

Distr.: General
14 June 2016
Arabic
Original: Spanish



لجنة القانون الدولي

الدورة الثامنة والستون

جنيف، ٢ أيار/مايو - ١٠ حزيران/يونيه

و ٤ تموز/يوليه - ١٢ آب/أغسطس ٢٠١٦

التقرير الخامس عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية
الأجنبية، المقدم من كونسيبسيون إسكوبار هرنانديس، المقررة الخاصة*

* تود المقررة الخاصة أن تتوجه بالشكر إلى أعضاء فريق البحوث القائم على المشروع البحثي المعنون حماية
قيم المجتمع الدولي: الحصانة، العدالة، والإفلات من العقاب في القانون الدولي المعاصر [La protección de
los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho
internacional contemporáneo] (DER2013-45790-P) وهم: الأساتذة فاني كاسترو - ريال غاروني،
و كارمن كيسادا ألكالا، وفرناندو فال غارنيخو، وتيريسا ماركوس مارتين (الجامعة الوطنية للتعليم عن
بعد)؛ وروزاريو أوخيناغا رويز، ويائيل كاتشو سانشيز، وخوسيه أنطونيو فاييس كافيا
(جامعة كانتابريا)، وخوانا أبريسكيثا أوريارتي (جامعة دويستو). كذلك تود أن تشكر البروفسور سيلفيا
مورغاديس غيل (جامعة بومبيو فابرا) والسيدة راكيل سافيدرا، الطالبة بأكاديمية جنيف للقانون الدولي
الإنساني وحقوق الإنسان.



الرجاء إعادة استعمال الورق

050816 030816 16-09814 (A)



المحتويات

الصفحة

٤		مقدمة
		الفصل الأول القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية:
٩		مقدمة
٩		ألف - اعتبارات عامة
		باء - عمل اللجنة السابق فيما يتعلق بالنظر في القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الأجنبية
١٣		
٢٥		الفصل الثاني دراسة الممارسة
٢٥		ألف - الممارسة التعاهدية
٣٥		باء - الممارسة التشريعية الوطنية
٤٥		جيم - الممارسة القضائية الدولية
٤٥		١ - محكمة العدل الدولية
٥٦		٢ - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان
٦٠		٣ - المحاكم الجنائية الدولية
٦٥		دال - الممارسة القضائية الوطنية
٧٨		هاء - الأعمال الأخرى التي اضطلعت بها اللجنة
		الفصل الثالث القيود والاستثناءات في إطار السياق القانوني العام للحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية:
٨٨		مسائل منهجية ومفاهيمية
٨٩		ألف - الطابع القانوني للحصانة
٨٩		١ - العلاقة بين الحصانة والولاية القضائية
٩١		٢ - العلاقة بين الحصانة والمسؤولية
٩٢		٣ - العلاقة بين حصانة الدولة وحصانة مسؤولي الدولة

- ٩٣ - المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الوطنية والدولية
- ١٠٠ - جيم - مفهوم القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة
- ١٠٣ - الفصل الرابع الحالات التي لا تنطبق فيها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية
- ١٠٣ - ألف - الجرائم الدولية
- ١٠٤ - ١ - القيد أو الاستثناء المبني على ارتكاب جرائم دولية كقاعدة عرفية
- ١١٠ - ٢ - التصنيف المنهجي للجرائم الدولية باعتبارها استثناء من الحصانة
- ١٢٢ - ٣ - الجرائم الدولية التي تشكل قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة
- ١٢٣ - باء - "الاستثناء للضرر الإقليمي"
- ١٢٦ - جيم - الفساد باعتباره قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة
- ١٢٨ - دال - القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة الشخصية والموضوعية
- ١٣١ - هاء - مشروع المادة
- ١٣٢ - الفصل الخامس - خطة العمل المستقبلي
- المرفقات
- ١٣٤ - الأول مشاريع المواد التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة
- الثاني مشاريع المواد التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في الدورة السابعة والستين للجنة القانون الدولي، في عام ٢٠١٥
- ١٣٦ - الثالث مشروع المادة المقترح أن تنظر فيها اللجنة في دورتها الثامنة والستين، في عام ٢٠١٦
- ١٣٧

مقدمة

١ - أُدرج موضوعُ "حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية" في برنامج العمل الطويل الأجل للجنة القانون الدولي في دورتها الثامنة والخمسين، المعقودة في عام ٢٠٠٦، بناءً على اقتراح ورد في تقرير اللجنة عن أعمال تلك الدورة^(١). وقررت اللجنة في دورتها التاسعة والخمسين، المعقودة في عام ٢٠٠٧، أن تدرج هذا الموضوع في برنامج عملها الجاري، وعيّنت السيد رومان أ. كولودكين مقرراً خاصاً^(٢). وفي الدورة نفسها، طُلب إلى الأمانة العامة أن تعدّ دراسةً أساسية عن الموضوع^(٣).

٢ - وقدم المقرر الخاص، كولودكين، ثلاثة تقارير أرسى فيها الحدود التي ينبغي في نطاقها النظر في الموضوع وأجرى تحليلاً لجوانب مختلفة تتصل بالمسائل الموضوعية والإجرائية المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٤). وقد نظرت اللجنة في تقارير المقرر الخاص في دورتيها الستين والثالثة والستين المعقودتين في عامي ٢٠٠٨ و ٢٠١١، على التوالي. وتناولت اللجنة السادسة للجمعية العامة هذا الموضوع في أثناء نظرها في تقرير اللجنة، ولا سيما في عامي ٢٠٠٨ و ٢٠١١.

٣ - وفي الجلسة ٣١٣٢، المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ٢٠١٢، عيّنت لجنة القانون الدولي كونسيبيون إسكوبار هرنانديس مقررّة خاصة لتحل محل السيد كولودكين الذي انتهت عضويته في اللجنة^(٥).

٤ - وفي الدورة نفسها، قدمت المقررة الخاصة تقريراً أولياً عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٦). وقد ساعد ذلك التقرير في توضيح أسس النقاش حتى ذلك الحين، وحدد النقاط الخلافية الرئيسية المتبقية، والمواضيع التي سيحري النظر فيها والمنهجية المقرر اتباعها، كما حدد خطة عمل للنظر في الموضوع خلال فترة السنوات

(١) انظر حولية لجنة القانون الدولي، ٢٠٠٦، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٢٢٨، الفقرة ٢٥٧، الصفحة ٢٣٥، المرفق الأول.

(٢) انظر حولية لجنة القانون الدولي، ٢٠٠٧، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١١٥، الفقرة ٣٧٦.

