

اللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ

۱۴۹۵

۱۴۹۵



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

پایان نامه جهت دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل

عنوان:

مصونیت دولت در مواجهه با قواعد آمره (*jus cogens*)

استاد راهنما:

آقای دکتر سید محمد قاری سید فاطمی

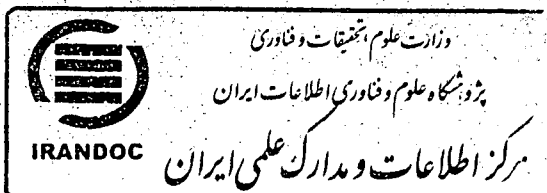
استاد مشاور:

آقای دکتر رضا اسلامی

دانشجو:

حسین خلف رضایی

تابستان ۱۳۸۹



۱۴۹۵۴۷

۱۳۸۹/۱۰/۰۹

تقدیم به

حضرت بقیه الله مهدی صاحب زمان (عجل الله تعالی فرجه)

مصلح کل و منادی آزادی و آزادگی،

راهنما و راهبر انسان از تبه ضلالت به فراخنای امن و راحت،

او که انیس و راحت جان عاشقان و روشنی دیده‌ی عارفان و

یاری رسان طالبان حق و حقیقت است.

ما بدین در نه بی حشمت و جاه آمده‌ایم

از بد حادثه این جا به پناه آمده‌ایم

سبزه خط تو دیدیم و ز بوستان بهشت

به طلبکاری این مهر گیاه آمده‌ایم

تشکر و سپاس:

حمد و ثنا مخصوص پروردگار متعالی است که بر بنده ی بی مقدارش منت نهاده و او را به کسب دانش و پیمودن طریق معرفت دلالت نموده است. او را شکر گزارم؛ به جهت توفیق حضور در خدمت اساتیدی اندیشمند و گرانقدر که علم حقوق را با انگیزه‌هایی بشردوستانه و متعالی همراه ساخته‌اند و با روش و مینش خود مسأله آموز درس‌هایی شدند و رای آنچه در کتب حقوقی و قانون مداز به چشم می‌آید. این پایان نامه را نه پایان راه، که سر آغاز حرکتی عالمانه و شناوری در بحر تعمق و تحقیق بیشتر می‌دانم.

بر خود فرض می‌دانم که از استاد بزرگوار جناب آقای دکتر سید فاطمی که با حضور امید بخش و راهنمایی‌ها و رهنمودهای عالمانه و صمیمانه‌ی خود، سیر در این عرصه را بر من هموار ساختند و از استاد عزیز جناب آقای دکتر اسلامی که در مقام مشاورت این رساله، با دقت نظری مثال زدنی و پرفایده، مایه‌ی اتقان و آراستگی بیش‌تر مطالب را ارزانی داشتند، صمیمانه سپاسگزاری نمایم. همچنین، از راهنمایی‌های بی‌پیرایه و صمیمانه‌ی جناب آقای دکتر عبداللهی که در تحصیل رویکردی روش‌مند، عالمانه و انتقادی در این پژوهش سهمی بسزا داشته‌اند، کمال تشکر و امتنان را دارم و از همراهی و حمایت‌های بی‌دریغ خانواده مهربانم، الطاف و راهنمایی‌های دیگر اساتید ازجمله دوستان عزیزم سپاسگزارم.

چکیده:

مصونیت قضایی دولت در تعریفی کلی به معنای عدم امکان رسیدگی به دعاوی علیه دولت های خارجی است که هم اقدامات حاکمیتی و هم اشخاصی که نماینده ی حاکمیت بوده یا عناصر اقتدارات حاکمیتی را اعمال می نمایند را در بر می گیرد. در نظام حقوق بین الملل کنونی هنجارهایی به عنوان قواعدی امری و لازم الرعایه برای کلیه تابعان حقوق بین الملل مطرح گردیده که به نوعی خط بطلانی است بر نظام کلاسیک حقوق بین الملل که بر منابع آن ترتب و سلسله مراتبی حاکم نبود. ماهیت و آثار خاص این قواعد به داشتن نظام مسئولیتی متفاوتی با دیگر قواعد را دامن زده و پیش می آورد. چنانکه نقض فاحش چنین قواعدی عموماً به عنوان جنایتی بین المللی تلقی گردیده است و جزا دهی و کیفر رسانی آنها لازمه ی عدالت کیفری بین المللی دانسته می شود.

