایر چند دولت محدود اروپایی (یونان و ایتالیا) در محاکم داخلی خود، بر اعمال و بسط صلاحیت سرزمینی خود در ابعاد مدنی و کیفری (اصل صلاحیت منفعل) نمی‌تواند با توجه به عدم استقبال سایر دولتها و بی‌توجهی آنها به این موارد، مبنای مستحکمی در حقوق بین‌الملل و تغییر عرف بین‌المللی داشته باشند، بیشتر یک سری اقدامات متقابل مقطعی و گزینشی محسوب می‌شوند که آثار درازمدتی در سطح بین‌المللی پدید نمی‌آورند. بنا به تعبیر حقوقدان بین‌المللی، یک یا دو دولت نمی‌توانند برای کل جامعه‌ی بین‌المللی قانونگذاری کنند و ایجاد عنصر مادی و معنوی عرف بین‌المللی جدید آداب و روند خاص و مشخصی را می‌بایست طی کند، که با توجه به تفاوت خاستگاه و اهداف تصویب قوانین و رویه‌ها قضایی دولتها‌ی مذکور و همچنین رویکرد متفاوت آنها در تبیین مفهوم شبه‌جرم، یا قاعده‌ی آمره‌ی بین‌المللی، عملکرد این دولتها‌ی معدود نیز خود یکسان و متحدالشکل نبوده و در نتیجه این رویه در حال حاضر از عمومیت و فراوانی کافی برای ایجاد قاعده‌ی عرفی جدید

برخوردار نخواهد بود. از طرفی اعلام موضع صریح دیوان اروپایی حقوق بشر در قضایای مطروحه (العدسانی، مک ال هینی، و فوگارتنی، کالوگروپولو و...)، به عنوان یک نهاد مهم منطقه‌ای و بین‌المللی، بر پافشاری بر «قاعده عرفی موجود مصونیت دولت‌ها در محاکم داخلی سایر دولت‌ها» شایان توجه است و در راستای رویه مشابه در دیوان بین‌الملل دادگستری، عدم تمایل رویه قضایی بین‌المللی بر همسویی با عملکرد مغایر دولت‌های مذکور را نشان می‌دهد.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. عبداللهی، محسن؛ شافع، میرشهبیز (۱۳۸۱)، *مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل*، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور.
۲. عبداللهی، محسن (۱۳۹۴)، *تروریسم بین‌المللی به مثابه استثنا در حال ظهور قاعده مصونیت دولت: بررسی قانون جدید کانادا*، در مجموعه مقالات همایش مصونیت در حقوق بین‌الملل، به اهتمام محسن عبداللهی، تهران: گنج دانش.

#### ب) مقالات

۳. خضری، سید مرتضی (۱۳۹۱)، «مصونیت دولت از نگاه حقوق بین‌الملل»، *مجله پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی*، ش ۳.
۴. شهلائی، فراز (۱۳۹۴)، «یک جدال حقوقی تمام‌عیار: ایتالیا علیه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ش ۲۷.
۵. عبداللهی، محسن؛ خندان کوچکی، جمال (۱۳۹۶)، «استثنای تروریسم در قوانین مصونیت ایران، امریکا و کانادا»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ش ۷۷.
۶. عزیززی، ستار (۱۳۹۲)، «گستره استثنای شبه جرم در حقوق مصونیت دولت‌ها در آیین رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۳، ش ۲، شماره پیاپی ۱۰۰.
۷. کدخدایی، عباس؛ عابدینی، عبدالله (۱۳۹۴)، «مصونیت دولت و قاعده آمره»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۵، ش ۱.
۸. ممتاز، جمشید؛ متوسل، سیروس (۱۳۹۵)، «حق بر دادرسی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، ش ۴.

**A) books**

1. Bakentas, Ilis & Susan Nask,(2003), *International Criminal Law*, London, Cavandish
2. Brownlie, Ian (2008), *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Great Britain, Oxford University Press.
3. Cassese, Antonio, (2005) *International Law*, Great Britain, Oxford University Press.
4. Emberland ,Marius,(2002) *McElhinney v. Ireland, Al-Adsani v. United Kingdom, Fogarty v. United Kingdom*, The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 3, Jul., Published by: American Society of International Law; Cambridge University Press.
5. Heller , Kevin Jon and Simpson, Gerry,(2013) *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Published By :Oxford University Press,
6. Kloth, Mathios, (2010) *Immunities and The Right of Access to Court under Article 6 of The European Convention on Human Rights*, Boston , Martinus Nijhoff Publishers.
7. Murphy, Sean D,( 2006) *Principles of International Law*, United States of America, Thomson/West.
8. Scherr, Daniel,(2012) *Jurisdictional Immunities of the State ( Germany v. Italy: Greece Intervening) A Case Note*, New Zealand Yearbook of International Law, Vol 10.
9. Trooboff, P.D.,(1987)*Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principle*, R.D.C. , Dordrecht/ Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers.

**B) Articles**

10. Bianchi, Andrea, (2013) “Gazing at the Crystal Ball (again): State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v. Italy”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 3.
11. Ciampi, Annalisa, (2009) “The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War: The Civitella Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 3.
12. Gaukrodger, David (2010), “Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/02, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/5km91p0ksqs7-en>.
13. Kadkhodai, Abaas,& Abedini, Abdolah (2014), “State's Immunity and Jus Cogens”, *Public Law Studies Journal*, , The Period 45, N.1.
14. M. Gavouneli & I. Bantekas,( 2001) “Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany.Case No.11/2000”,*The American Journal of International Law*, Vol. 95, No.1.
15. Reece Thomas, Katherine, & Joan Small (2002) “ Human Rights and State

Immunity: Is There Immunity Form Civil Liability for Torture”, *Netherlands International Law Review*.

16. Tarre Moser, Patricia (2012) “Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case” , *Goettingen Journal of International Law* 4.

#### C) Cases

17. Al-adsani v. the United Kingdom, No. 35763/97, The European Court of Human Right( ECtHR) 2001-x1.
18. McELHINNEY v. IRELAND AND THE UNITED KINGDOM, no. 31253/96, European Court of Human Rights( ECTHR -Grand Chamber), Decision of 09.02.2000/.
19. Fogarty v. United Kingdom (Application no. 37112/97) , European Court of Human Rights ,Date of Decision: 21 November 2001, [http://hudoc.echr.coe.int/eng# {"dmdocnumber":\["697763"\],"itemid":\["001-59886"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng# {).