(٣) انظر المرجع نفسه، الصفحة ١١٩، الفقرة ٣٨٦. وللاطلاع على المذكرة التي أعدها الأمانة العامة، انظر *Yearbook ... 2008, vol. II, Part One (Addendum 2)*، الوثيقة A/CN.4/596.

(٤) تقارير المقرر الخاص، كولودكين، ترد في *Yearbook ... 2008, vol. II, Part One*، الصفحة ١٥٧، الوثيقة A/CN.4/601 (التقرير الأولي)؛ الوثيقة A/CN.4/631 (التقرير الثاني) والوثيقة A/CN.4/646 (التقرير الثالث).

(٥) انظر A/67/10، الفقرة ٨٤.

(٦) الوثيقة A/CN.4/654.

الخمس الحالية. وقد درست لجنة القانون الدولي التقرير الأولي في دورتها الرابعة والستين، المعقودة في عام ٢٠١٢^(٧)، ونظرت اللجنة السادسة في التقرير في دورتها السابعة والستين^(٨). وفي كلتا الحالتين، تمت الموافقة على اقتراحات المقررة الخاصة.

٥ - وفي الدورة الخامسة والستين للجنة القانون الدولي، المعقودة في عام ٢٠١٣، قدمت المقررة الخاصة تقريراً ثانياً عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٩). وقدم التقرير دراسة لنطاق الموضوع ونطاق مشاريع المواد، ومفهوم الحصانة والولاية القضائية، والتمييز بين الحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية، والعناصر المعيارية للحصانة الشخصية، ومقترحات لستة من مشاريع المواد. ونظرت لجنة القانون الدولي في التقرير الثاني للمقررة الخاصة^(١٠)، واعتمدت بصورة مؤقتة ثلاثة من مشاريع المواد تتناول، على التوالي، نطاق تطبيق مشاريع المواد (مشروع المادة ١) والعناصر المعيارية للحصانة الشخصية (مشروع المادتين ٣ و ٤)^(١١)، مع التعليقات المقترنة بتلك المشاريع. وقررت لجنة الصياغة إبقاء مشروع المادة المتعلق بالتعاريف قيد الاستعراض وإرجاء البت فيه إلى مرحلة لاحقة^(١٢). وتناولت اللجنة السادسة بالدراسة التقرير الثاني للمقررة الخاصة في دورتها الثامنة

(٧) للاطلاع على موجز لتلك المناقشة، انظر A/67/10، الفقرات ٨٤-١٣٩. وانظر أيضاً المحاضر الموجزة المؤقتة للجنة الواردة في الوثائق A/CN.4/SR.3147 و A/CN.4/SR.3143.

(٨) نظرت اللجنة السادسة في موضوع حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في الدورة السابعة والستين للجمعية العامة، المعقودة في عام ٢٠١٢ (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسات من ٢٠ إلى ٢٣ (A/C.6/67/SR.20 إلى A/C.6/67/SR.23)). وبالإضافة إلى ذلك، أشارت دولتان إلى الموضوع في جلسة أخرى (المرجع نفسه، الجلسة ١٩ (A/C.6/67/SR.19)). وانظر أيضاً الموجز المواضيعي للمناقشة التي جرت داخل اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها السابعة والستين (A/CN.4/657، الفقرات ٢٦ إلى ٣٨).

(٩) الوثيقة A/CN.4/661.

(١٠) للاطلاع على تحليل مفصل للمسائل التي أثّرت خلال المناقشات والمواقف التي اعتمدها أعضاء اللجنة، انظر A/CN.4/SR.3164 إلى A/CN.4/SR.3168 و A/CN.4/SR.3170.

(١١) انظر المرفق الأول من هذا التقرير للاطلاع على نص مشاريع المواد هذه.

(١٢) للاطلاع على كيفية تناول لجنة القانون الدولي للموضوع في دورتها الخامسة والستين، انظر A/68/10، الفقرات ٤٠-٤٩. وانظر تحديداً مشاريع المواد المشفوعة بتعليقاتها التي ترد في الفقرة ٤٩. وللإطلاع على مناقشات اللجنة المتعلقة بشروح مشاريع المواد، انظر A/CN.4/SR.3193 إلى A/CN.4/SR.3196. وللإطلاع على عرض تقرير لجنة الصياغة، انظر A/CN.4/SR.3174.

والستين، المعقودة في عام ٢٠١٣، ورحبت بالتقرير وبالتقدم الذي أحرزته لجنة القانون الدولي^(١٣).

٦ - وفي الدورة السادسة والستين للجنة القانون الدولي، المعقودة في عام ٢٠١٤، قدمت المقررة الخاصة التقرير الثالث عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(١٤). وبدأت بتحليل العناصر المعيارية للحصانة الموضوعية، مع التركيز على المفهوم العام لعبارة "مسؤول الدولة" في سياق النطاق الشخصي للحصانة الموضوعية (الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة)، كما حللت المصطلحات التي ينبغي استخدامها في الإشارة إلى مسؤولي الدول واقترحت مشروعين مادتين. ونظرت اللجنة في التقرير الثالث للمقررة الخاصة في جلساتها من ٣٢١٧ إلى ٣٢٢٢^(١٥)، واعتمدت مؤقّتا مشروعين المادتين اللتين تتناولان المفهوم العام لعبارة "مسؤول الدولة" (مشروع المادة ٢ (هـ)) و "الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الموضوعية" (مشروع المادة ٥)^(١٦)، إلى جانب التعليق على مشروعين المادتين المذكورتين^(١٧). وفي الدورة التاسعة والستين، بحثت اللجنة السادسة موضوعَ حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في إطار نظرها في التقرير السنوي للجنة القانون الدولي. فرحبت الدول بالتقرير الثالث للمقررة الخاصة وبمشروعين المادتين الجديدتين اللتين اعتمدتهما لجنة القانون الدولي بصفة مؤقّقة، وسلّطت الضوء على التقدم الكبير الذي أحرز بشأن هذا الموضوع^(١٨).

(١٣) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسات ١٧ إلى ١٩ (A/CN.4/68/SR.17 إلى A/C.6/68/SR.19). وانظر أيضا الموجز المواضيعي للمناقشة التي جرت داخل اللجنة السادسة للجمعية العامة في دورتها الثامنة والستين (A/CN.4/666)، ولا سيما الفرع باء.

(١٤) الوثيقة A/CN.4/673.

(١٥) للاطلاع على تحليل مفصل للمسائل التي أثّرت خلال المناقشات والمواقف التي اعتمدها أعضاء اللجنة، انظر A/CN.4/SR.3217 إلى A/CN.4/SR.3222.

(١٦) للاطلاع على نصوص مشاريع المواد، انظر المرفق الأول من هذا التقرير.