مسأله ی بحث برانگیز از آنجا آغاز می شود که نقض این قواعد امری توسط دولت ها و عوامل و نمایندگان آنها رخ داده باشد که از یک سو، برقراری عدالت بین المللی ضرورت محاکمه و دادرسی به آنها را ایجاب کرده و از سوی دیگر رعایت مصونیت دولت مانعی سر راه اجراز صلاحیت محاکم و بالمآل رسیدگی به ماهیت دعواست. پژوهش حاضر امکان تعارض قواعد آمره و مصونیت را بررسی کرده و معادله ی مصونیت و مسئولیت را در این مواجهه مورد ارزیابی قرار می دهد.

کلید واژه ها: مصونیت دولت - قواعد آمره (*jus cogens*) - جنایات بین المللی - صلاحیت - حاکمیت - مسئولیت - بی کیفرمانی.

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۸	فصل اول: سیر تحول و تحلیل مفهومی مصونیت
۹	گفتار اول: پیشینه و سیر تحول مصونیت
۹	مبحث اول: مبانی پیدایش
۱۳	مبحث دوم: سیر تحول
۱۳	بند اول- مصونیت مطلق
۱۵	بند دوم- مصونیت نسبی
۱۶	گفتار دوم: تجلیل مفهومی مصونیت
۱۷	مبحث اول: قلمرو اثر گذاری
۱۷	بند اول: مصونیت قضایی دولت
۱۸	بند دوم: مصونیت دولتمردان
۱۹	بند سوم: مصونیت سازمان های بین المللی
۲۳	مبحث دوم: قلمرو اثر پذیری
۲۳	بند اول: مصونیت شخصی
۲۵	بند دوم: مصونیت موضوعی
۲۸	بند سوم: مصونیت اجرایی (مصونیت از اجرا)
۲۹	گفتار سوم: مفاهیم مرتبط با مصونیت
۲۹	مبحث اول: صلاحیت
۳۱	بند اول: صلاحیت ملی یا داخلی
۳۵	بند دوم: صلاحیت جهانی

۴۱	مبحث دوم: عدم امکان دادرسی و بی کیفر مانی
۴۱	بند اول- عدم امکان دادرسی
۴۳	بند دوم- بی کیفر مانی
۵۱	فصل دوم: سیر تحول و تحلیل مفهومی قاعده آمره (<i>Jus Cogens</i>)
۵۲	گفتار اول: پیشینه و مفهوم شناسی قاعده آمره
۵۲	مبحث اول: مفهوم
۵۷	مبحث دوم: آثار
۶۳	گفتار دوم: مفاهیم مرتبط با قاعده آمره
۶۳	مبحث اول: تعهدات عام الشمول (<i>Erga Omnes</i>)
۶۹	مبحث دوم: جنایات بین المللی
۷۹	مبحث سوم: واکنش جمعی
۸۶	فصل سوم: همآوردی مصونیت و قواعد آمره
۸۷	گفتار اول: رویکرد های نظری و دکترین
۸۸	مبحث اول: تعارض
۹۰	مبحث دوم: همبودی
۹۲	گفتار دوم: معادله ی مصونیت و مسئولیت در بونه عمل
۹۲	مبحث اول: رویه داخلی دولت ها
۹۲	بند اول- رویه تقنینی
۹۷	بند دوم- رویه قضایی
۱۱۶	مبحث دوم: رویه بین المللی
۱۱۶	بند اول- معاهدات بین المللی
۱۱۶	الف- معاهدات عام

۱۱۹ ب- معاهدات منطقه ای

۱۱۹ بند دوم- رویه قضایی

۱۴۱ نتیجه گیری

۱۴۷ پیوست

۱۶۲ منابع

فهرست علائم اختصاری :