(١٧) للاطلاع على كيفية تناول لجنة القانون الدولي للموضوع في دورتها السادسة والستين، انظر A/69/10، الفقرات ١٢٣ إلى ١٣٢. وانظر تحديدا مشروعين المادتين المشفوعين بالتعليقات عليهما اللذين يردان في الفقرة ١٣٢. وللإطلاع على مناقشات اللجنة للتعليقات على مشروعين المادتين، انظر A/CN.4/SR.3240 إلى A/CN.4/SR.3242. وللإطلاع على تقرير لجنة الصياغة وعرضه في الجلسة العامة، انظر الوثيقة A/CN.4/L.850 (مستنسخة) والوثيقة A/CN.4/SR.3231. ويمكن الاطلاع على بيان رئيس لجنة الصياغة في الموقع الشبكي للجنة القانون الدولي.

(١٨) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسات ٢١ إلى ٢٦ (A/C.6/69/SR.21 إلى A/C.6/69/SR.26). وانظر أيضا الموجز المواضيعي للمناقشة التي جرت داخل اللجنة السادسة للجمعية العامة في دورتها التاسعة والستين (A/CN.4/678)، الفرع دال، الفقرات ٣٧ إلى ٥١.

٧ - وفي الدورة السابعة والستين للجنة، المعقودة في عام ٢٠١٥، قدمت المقررة الخاصة التقرير الرابع عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(١٩)، الذي واصلت فيه تحليل العناصر المعيارية للحصانة الموضوعية، مع تناول الجانبين الموضوعي والزميني بالتفصيل، واقترحت فيه مشروعين مادتين. ونظرت لجنة القانون الدولي في التقرير الرابع للمقررة الخاصة في جلساتها ٣٢٧١ إلى ٣٢٧٨^(٢٠)، وقررت إحالة مشروعين المادتين المذكورتين إلى لجنة الصياغة. واعتمدت لجنة الصياغة بصفة مؤقتة مشروعين المادتين ٢ (و) (تعريف "العمل المنفذ بصفة رسمية") و ٦ (نطاق الحصانة الموضوعية)^(٢١). وأحاطت لجنة القانون الدولي علما بمشروعين المادتين المذكورين، وقررت النظر في التعليقات المقترنة بهما في الدورة الحالية^(٢٢). وفي الدورة السبعين، بحثت اللجنة السادسة موضوع حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في إطار نظرها في التقرير السنوي للجنة القانون الدولي. وأعربت الدول من جديد عن ترحيبها بالتقرير الرابع للمقررة الخاصة ومشروعين المادتين الجديدتين اللذين اعتمدهما لجنة الصياغة بصفة مؤقتة، وسلطت الضوء على التقدم الذي أحرزته لجنة القانون الدولي بشأن الموضوع^(٢٣).

٨ - وقد وجهت اللجنة، اعتباراً من عام ٢٠١٣، أسئلة مختلفة إلى الدول بشأن قضايا لها أهمية بالنسبة لموضوع حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وفي عام ٢٠١٤، قدمت عشر دول تعليقاتها، وهي: الاتحاد الروسي، وألمانيا، وإيرلندا، وبلجيكا، والجمهورية التشيكية، وسويسرا، والمكسيك، والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا

(١٩) الوثيقة A/CN.4/686.

(٢٠) للاطلاع على تحليل مفصل للمسائل التي أثّرت خلال المناقشات والمواقف التي اعتمدها أعضاء اللجنة، انظر A/CN.4/SR.3271 إلى A/CN.4/SR.3278.

(٢١) انظر A/CN.4/L.865 (مستنسخة) و A/CN.4/SR.3284. ويمكن الاطلاع على بيان رئيس لجنة الصياغة في الموقع الشبكي للجنة. ويرد نص مشروعين المادتين اللتين اعتمدهما لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في المرفق الثاني لهذا التقرير.

(٢٢) للاطلاع على كيفية تناول لجنة القانون الدولي للموضوع في دورتها السابعة والستين، انظر A/70/10، الفقرات ١٧٤ إلى ٢٤٣.

(٢٣) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسات ٢٠ و ٢٢ إلى ٢٥ (A/C.6/69/SR.20 و A/C.6/69/SR.22 إلى A/C.6/69/SR.25). وانظر أيضاً الموجز المواضيعي للمناقشة التي جرت داخل اللجنة السادسة للجمعية العامة في دورتها السبعين (A/CN.4/689)، الفرع و١٠، الفقرات ٦٨ إلى ٧٦.

الشمالية، والنرويج، والولايات المتحدة الأمريكية^(٢٤). وفي عام ٢٠١٥، قدمت الدول التالية مساهماتها: إسبانيا، وألمانيا، وبولندا، وبيرو، والجمهورية التشيكية، وسويسرا، وفرنسا، وفنلندا، وكوبا، والمملكة المتحدة، والنمسا، وهولندا^(٢٥). وفي عام ٢٠١٦، وفي الوقت الذي الذي كانت توضع فيه اللمسات الأخيرة على هذا التقرير، وردت ردود خطية من الدول التالية: إسبانيا، وأستراليا، وباراغواي، وبيرو، وسويسرا، والنمسا، وهولندا^(٢٦). وعلاوة على ذلك، أشارت عدة دول في البيانات التي أدلت بها في اللجنة السادسة إلى المسائل التي طرحتها لجنة القانون الدولي في طلباتها. وتود المقررة الخاصة أن تشكر تلك الدول على تعليقاتها البالغة القيمة بالنسبة لأعمال اللجنة. وسيسرها أيضا أن تتلقى أي تعليقات أخرى قد ترغب الدول في تقديمها في موعد لاحق. وقد روعيت على النحو الواجب عند إعداد هذا التقرير التعليقات التي وردت والملاحظات التي اشتملت عليها البيانات الشفوية التي أدلت بها الوفود في اللجنة السادسة.