UN: United Nations

ICJ: International Court of Justice

PCIJ: Permanent Court of International Justice

ICC: International Criminal Court

ILC: International Law Commission

FSIA: Foreign Sovereign Immunities Act

YILC: Yearbook of International Law Commission

ILR: International Law Reports

AJIL: American Journal of International Law

EJIL: European Journal of International Law

UKHL: United Kingdom House of Lords

ECHR: European Convention on Human Rights

مصونیت به طور تاریخی محملی برای منع حاکمیت از هر گونه ارزیابی اقداماتش به شمار می رفت. در این دیدگاه، مصونیت برابر با معافیت بود. در زمان پیدایش دولت-ملت، اصل تساوی حاکمیت روابط میان دولت ها را تعریف می کرد. آنچنان که هر دولت، کنترل و صلاحیت انحصاری بر امور داخل در قلمرو سرزمینی خود را داشت و اعطای مصونیت به دولت های خارجی به عنوان نمایش نزاکت بین المللی و حرکت تقابلی¹ بعمل می آمد. حال آنکه با گسترش گفتمان حقوق بشر و سامان یافتن ارزش های بنیادین جامعه ی بشری در قالب قواعد حقوقی عام الشمول و امره، جامعه بین المللی دولت ها نسبت به حفظ آنها دینفع و مکلف به عدم شناسایی اعمال و آثار ناقض این قواعد هستند.² در یک نظام حقوقی منسجم که مبتنی بر سلسله مراتب حقوقی است، وضع قواعد با توجه به قاعده ی مافوق صورت می گیرد و قواعد معارض مادون از درجه ی اعتبار ساقط می گردند. علیرغم وجود مرجعی قانونگذار به عنوان قدرتی فائق در نظام بین المللی، بالجمله نمی توان منکر وفاق جامعه ی بین المللی بر تفوق و اولویت برخی قواعد و تعهدات نسبت به دیگر تعهدات گردید. جامعه ی بین المللی دولت ها به طور کلی برخی قواعد لازم الرعایه را به عنوان لازمه ی زیست مسالمت آمیز جامعه ی بشری و نظم عمومی بین المللی، مورد شناسایی قرار داده و هر قاعده ی معارضی که حائز چنان مرتبتی نباشد را فاقد اثر شمرده است. از آنجا که اصالت و اعتبار قواعد حقوقی منبعت از ارزش ها و شرایط عینی آن جامعه است، مفاهیم و قواعد حقوقی در گذر زمان پویا بوده و همگام با تحولات و تطورات جامعه به پیش می روند. تبیین مفهوم و قلمرو حاکمیت از آنرو حائز اهمیت است که مصونیت قضایی دولت و کارگزاران آن با حاکمیت پیوستگی دارد. درک مقتضیات پارادایم و نظام حقوق بین الملل موجود از این منظر درخور توجه است که به عنوان چارچوبی تحدید کننده و

¹ Reciprocal

² See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, I.C.J. Reports 1971, para. 126; *Report of International Law Commission, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), Article 53.*

یا مخصص بر صلاحیت ملی دولت‌ها عمل کرده و مبین دامنه‌ی آزادی عمل دولت‌ها است. حاکمیت که در گذشته در شخص حاکم تجسم می‌یافت^۲ در قرن اخیر در ملت تبلور یافته و وامداز بودن و تعهد به رعایت حقوق بنیادین بشر اصل راهنمای عمل دولت و فراروی کارگزاران چنان‌که، مصونیت مطلق سران و دولتمردان، جای خود را به مصونیت نسبی و مقید کارگزاران حکومت داده است. جریان پرخروش منادی حقوق بشر از ستیز نظام مبتنی بر زور به ستوه آمده و بنیان‌های نظام حقوقی بین‌المللی را تحت الشعاع خود قرار داده و نظمی نو در انداخته است، تا جایی که قواعدی امری و تعهداتی عام‌الشمول را حافظ ارزش‌های بنیادین و نظم عمومی بین‌المللی قرار داده است.

با اینحال، جامعه‌ی بین‌المللی به جهت عدم تحمل ساختارها و مفاهیم مسلط نظام بین‌المللی که پیش از آن‌که به تصیقات و در عین حال شفافیت قواعد حقوقی تن دهد، دایره‌مدار منافع و آزاده‌ی دولت‌هاست؛ نه تنها از تعیین مصادیق، که از تعریف بی‌پیرایه و دقیق آن نیز باز مانده است.^۳ مع‌الوصف، در جهت تضمین و کارآمدی قواعد حقوق بشر و بشردوستانه بین‌المللی شاهد جرم‌انگاری بین‌المللی و بین‌المللی شدن جرایم و در پی آن مسئولیت و ضمانت اجراهای کیفری نقض فاحش آن قواعد هستیم. گو آنکه به جهت نوبت بودن این رویکرد، قواعد حقوق بین‌الملل موجود بسیاری از این تضمینات را به شکل جهانشمول برنیایده است. در این میان بایستی به این حقیقت ادعان نمود که عدم شفافیت و ضابطه‌مندی از یک سو و تفسیر به رأی در این حیطه از سوی دیگر، به چه نتایج ناگواری می‌انجامد.

ضمن توجه به ضرورت واکنش جامعه‌ی بین‌المللی نسبت به بی‌کیفر ماندن این جنایات که بر هم زنده‌ی صلح، نظم و امنیت بین‌المللی به‌شمار می‌روند، نبایست از اصل کلی قانونمندی جرم و

^۲ لویی پانزدهم در مارس ۱۷۶۶ در پارلمان پاریس اعلام کرد: «حاکمیت انحصار شخص من است. قوه قانونگذاری بدون شریک، فقط متعلق به من است و منشأ نظم عمومی من هستیم.» (به نقل از: متین دفتری، احمد، سیر روابط و حقوق بین‌الملل، سازمان کتابهای جیبی، تهران، چاپ اول: ۱۳۴۱، ص ۵۸).

^۳ نک. ماده ۵۳ عهدنامه وین. راجع به حقوق معاهدات (۱۹۶۹).

مجازات^۵ و تفسیر مضیق قوانین کیفری غفلت نمود. همچنین، حقوق بین الملل با تفکیک جنبه ی شکلی قواعدی چون صلاحیت و مصونیت از امور ماهوی مانند قواعد آمره و جنایات بین المللی از خلط مباحث و پیچیده شدن مسائل جلوگیری نموده است. جامعه ی بین المللی با پذیرش کلی عدم مصونیت موضوعی و اشتغالی در قلمرو برخی جنایات فاحش بین المللی در جهت احقاق حق قدم برداشته است و حتی مصونیت شخصی را در خصوص این جنایات در قلمرو تعهدات قراردادی و معاهداتی نفی کرده است اما از گریبان گیری و تعرض به مصونیت شخصی که مبتنی بر حقوق بین الملل عرفی است، قاصر بوده است.

اگرچه در دهه های اخیر تلاش ها و حتی پیشرفت هایی در جهت ارائه تصویر و تصویری نو از مفاهیم و قواعد حقوق بین الملل مانند حاکمیت و قلمرو صلاحیت داخلی دولت ها و متقابلاً تقویت جایگاه بشر در معادلات حقوقی بین المللی انجام گرفته است و حقوقدانان تلاشی گسترده در راستای این تحول در دکترین و در مفاهیم بنیادین حقوق بین الملل مصروف داشته اند و اخیراً دعاوی متعدد راجع به تعقیب و مجازات عاملان جرایم بین المللی و ناقضان قواعد آمره بدون توجه به مصونیت های بین المللی در محاکم ملی و بین المللی در راستای استقرار و یا خلق ارزش های بنیادین نو جامعه بین المللی طرح گشته است، اما به نظر می رسد این تلاش ها علیرغم برخی توفیقات در ایجاد و نهادینه ساختن ذهنیت مطلوب خود، با رفتار و رویه ی محتاطانه دولت ها و مجامع بین المللی مواجه شده است و جامعه بین المللی در رویه خود چندان میدان به این تحولات چه در مرحله ی صدور احکام قضایی و چه در مرحله ی اجرا نداده است.

با توجه به مطالب بالا، در رساله ی حاضر به مسأله ی مواجهه ی مصونیت دولت و قواعد آمره حقوق بین الملل می پردازیم. در عنوان رساله از تعبیر "تعارض" استفاده نکرده ایم، زیرا تعارض اصطلاحی حقوقی و دارای بار معنایی خاصی است که استفاده از آن می تواند شائبه ی نوعی پیش داوری در این باب را پیش آورد. همچنین، تعبیر "اصل" مصونیت دولت را به کار نبرده ایم زیرا در