٩ - وحسب ما أعلن عنه بالفعل في عام ٢٠١٥، يحلل هذا التقرير القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية. وهو يتناول بالتتابع نظر اللجنة في هذه المسألة على مدى فترتي السنوات الخمس اللتين تناولت خلالهما هذا الموضوع (الفصل الأول)، وتحليل الممارسات ذات الصلة (الفصل الثاني)، وبعض المسائل المنهجية والمفاهيمية المتعلقة بالقيود والاستثناءات (الفصل الثالث)، والحالات التي لا تنطبق فيها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية (الفصل الرابع). واستنادا إلى هذه الدراسة، يقدم اقتراح بمشروع لإحدى المواد. كذلك يتضمن التقرير إشارة إلى خطة العمل المقبلة (الفصل الخامس). وأخيرا، وتيسيرا لنظر لجنة القانون الدولي في هذا التقرير، يشتمل التقرير على ثلاثة مرفقات تتضمن مشاريع المواد التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة

(٢٤) A/68/10، الفقرة ٢٥. وطلبت اللجنة إلى الدول أن تقدم، بحلول ٣١ كانون الثاني/يناير ٢٠١٤، معلومات عن ممارسات أجهزتها، ولا سيما الأحكام القضائية، فيما يخص تفسير عبارة "الأفعال الرسمية" أو "الأفعال المنفذة بصفة رسمية" في سياق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

(٢٥) A/69/10، الفقرة ٢٨. وطلبت اللجنة إلى الدول أن تقدم، بحلول ٣١ كانون الثاني/يناير ٢٠١٥، معلومات عن قوانينها وممارساتها المحلية، ولا سيما الممارسة القضائية، فيما يخص المسألتين التاليتين: (أ) المعنى المرتبط بعبارة "الأفعال الرسمية" و "الأفعال المنفذة بصفة رسمية" في سياق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية؛ و (ب) أي استثناءات من حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

(٢٦) A/70/10، الفقرة ٢٩. وذكرت اللجنة أنها "ستكون ممتنة للدول لو وافقتها بمعلومات عن تشريعاتها وممارساتها، ولا سيما الممارسة القضائية، بشأن القيود والاستثناءات القائمة فيما يتعلق بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية".

(المرفق الأول)، ومشاريع المواد التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة والتي أحاطت لجنة القانون الدولي علماً بها (المرفق الثاني)، ومشروع المادة المقترحة في هذا التقرير (المرفق الثالث).

الفصل الأول

القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية: مقدمة

ألف - اعتبارات عامة

١٠ - حسب ما أشارت إليه المقررة الخاصة بالفعل، ينبغي ألا يجري تناول مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة إلا بعد إتمام التحليل المتعلق بالعناصر المعيارية للحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية. والسبب في ذلك واضح، فلا سبيل إلى معالجة مسألة البت فيما إذا كان النظام العام المنطبق من الناحية النظرية على الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية يمكن أن يخضع لقيود واستثناءات أم لا، وهي مسألة معقدة، إلا بعد دراسة العناصر الأساسية المحددة لذلك النظام العام. وقد أشير، إضافةً إلى ذلك، إلى وجوب أن تخضع مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة إلى تحليل شامل وكذلك إلى تحليل يتعلق بنوعي الحصانة المشار إليهما أعلاه.

١١ - ويُنظر تقليدياً إلى مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من منظور الأعمال التي يمكن أن تكون مشمولةً بالحصانة. وبناءً على ذلك، فقد ركز بعض فقهاء القانون وبعض الدول على العلاقة بين الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية والقواعد الآمرة، والانتهاكات الخطيرة والمنهجية لحقوق الإنسان، والجرائم الدولية والجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب. ومن ناحية أخرى، ركز فقهاء آخرون ودول أخرى على إسناد تصرف المسؤول إلى الدولة، مع التشديد على توصيف حصانة المسؤول باعتبارها حصانة الدولة. وبالإضافة إلى ذلك، فقد بُحثت أيضاً مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من زاوية مختلفة تتعلق أساساً بالصفة التمثيلية للأشخاص المتمتعين بالحصانة الشخصية. غير أن وجود قيود واستثناءات تخضع لها هذه الفئة من الحصانة من عدمه هو أمر تم بطريقة ما الربط بينه وبين طبيعة العمل الذي يقوم به مسؤولو الدول هؤلاء.

١٢ - وقد برهنت وفرة المنشورات الحديثة المتعلقة بحصانة الدولة ومسؤوليها على أن مسألة القيود والاستثناءات تشكل أحد الشواغل الرئيسية للمجتمع القانوني الدولي^(٢٧). ويتجلى الشاغل نفسه في سلسلة القرارات التي اتخذها حتى الآن معهد القانون الدولي، والتي تتضمن إشارات إلى القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة^(٢٨). ويمكن أن يقال الشيء

(٢٧) انظر بصفة خاصة: Annyssa Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une*

Alvaro Borghi, *évolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Brussels, Bruylant, 2011

Jürgen *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Brussels, Bruylant, 2003

Bröhm, *State immunity and the violation of human rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997

Micaela و Sophie Canadas-Blanc, *La responsabilité pénale des élus locaux*, Paris, Johanet, 1999

Frulli, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti*

Michael J. *degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali*, Turin, Giappichelli, 2007

Kelly, *Nowhere to hide: Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials*

Leon Otshudi Okondjo و of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein, New York, Peter Lang, 2005

Wonyangondo, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre*

Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for l'humanité*, Publibook, 2009

Yitiha Simbeye, *Immunity and International International Crimes*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015

Rosanne Van Alebeek, *The immunity of States and their Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2004

officials in international criminal law and international human rights law, Oxford, Oxford University

Joe Verhoeven (ed.): *Le droit international des immunités: contestation ou* Press, 2008

consolidation?, Brussels, Larquier, 2004. ومن بين الأعمال العامة المكرسة لحصانة الدولة ومسؤولي الدول

التي تناولت مسألة القيود والاستثناءات، انظر: Joanne Foakes, *The position of heads of State and senior*

Hazel Fox and Philippa Webb, *officials in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2014

The Law of State Immunity, revised and new third edition, Oxford, Oxford University Press, 2013

(٢٨) انظر القرارات التالية: [حصانات رؤساء الدول والحكومات من الولاية القضائية وتدابير التنفيذ في القانون

الدولي] Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in

(*Annuaire de* (art. 11, paras. 1.b and 3; 13, para. 2) International Law, Vancouver session, 2001,

l'Institut du Droit International; vol. 69, Paris, Pedone, 2001) و [الولاية القضائية الجنائية العالمية فيما

يتعلق بجرمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب] Universal criminal jurisdiction with

regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes, Krakow session, 2005 (art. 6)

(*Annuaire*, vol. 71, t. II, Paris, Pedone, 2005) و [حصانة الدولة ومن يتصرفون باسم الدولة من الولاية

القضائية في حالة الجرائم الدولية] Immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on

(*Annuaire*, (arts. II. 2 and 3, and III.1)behalf of the State in case of international crimes, Naples session

vol. 73, t. I and II, Paris, Pedone, 2009) و [الولاية القضائية المدنية العالمية فيما يتعلق بالجرائم في الجرائم

الدولية] Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes, Tallinn

(art. 5) session, 2015.

نفسه عن المساهمات غير المباشرة الأخرى في الأدبيات المتوافرة بشأن هذا الموضوع، بما في ذلك مبادئ برينستون المتعلقة بالولاية القضائية العالمية^(٢٩).