⁵ Principles of *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*

آراء علمای حقوق و دکترین در اصل بودن یا استثنایی بودن مصونیت اختلاف نظر وجود داشته که بعداً به آن اشاره می‌گردد. در ارتباط با موضوع مورد بحث کتابها و مقالات ارزنده‌ای به نگارش در آمده است که از آن جمله به کتاب آقای دکتر شریفی طرازکوهی در باب قواعد آمره و نظم عمومی بین المللی و کتاب آقایان دکتر عبداللهی و دکتر میر شهبیز شافع با موضوع مصونیت قضایی دولت می‌توان اشاره داشت. همچنین پایان نامه‌هایی در دانشگاه‌های مختلف از جمله دانشگاه شهید بهشتی و علامه طباطبایی با موضوعاتی در خصوص بررسی اصل مصونیت قضایی دولت و مسائل راجع به مسئولیت بین المللی دولت در قبال نقض فاحش حقوق بشر و اخیراً پایان نامه‌ای در دوره‌ی دکتری درباره‌ی موارد سقوط و مستثنیات اصل مصونیت دولت تدوین و دفاع گردیده است که در حد وسع و مجال بحث از آن‌ها بهره‌جسته‌ایم. موضوع حاضر از جهات مختلفی قابل مذاقه و تأمل است. این موضوع هم تکنیکی و رویه‌ای است و هم دازای ابعاد فلسفی است. از اینرو زمینه‌ساز سؤالات متعددی است. به عنوان مثال مبانی مصونیت و وابستگی آن به حاکمیت این سؤال بنیادین و اساسی را مطرح می‌سازد که آیا تعاریف جدید و احیاناً تحولات پیش آمده در مفهوم حاکمیت موجبات تغییر در دامنه‌ی مصونیت را فراهم آورده است؟ آیا با پیدایش افق جدیدی از حاکمیت با تقویت جایگاه بشر و بشریت در معادلات بین المللی و جریحه دار شدن وجدان جمعی و نظم عمومی بین المللی در صورت نقض فاحش حقوق بشر و ضرورت کفر رسانی عاملان چنین تحلفاتی؛ نظاره‌گر طلوعی تغییر در حدود مصونیت خواهیم بود؟

جهات رویه‌ای موضوع نیز سؤالاتی جدی و سرنوشت‌ساز را پیش می‌آورد از جمله آنکه آیا ظهور قواعدی امری در گستره‌ی جهانی منجر به شکل‌گیری نظام سلسله‌مراتبی در حقوق بین الملل گردیده است و آثار و پیامدهای چنین ساختاری چه خواهد بود و در صورت تعارض، قواعد مغایر با این‌گونه قواعد چه سرنوشتی خواهند یافت؟ دیگر آنکه عناصر شخصی و موضوعی مصونیت و به بیان دیگر قلمرو تأثیر و تأثر مصونیت دولت کدام است و آیا آن در فرایند دادرسی چگونه خواهد بود؟ آیا اصولاً میان مصونیت قضایی (که امری مرتبط با صلاحیت، ائین دادرسی و امور شکلی است)

با قواعد امری حقوق بین المللی (که در زمره ی قواعد اولیه و در بردارنده ی تعهدات ماهوی هستند) تعارضی متصور خواهد بود؟

در صورت مثبت بودن پاسخ، نحوه ی حل تعارض چگونه خواهد بود؟ آیا جهانشمولی و الزام کلی قواعد امره موجب صلاحیت جهانی و واکنش خاصی از سوی جامعه بین المللی است؟ آیا رژیم مسئولیتی ویژه ای بر نقض قواعد امره حاکم است یا این موارد هم از الگو و نظام مسئولیتی واحد یا وحدت نظام مسئولیت پیروی می کنند؟ در صورتی منفی بودن پاسخ و قبول عدم تعارض، آیا اعطای مصونیت به بی کیفر مانی ناقضین هنجارهای بنیادین حقوق بین الملل منجر نمی گردد؟

فرضیه ی اصلی ما در این پژوهش عدم تعارض میان قواعد ماهوی و شکلی است بنابراین هرگاه مصونیت موجب اثری شکلی و صلاحیتی باشد صرف نظر از موضوع دعوا برقرار مانده و مانع از رسیدگی ماهوی می گردد و فرصت به احراز آنکه تخلف احتمالی، نقض کدام و چه نوع قاعده ای است نمی رسد. دیگر آنکه مصونیت حائل و مانعی بر امکان رسیدگی در مورد اقداماتی خاص یا بازه ی زمانی خاصی است و هیچ گونه حکمی در مورد ماهیت دعوا نداشته و تأثیری بر مسئولیت احتمالی طرف دعوا نخواهد داشت به عبارت دیگر از معاذیر رافع مسئولیت به شمار نمی رود. بنابراین با برطرف شدن این مانع صلاحیتی امکان رسیدگی به ماهیت دعوا و تعیین مسئولیت احتمالی مقدور خواهد گشت.

منابع تحقیق این رساله کتابخانه ای بوده و روش سیر منطقی پیش گرفته شده در آن بر مبنای روش استنتاجی و با تجزیه و تحلیل عناصر تشکیل دهنده ی مسأله همراه است. از اینرو مطالب در سه فصل مدون شده اند. در فصل نخست به عنصر اول موضوع یعنی مصونیت و مبانی پیدایش و نضج یافتن آن و همچنین سیر گذار آن از رویکردی مطلق گرا تا زهیافتی نسبی و محدود را مورد توجه قرار می دهیم. از آنجا که در مورد ماهیت آن و اصل یا استثنا دانستن، حق یا امتیاز انگاشتن آن برای دولت ها، استنای آن بر قانون داخلی یا تلقی آن به عنوان قاعده ای از حقوق بین الملل عرفی میان علمای حقوق بین الملل همدلی کامل برقرار نبوده و در این میان نظرات قابل تأمل و در خور توجهی

- که در نتیجه گیری های بعدی کارگر است - مشاهده می شود، لذا در این فصل ماهیت مصونیت و قلمرو اثر گذاری و اثر پذیری آن را باز می شناسیم. در این راستا دامنه ی اثر گذاری مصونیت را در سه صورت مصونیت قضایی دولت، دولتمردان و سازمان های بین المللی مورد توجه قرار داده ایم و قلمرو اثر پذیری آن را در سه ساحت مصونیت شخصی، موضوعی و اجرایی تفکیک کرده ایم. همچنین به جهت ارتباط وثیق و تنگاتنگ مصونیت و صلاحیت سه طوری که برخی مصونیت قضایی را مصونیت صلاحیتی خوانده اند و دیوان دادگستری نیز بدان در قضیه قرار بازداشت (یروودیا) اشاره داشته است - به طور نسبتاً مسوط از صلاحیت و شقوق آن بحث خواهیم کرد. از طرف دیگر معادله ای که میان مصونیت و قواعد امره برقرار می گردد نموداری از رابطه ی مغافیت و مسئولیت را به نمایش می گذارد. این مسأله زمانی بیشتر خودنمایی خواهد کرد که نقض فاحش قواعد امره را از منظر جنایتی بین المللی مورد توجه قرار دهیم و ناگزیر به بحث از مسئولیت و رژیم احیاناً متفاوت آن می پردازیم.

در فصل دوم به یکی از مسائل غامض و چالش برانگیز حقوق بین الملل معاصر یعنی قواعد امره حقوق بین الملل (*jus cogens*) می پردازیم. این قواعد از چنان اهمیتی برخوردارند که دیوان بین المللی دادگستری نیز محتاطانه و به تعبیر دیگر، محافظه کارانه به آن ها استناد جسته و عامداً از تصریح به آن ها در برخی قضاایا - که مقتضی ذکر آن ها بوده است - خودداری کرده است. در این فصل ابتدا به سیر تکوین این قواعد نگاهی داشته و از آنجا که اتهام معنایی این قواعد ضرورت بحثی مفهوم شناسانه را پیش می کشد به مفهوم و آثار آن - که به طور خاصی در هم تنیده شده اند - خواهیم پرداخت. همچنین در فصل مزبور از پرداختن به مفاهیمی چون تعهدات عام الشمول (*erga omnes*)، جنایات بین المللی و واکنش جمعی غفلت نخواهیم کرد.

فصل سوم که محل نزاع و چالش و غایت پژوهش حاضر را تشکیل می دهد به همآوردی میان مصونیت و قواعد امره حقوق بین الملل اختصاص دارد. این عرضه شاهد مباحث و رویکردهایی شدیداً متفاوت و یا متضاد است. برخی پژوهشگران از تعارض میان قواعد مزبور سخن رانده و به