١٣ - بيد أن هذا التركيز على القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة ليس أمرا نظريا أو فقها فحسب. بل إن المناقشة المتعلقة بالأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضيتي العدساني وجونز^(٣٠) تدلل، على النقيض من ذلك، على أن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة السيادية لها بُعد عملي بالغ الأهمية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية^(٣١)، قد وضع العلاقة الوثيقة بين الحصانة والعديد من المفاهيم الأساسية للقانون الدولي المعاصر، ولا سيما القواعد الآمرة، في صدارة المناقشة. ومن الجدير بالذكر علاوة على ذلك أن المحاكم المحلية قد أصدرت أيضا أحكاما بشأن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول الأجنبية من الولاية القضائية الجنائية، في سياق ممارسة مهامها القضائية العادية، وكان لبعض تلك الأحكام أثر هام على الصعيد الاجتماعي وعلى صعيد وسائل الإعلام وتم تغطيته باستفاضة في المناقشات والكتابات القانونية. فقضية بينوشيه، الذي شاركت فيها المحاكم الإسبانية والبريطانية، يمكن بلا شك النظر إليها باعتبارها دافعا وراء المناقشة الحالية المتعلقة بحصانات مسؤولي الدول والاستثناءات منها. وثمة حكرمان صدرا مؤخرا عن محكمتين محليتين قد تسببا أيضا في تعقيد المشكلة. أولهما هو الحكم الصادر في ٢٢ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤ عن المحكمة الدستورية الإيطالية بشأن تطبيق إيطاليا للحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية^(٣٢). أما الحكم الثاني، فهو الحكم الصادر في شباط/فبراير من هذا العام عن محكمة الاستئناف العليا لجنوب أفريقيا في قضية طلب القبض على الرئيس البشير في أعقاب

(٢٩) انظر بصفة خاصة المبدأ ٥، المعنون "الحصانات"، مشروع برينستون المتعلق بالولاية القضائية العالمية.

(٣٠) [قضية العدساني ضد المملكة المتحدة]، *Al-Adsani v. United Kingdom*, judgment of 21 November 2001, Application No. 35763/97, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI؛ و [قضية جونز وآخرين ضد المملكة المتحدة] *Jones and others v. United Kingdom*, judgment of 2 June 2014. وانظر أيضا الفقرات ٨٧-٩٥ أدناه.

(٣١) [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا (اليونان طرف متدخل))] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, (Greece intervening))*, judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 99. وانظر أيضا *I.C.J. Summaries 2008-2012*, p. 252. وانظر أيضا الفقرات ٦١-٨٦ أدناه.

(٣٢) الحكم رقم ٢٣٨/٢٠١٤.

الأمر الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية^(٣٣). وأخيراً، يُذكر أيضاً أن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة هي جوهر التطورات التي نشأت في العهد القريب بشأن الولاية القضائية الجنائية الدولية، كما يتضح من مختلف قرارات الاتحاد الأفريقي، ولا سيما البروتوكول المتعلق بإدخال تعديلات على بروتوكول النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان، الذي أنشئ بموجبه قسم القانون الجنائي الدولي في تلك المحكمة^(٣٤).

١٤ - وبناءً على ذلك، فإن أي عمل تقوم به اللجنة بشأن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لن يكتمل إلا بإيلاء النظر للقيود والاستثناءات التي تخضع لها تلك الحصانة. بيد أن هذا التحليل ينبغي ألا يقتصر على العلاقة بين الجرائم الدولية وحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، حتى وإن كان هذا الأمر يشكل بالقطع جوهر هذه المسألة وجانبها الأكثر إثارة للجدل. ففي الواقع، هناك أمثلة أخرى في الممارسة ينبغي أيضاً تحليلها من منظور القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة. وعلاوة على ذلك، فإن هذا التقرير يجب أن يأخذ في الاعتبار أيضاً سلسلة من المسائل العامة التي بدورها يكون النظر في القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة ناقصاً. وبالتالي، فإن الهدف الرئيسي من التقرير هو النظر بالتفصيل في مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، بدءاً بتحليل تمهيدي للأعمال السابقة التي اضطلعت بها اللجنة خلال فترتي الخمس سنوات الأخيرتين.

(٣٣) انظر الحكم الصادر في قضية وزير العدل والتنمية الدستورية وآخرين ضد مركز جنوب أفريقيا للتقاضي وآخرين (*The Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. The Southern Africa Litigation Centre and Others* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 March 2016)). وقد صدر ذلك الحكم رداً على طلب الاستئناف المقدم من حكومة جنوب أفريقيا ضد الحكم الصادر عن المحكمة العليا لجنوب أفريقيا (شعبة غوتونغ، بريتوريا) في ٢٣ حزيران/يونيه ٢٠١٥ في القضية رقم ٢٧٧٤٠/٢٠١٥ (*Southern Africa Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others*).

(٣٤) البروتوكول المتعلق بإدخال تعديلات على بروتوكول النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان (مالابو، ٢٧ حزيران/يونيه ٢٠١٤) <http://www.au.int/en/treaties>. وقد اعتمد هذا البروتوكول، المعروف باسم بروتوكول مالابو، في الدورة العادية الثالثة والعشرين لمؤتمر الاتحاد الأفريقي. ولم يدخل البروتوكول حيز النفاذ بعد.

باء - عمل اللجنة السابق فيما يتعلق بالنظر في القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية

١٥ - إن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة هي بلا شك إحدى المسائل المحورية التي تنتظر فيها اللجنة في سياق عملها بشأن هذا الموضوع، كما أنها مسألة حساسة للغاية من الناحية السياسية. ولذلك فلا غرابة في أن تكون تلك المسألة موضوعاً تغطيه مختلف التقارير التي تقدم إلى اللجنة للنظر فيها، وهي موضع مناقشة مستمرة داخل اللجنة، حتى أن بعض أعضائها يعتبرونها الغرض الحقيقي، بل والوحيد، من تناول هذا الموضوع. وتتجلى أيضاً أهمية هذه المسألة في البيانات التي تدلى بها الوفود في اللجنة السادسة، والتي أشارت فيها مراراً وتكراراً إلى القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، أثناء النظر في التقرير السنوي للجنة، كما تتجلى أهميتها في المساهمات الخطية المقدمة من الدول رداً على الأسئلة التي طرحتها اللجنة.