تبع با برقراری رابطه ای عمودی و سلسله مراتبی میان این قواعد و دستاویز قرار دادن قواعد حل تعارض به پایان دادن به این غائله همت گمازده اند. در مقابل طیف دیگری از محققان با توسل به تکنیک های حقوقی، قواعد مزبور را در دو ساحت مجزا یعنی قواعد شکلی و ماهوی بررسی کرده و بالمآل میان آن ها رابطه ای متعارض نیافته اند. پس از ارائه ی رویکردهای نظری و آراء اندیشمندان حقوق (دکترین)، این معادله را در بوته ی عمل آزموده و حل این معادله را در نظام های داخلی و محاکم ملی و مراجع و محاکم بین المللی به نظاره خواهیم نشست. در خاتمه با ترکیب نتایج به دست آمده از فصول پیشین، برداشت ها و استنباط هایی که از این مسأله ی پرتب و تاب و چالش برانگیز در می یابیم را در نتیجه گیری عرضه خواهیم کرد.

فصل اول:

سیر تحول و تحلیل مفهومی مصونیت

گفتار اول: پیشینه و سیر تحول مصونیت

مبحث اول: مبانی پیدایش

مصونیت به عنوان امری تبعی و وابسته به حاکمیت از نحوه نگرش و قلمرو مفهوم اخیر متأثر می گردد. در ابتدا به اجمال و فهرست وار به برخی تئوری های مصونیت اشاره می گردد و در ادامه آن ها را مورد بررسی بیشتر قرار می دهیم:

۱. تئوری استقلال: این تئوری رهیافتی از منطق و نگرش فیلسوفانی چون بَدن، هگل و آستین به حاکمیت است. در این دیدگاه دولت قدرتی فائده است که تن به حاکمیت دیگری نمی دهد به بیان دیگر حاکمیت موضوع حاکمیت دیگری قرار نمی گیرد.^۶ بازتاب چنین نگرشی مطلق بودن مصونیت دولت است.

۲. تئوری منزلت: این تئوری برخاسته از این باور است که تحمیل صلاحیت بر حکومتی دیگر توهینی به شخصیت آن دولت است. این تئوری همزاد رویکرد استقلال است و از مصونیت مطلق حاکمیت حمایت می کند.^۷

۳. تئوری فرا سرزمینی: در این دیدگاه اموال مادی یک دولت در هر کجا که قرار داشته باشند تحت صلاحیت آن دولت باقی می مانند و از رسیدگی های محاکم خارجی مصون هستند. این تئوری نیز نظریه ای مطلق گراست.

۴. تئوری نزاکت: در این دیدگاه، مصونیت دولت قاعده ای مطلق نبوده و بر آداب و رسوم و حسن نیت و نزاکت بین المللی استوار است. بنابراین دولتی که صلاحیت دار است به جهت حسن روابط

⁶ The theory of independence

^۷ قاعده ی لاتین *par in parem non habet imperium* بیانگر چنین نگرشی است.

⁸ The theory of dignity

⁹ Marasinghe, Lakshman., "The Modern Law of Sovereign Immunity", The Modern Law Review, Vol. 54, No. 5 (Sep., 1991), p. 666.

¹⁰ The theory of extra-territoriality

¹¹ The theory of comity

بین‌المللی از آن صرف نظر می‌کند. اعطای مصونیت در این رویکرد حالتی تقابلی دارد یعنی دولت از صلاحیت خود صرف نظر می‌کند تا دولت دیگر نیز متقابلاً حاکمیتش را مصون قلمداد کند.

۵. تئوری کارکرد گرا:^{۱۲} رویکرد کارکردگرا همانند تئوری تراکت از دکترین مصونیت محدود پشتیبانی می‌کند. این تئوری به طور خاص به قرن هیجدهم باز می‌گردد. به نظر می‌رسد که این تئوری از دعاوی مرتبط با تعارض حکام پادشاهی شبه قاره هند و کمپانی هند شرقی سر بر آورده است. ماهیت دوگانه‌ی کمپانی هند شرقی که از یک طرف شرکتی بازرگانی بود و از سوی دیگر به حاکمیت بریتانیا انتساب داشت در هم پیچیدگی موضوع حاکمیت را در پی داشت. اما رویکرد مدرن به این تئوری دلالت بر اعطای مصونیت با توجه به ماهیت موضوع دارد به بیان دیگر اعمال مصون و غیر مصون با توجه به ماهیتشان تفکیک می‌شوند. نتیجه‌ی چنین رویکردی، مصونیت محدود دولت است.^{۱۳}