١٦ - وتجدر الإشارة إلى أن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية قد تم تحليلها بالتفصيل في مذكرة الأمانة العامة^(٣٥)، وكذلك في التقرير الثاني للمقرر الخاص السابق، السيد كولودكين، الذي كرس أحد فروع التقرير لدراسة حالة إفراية تتعلق بالاستثناءات من الحصانة^(٣٦). وخلص السيد كولودكين، على أساس تلك الدراسة، إلى عدم وجود أي قاعدة عرفية في القانون الدولي المعاصر تمكن من القول بأن هناك استثناءات من الحصانة (أو أي اتجاه نحو وضع قاعدة من هذا القبيل)، عدا الاستثناء المتعلق بالأضرار التي تقع مباشرة في دولة المحكمة عندما تكون تلك الدولة لم توافق على أداء العمل أو على وجود المسؤول الأجنبي في إقليمها^(٣٧). وأضاف وأضاف أن فرض المزيد من القيود على الحصانة، حتى على سبيل القانون المنشود، ليس أمراً مستصوباً، حيث إن ذلك يمكن أن يقوض استقرار العلاقات الدولية؛ كما تساءل عن أثر تلك القيود على الجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب^(٣٨).

١٧ - وقد سلطت المقررة الخاصة الحالية الضوء في تقريرها الأولي على غياب التوافق في الآراء داخل اللجنة بشأن مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، ولفتت الانتباه

(٣٥) انظر *Yearbook ... 2008*, vol. II, Part One (Addendum 2)، الوثيقة [A/CN.4/596](#)، الفقرات ٦٧-٨٧، و ١٤١-١٥٣، و ٢١٢-١٨٠.

(٣٦) الوثيقة [A/CN.4/631](#)، الفقرات ٣١-٦١.

(٣٧) المرجع نفسه، الفقرة ٩٠.

(٣٨) المرجع نفسه، الفقرتان ٩١ و ٩٢.

في الوقت نفسه إلى ضرورة تحليل الموضوع خلال فترة السنوات الخمس الحالية، بهدف إيجاد الموضع المناسب للاستثناءات من الحصانة، ولا سيما في حالة الجرائم الدولية، في تعريف النظام القانوني المنطبق على كل من الحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية. وبالإضافة إلى ذلك، تم التشديد على الحاجة إلى تناول المسألة في ضوء القيم والمبادئ القانونية التي تتأثر بالحصانة، من منظور كل من القيم التي تحميها الحصانة (المساواة في السيادة بين الدول واستقرار العلاقات الدولية)، والقيم والمبادئ القانونية الأخرى التي يمكن أن تتضرر من جراء وجود حصانة لمسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية. وأخيراً، أشير في التقرير الأولي أيضاً إلى الحاجة إلى تناول مسألة الحصانة - بما في ذلك مسألة الاستثناءات - من منظور القانون المنشود والقانون الساري على حد سواء، ومن ثم تحقيق الولاية المزدوجة للجنة التي تشمل كلا من التدوين والتطوير التدريجي للقانون الدولي^(٣٩).

١٨ - ولم تتناول المقررة الخاصة في تقاريرها التالية بشكل مباشر مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، وإن أعربت في التقارير الثلاثة التي قدمت إلى اللجنة لتنظر فيها في الأعوام ٢٠١٣ و ٢٠١٤ و ٢٠١٥ عن تحفظها بشأن النظر في هذه المسألة لاحقاً. وبالتالي، فإن التحليلات ومشاريع المواد الواردة في تلك التقارير لا ينبغي أن يفهم أي منها باعتباره إعراباً عن أي رأي بشأن وجود، أو عدم وجود، استثناءات من الحصانة^(٤٠). وبالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أن التقرير الرابع قد اشتمل على تحليل غير مباشر لمسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة في سياق دراسة مفهوم "الأعمال المنفذة بصفة رسمية"، وجاءت فيه بالفعل بعض العناصر التي يجري تناولها بصورة مستفيضة وبالتفصيل في هذا التقرير^(٤١).

١٩ - وكل هذه الأعمال السابقة تظهر السياق الذي دارت فيه المناقشات التي أجرتها اللجنة حتى الآن بشأن القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة. ورغم أن المسألة سوف تناقش من جديد، في شكل دراسة حالة إفرادية في هذه المرة، في ضوء النظر في هذا التقرير في الدورة الحالية، فمن المفيد في هذه المرحلة أن نكرر تأكيد المسائل والحجج التي أثارها أعضاء اللجنة حتى الآن فيما يتعلق بهذه المسألة. ويمكن إيجاز هذه الحجج على النحو التالي:

(٣٩) الوثيقة A/CN.4/654، الفقرتان ٦٨ و ٧٢. وانظر أيضاً الفقرات ٢١ و ٣٤ و ٤٥.

(٤٠) الوثيقة A/CN.4/661، الفقرات ١٨ و ٥٥ و ٧٣؛ والوثيقة A/CN.4/673، الفقرة ١٥؛ والوثيقة A/CN.4/686، الفقرتان ٢٠ و ١٣٣.

(٤١) الوثيقة A/CN.4/686، الفقرات ١٢١-١٢٦، و ١٣٧ و ١٣٨.

(أ) على الرغم من أن بعض أعضاء اللجنة قد ذهبوا إلى عدم وجود أي استثناءات من الحصانة، فإن هؤلاء الأعضاء أقلية^(٤٢). وفي الواقع، فإن عددا من الأعضاء قد اعترف بوجود حالات لا يمكن فيها تطبيق الحصانة، وإن لم تتطابق مواقفهم من جميع النواحي^(٤٣).

(ب) يعتبر ارتكاب الجرائم الدولية الحالة الرئيسية التي لن تنطبق فيها الحصانة. وبالإضافة إلى ذلك، ذكر أعضاء اللجنة أمثلة أخرى على الاستثناءات أو القيود، ومنها الأعمال المتجاوزة للسلطة، والأعمال الإدارية، وأداء المهام التي يزعم أنها مرتبطة بالصفة الرسمية لكنها في الحقيقة تهدف للمنفعة الشخصية الخالصة لمسؤول الدولة (ولا سيما أعمال الفساد واختلاس أموال الدولة) والحالات التي يتسبب فيها تصرف المسؤول في إلحاق الضرر بالأشخاص أو الممتلكات في إقليم دولة المحكمة، والتي يشار إليها عادة على أنها حالات "استثناء الضرر الإقليمي"^(٤٤).

(ج) ذهب بعض أعضاء اللجنة إلى أن السلوك الذي يوصف بأنه مخالف للقواعد الآمرة يشكل أساسا لمسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة. غير أن هذه الحجة لم تطرح باعتبارها معيارا مستقلا ومطلقا، وإنما طرحت فيما يتصل بالجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب على الجرائم الدولية، وبالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وحماية القيم الأساسية للقانون الدولي المعاصر^(٤٥).

(د) تم أساسا تعريف الجرائم الدولية بأنها جريمة الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان^(٤٦). وقد اكتفي أحد أعضاء اللجنة

(٤٢) انظر A/CN.4/SR.3145. والإشارة هنا إلى المحاضر الموجزة للجنة التي تناول المواضيع المذكورة في النص. وقد استخدم النظام نفسه في الحواشي اللاحقة.

(٤٣) انظر A/CN.4/SR.3086 و A/CN.4/SR.3113 إلى A/CN.4/SR.3115 و A/CN.4/SR.3143 و A/CN.4/SR.3145 إلى A/CN.4/SR.3164 و A/CN.4/SR.3168 إلى A/CN.4/SR.3217 و A/CN.4/SR.3219 و A/CN.4/SR.3220، و A/CN.4/SR.3273 و A/CN.4/SR.3275.

(٤٤) انظر A/CN.4/SR.3086، المجلد الأول، الجلسات ٢٩٨٣ إلى ٢٩٨٥؛ وانظر أيضا A/CN.4/SR.3086 إلى A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3115 و A/CN.4/SR.3144 و A/CN.4/SR.3145، و A/CN.4/SR.3167 و A/CN.4/SR.3275.

(٤٥) انظر A/CN.4/SR.3086 إلى A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3145.

(٤٦) انظر A/CN.4/SR.3086، المجلد الأول، الجلسة ٢٩٨٤؛ وانظر أيضا A/CN.4/SR.3087 و A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3275.

بالإشارة إلى الجرائم الواردة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية،^(٤٧) كوسيلة لتحديد الجرائم التي يعتبرها المجتمع الدولي كذلك بصفة عامة^(٤٨).

(هـ) أشار بعض أعضاء لجنة القانون الدولي إلى الجرائم الدولية باعتبارها استثناءات من الحصانة^(٤٩)، في حين رآها آخرون على أنها سلوك لا يمكن أبداً أن يشكل جزءاً من مهام الدولة وبالتالي لا يمكن حتى أن يعتبر من الأعمال المنفذة بصفة رسمية^(٥٠). ولكن في كلتا الحالتين طرح أعضاء اللجنة هذه الحجج بهدف منع تطبيق القواعد المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

(و) فيما عدا استثناءات قليلة، ذكر معظم أعضاء اللجنة الذين أعربوا عن رأي بشأن المسألة أن الاستثناءات من الحصانة لا تنطبق على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الشخصية (رئيس الدولة، ورئيس الحكومة، ووزير الخارجية) خلال فترة ولايتهم. غير أنها تنطبق بعد انتهاء تلك الفترة^(٥١).

(ز) رأى عدد كبير من أعضاء اللجنة أن الحصانة الموضوعية تغطيها بالفعل الاستثناءات والقيود المشار إليها أعلاه^(٥٢).

(ح) ذكر بعض أعضاء اللجنة أنه لا توجد قاعدة من قواعد القانون الدولي تتعلق بالاستثناءات من الحصانة، وأن الممارسة الدولية محدودة وغير متسقة. وبالتالي، فإن اللجنة إما لا يمكنها أن تأخذ الاستثناءات بعين الاعتبار، أو عليها أن تتعامل معها بحكمة وحذر^(٥٣).

(٤٧) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (روما، ١٧ تموز/يوليه ١٩٩٨)، *United Nations Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544، الصفحة ٥٠١.

(٤٨) انظر A/CN.4/SR.3087 و A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3164.

(٤٩) انظر A/CN.4/SR.3087، المجلد الأول، الجلسة ٢٩٨٣ و ٢٩٨٤؛ وانظر أيضاً A/CN.4/SR.3086 إلى A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3115 و A/CN.4/SR.3144 و A/CN.4/SR.3145.

(٥٠) انظر A/CN.4/SR.3087، المجلد الأول، الجلسة ٢٩٨٥؛ وانظر أيضاً A/CN.4/SR.3274 و A/CN.4/SR.3275.

(٥١) انظر A/CN.4/SR.3087، المجلد الأول، الجلسة ٢٩٨٣ و ٢٩٨٤؛ وانظر أيضاً A/CN.4/SR.3087 و A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3113 و A/CN.4/SR.3143 و A/CN.4/SR.3144، و A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3086 إلى A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3144، و A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3167 و A/CN.4/SR.3219 و A/CN.4/SR.3275.

(٥٢) انظر A/CN.4/SR.3086 إلى A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3144، و A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3167 و A/CN.4/SR.3219 و A/CN.4/SR.3275.

(٥٣) انظر A/CN.4/SR.3086 و A/CN.4/SR.3143 و A/CN.4/SR.3144 و A/CN.4/SR.3167.

(ط) من ناحية أخرى، يرى من يؤيدون الاستثناءات والقيود أن من الممكن إما الإشارة إلى وجود قواعد تسمح باستثناءات، أو تبين وجود اتجاه واضح ومتزايد صوب تحديد استثناءات من الحصانة، ولا سيما في حالة الجرائم الدولية، حتى وإن كان وجود تلك القواعد على المستوى العرفي مسألة قابلة للنقاش^(٥٤). وقد أشاروا أيضا إلى أن طبيعة الممارسة غير المتسقة وغير القاطعة لا يمكن تفسيرها على أن معناها الوحيد هو عدم وجود استثناءات من الحصانة. وبالتالي، يمكن للجنة أن تنظر في تلك الاستثناءات في سياق ممارسة ولايتها، التي تشمل كلا من تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي. وفي هذا الصدد، وجه بعض أعضاء اللجنة الانتباه إلى أن الافتقار إلى الممارسة المتسقة والقاطعة هو بالذات الأمر الذي يتيح للجنة أن تختار تغطية مسألة الاستثناءات، ولا سيما من أجل كفالة اتساق مشاريع المواد مع القواعد القانونية الأخرى والمبادئ المكرسة في القانون الدولي المعاصر، التي يجب أن ينظر إليها بوصفها كلا متكاملًا على الصعيد المعيارى^(٥٥).

(ي) أقر أعضاء اللجنة عموما بالحاجة إلى الحفاظ على التقدم المحرز خلال العقود القليلة الأخيرة في مجال القانون الجنائي الدولي، ولا سيما فيما يتعلق بتوطيد الجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب، بوصف ذلك هدفا من أهداف المجتمع الدولي. بيد أنهم قد خلصوا إلى استنتاجات متفاوتة من هذا التأكيد. فعلى سبيل المثال، أكد البعض أن الإفلات من العقاب والحصانة مفهومان مختلفان وأن الحصانة هي أمر إجرائي خالص وليست موضوعية في طبيعتها، وخلصوا إلى أن عدم وجود استثناءات لا يؤثر مطلقا على الجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب. وفي المقابل، أشار آخرون إلى أن الحصانة قد تكون لها في ظروف معينة دلالات أو نتائج موضوعية قد تنفي فعليا المسؤولية الجنائية الفردية. وفي هذا السياق، لا بد من تحديد الاستثناءات من الحصانة أو تعريف القيود التي تحددها من أجل ضمان ألا تصبح الحصانة شكلا من أشكال الإفلات من العقاب^(٥٦).