ژان بدن (Jean Bodin) دانشمند حقوق و علوم سیاسی فرانسوی اولین نگارنده‌ی مفهوم نوین حاکمیت در قرن شانزدهم بود. در اندیشه‌ی بدن، حاکمیت قدرت فائقه و نماد اصلی دولت است و به عبارتی جزء لاینجزای دولت به‌شمار می‌رود. توماس هابز نیز حاکمیت را مطلقه و بلا منازع دانسته است. برخی محققان اندیشه‌ی هابز را چنین شرح داده اند: «در نظر هابز تمامی افراد در طبیعت برابرند. در یک وضع طبیعی، قبل از وجود هر حکومتی، هرکس مایل به حفظ آزادی خود و دست‌اندازی و سلطه بر دیگران است. این دو گرایش از حفظ نفس^{۱۴} بر می‌خیزد. تعارضات آن‌ها به جنگ کل علیه کل می‌انجامد که زندگی را کوتاه، درد مشانه و نا مطبوع می‌سازد. در وضع طبیعی، نه مالکیتی هست و نه عدالت و ناعدالتی؛ در آن تنها جنگ است و زور است و فریب در جنگ»^{۱۵}

تئوری بزابری طبیعی مبنای الهام بخشی برای طرفداران حقوق طبیعی بود که وارد حقوق ملل کردند. یکی از برجسته‌ترین اثرات اندیشه‌ی هابز در نوشته‌های واتل ظاهر شد:

¹² The theory of diplomatic functions

¹³ Marasinghe, Lakshman., *op. cit.*, p. 667.

¹⁴ Self-preservation

¹⁵ Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law*, Springer: 2005, pp. 2, 4.

« از آنجا که انسان ها در طبیعت برابرند و حقوق و وظایفشان یکسان است... ملت ها که اجتماع افرادند و می توان آن ها را توده ای از افراد آزاد که در وضعی طبیعی زندگی می کنند، دانست که قوت و ضعف آن ها در این مقام مؤثر نیست. کوتوله مانند غول پیکر است و یک جمهوری کوچک کم از دولتی حاکمه که دارای قدرتمندترین مملکت است، ندارد. از اینرو، یک کشور در عمل آزاد است تا بدانجا که به حقوق کشور دیگر صدمه نزند و دولت از تعهد مطلقاً خارجی مبرا است. چنانچه دولت از آزادی عملش سوء استفاده کند؛ اعمالش خلاف است اما ملل دیگر نمی توانند شکایتی کنند زیرا حق امر و نهی آن را ندارند. هرگاه ملت ها آزاد، مستقل و برابر باشند و در جایی که هر یک حق دارد تا شخصاً در مورد اعمالی که باید در راستای ایفای وظایفش معمول دارد، تصمیم گیری کنند؛ برابری کامل حقوق ملل در جریان امور و تعقیب سیاست هایشان را نتیجه می دهند... و آن ها را باید در جامعه ی بشری دارای حقوقی برابر دانست».¹⁶

بیان بالا بدون تردید از قاعده *par in parem non habet imperium* حمایت می کند که اصولاً از اصل استقلال، برابری و شخصیت دولت ها منتج می گردد. اصلی که در قضیه اکسچنج در دیوان عالی ایالات متحده مورد توجه قرار گرفته است. در مجموع می توان مبانی حقوق مدرن مصونیت را در آراء بدن، هانز، آستین، گروسنیوس و واتل جستجو کرد که با اندیشه ی برابری، مصونیت مطلق دولت را پذیرفته اند.

چنان که پیش تر اشاره شد با عبور اندیشه ی مصونیت از منظری صرفاً اخلاقی و نزاکتی، این مفهوم با عمل متقابل دولت ها جلوه ای حقوقی به خود گرفت. یافته ی مجلس اعیان انگلیس در ۱۹۳۸ نیز گویای آنست که مصونیت عرفی "برخاسته از عمل متقابل"¹⁷ است. هر دولت عضو جامعه دولت ها در مقابل اعطایی مشابه از جانب دیگر دولت ها از حاکمیت کامل خود فروکاسته است.¹⁸

¹⁶ Dickinson, Edwin., "The equality of states in international law", 1920, p.98. Quoted in: Ernest K. Bankas., *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Reciprocity

¹⁸ Watts, Sean., "Reciprocity and the Law of War", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, Summer-2009, p. 369.