(٥٤) انظر A/CN.4/SR.3086 و A/CN.4/SR.3087 و A/CN.4/SR.3143 إلى A/CN.4/SR.3145 و A/CN.4/SR.3165، و A/CN.4/SR.3274.

(٥٥) انظر Yearbook ... 2008, vol. I، الجلسة ٢٩٨٤؛ وانظر أيضا A/CN.4/SR.3087 و A/CN.4/SR.3088 و A/CN.4/SR.3115 و A/CN.4/SR.3167.

(٥٦) انظر Yearbook ... 2008, vol. I، الجلسات ٢٩٨٤ و ٢٩٨٥ و ٢٩٨٧؛ وانظر أيضا A/CN.4/SR.3145، و A/CN.4/SR.3165 و A/CN.4/SR.3217 و A/CN.4/SR.3275.

(ك) أخيراً، تجدر الإشارة إلى أن بعض أعضاء اللجنة الذين يؤيدون وجود استثناءات قد أشاروا إلى ضرورة أن يصحب هذه الاستثناءات اعتراف بضمانات إجرائية تحول دون إساءة استخدامها^(٥٧).

٢٠ - وإلى جانب هذه المناقشة التي جرت داخل اللجنة، ينبغي لفت الانتباه إلى أن الدول قد أشارت بإسهاب، عند تحليل عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع، إلى مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، سواء في المناقشات التي دارت في اللجنة السادسة أو في الإسهامات الخطية المقدمة رداً على الأسئلة التي طرحتها اللجنة. ويؤدي تحليل المواقف التي تعتمدها الدول إلى الاستنتاجات التالية:

(أ) تعلق الدول أهمية كبيرة على المسائل المتصلة بالاستثناءات والقيود التي تخضع لها الحصانة، وقد أشارت إليها مراراً منذ أن عقدت في عام ٢٠٠٨ أول مناقشة بشأن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٥٨). وبالإضافة إلى ذلك، فقد

(٥٧) انظر A/CN.4/SR.3168 و A/CN.4/SR.3275.

(٥٨) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، ألمانيا، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)، والمرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/66/SR.24)؛ والجزائر، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/67/SR.24)؛ والنمسا، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/68/SR.17)، والمرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛ وبيلاروس، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وبلجيكا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)؛ وكندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ وشيلي، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ والصين، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٩ (A/C.6/68/SR.19)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وكرواتيا، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤

١٨ (A/C.6/68/SR.18)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة، الجلسة ٢٤
١٩ (A/C.6/70/SR.24)، وهنغاريا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٢٠ (A/C.6/66/SR.19)، والهند، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٧
٢١ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٢٢ (A/C.6/68/SR.19)، وإندونيسيا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٤
٢٣ (A/C.6/66/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٢٤ (A/C.6/68/SR.19)، وإيران (جمهورية - الإسلامية)، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٢٥ (A/C.6/68/SR.19)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٢
٢٦ (A/C.6/69/SR.12)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٤
٢٧ (A/C.6/70/SR.25)، وأيرلندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٥
٢٨ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٨
٢٩ (A/C.6/68/SR.18)، وإسرائيل، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٣٠ (A/C.6/68/SR.19)، وإيطاليا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٦
٣١ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٢
٣٢ (A/C.6/67/SR.22)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٣٣ (A/C.6/68/SR.19)، واليابان، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٣
٣٤ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السبعون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٥
٣٥ (A/C.6/67/SR.22)، وماليزيا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٢
٣٦ (A/C.6/68/SR.19)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٩
٣٧ (A/C.6/66/SR.18)، والنرويج، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ١٨
٣٨ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٣
٣٩ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٦
٤٠ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٠
٤١ (A/C.6/70/SR.23)، ونيوزيلندا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٤
٤٢ (A/C.6/63/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، للجنة السادسة، الجلسة ٢٤

لفت عدد من الدول الانتباه إلى ضرورة تناول المسألة بحذر^(٥٩)، وأكدت بعض الوفود على ضرورة النظر أولاً في القانون القائم ثم في مقترحات للتطوير التدريجي (القانون المنشود) ومع

الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ وهولندا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/63/SR.22)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وبيرو، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ وبولندا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ والبرتغال، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/69/SR.24)؛ والمملكة المتحدة، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ والمرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛ والجمهورية التشيكية، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وجمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وجمهورية الكونغو، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ وسنغافورة، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/68/SR.17)؛ وسري لانكا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/66/SR.27)؛ وجنوب أفريقيا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ والسودان، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.25)؛ وسويسرا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/63/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/67/SR.21)؛ وتايلند، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/69/SR.24)؛ وفييت نام، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/70/SR.25).

(٥٩) الصين، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة التاسعة عشرة (A/C.6/68/SR.19)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وكوبا، المرجع نفسه، الدورة

ذلك، فمن الجدير بالذكر أيضا أنه لا يوجد توافق واضح في الآراء بين الدول بشأن تحديد المسائل المتعلقة بالاستثناءات التي ستدرج في كل من الفتتين^(٦٠).

(ب) تنظر الدول إلى الاستثناءات من الحصانة من منظورين مختلفين، هما: تأثيرها على الهدف المقصود من الحصانات، من ناحية، وعلاقتها بالجهود الرامية إلى مكافحة الإفلات من العقاب على أخطر الجرائم الدولية، من ناحية أخرى^(٦١).

السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٩ (A/C.6/68/SR.19)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛ والسلفادور، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)؛ والاتحاد الروسي، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وإسرائيل، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/70/SR.25)؛ وبيرو، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)؛ وجمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ ورومانيا، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛ وفييت نام، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/69/SR.25).

(٦٠) النمسا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، وبيلاروس، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ والاتحاد الروسي، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ وفرنسا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/66/SR.20)؛ وإيران (جمهورية - الإسلامية)، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ والمكسيك، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/66/SR.18).

(٦١) شيلي، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/69/SR.24)؛ والدانمرك (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/69/SR.22)؛ وإندونيسيا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/66/SR.24)؛ وجامايكا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.24)؛ واليابان، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/63/SR.23)؛ والمكسيك، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/66/SR.18)؛ والنرويج، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/70/SR.23)؛ ونيوزيلندا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24).

(ج) حذر مؤيدو النهج الأول من الضرر الذي يمكن أن يلحقه الاعتراف بأي نوع من الاستثناء بممارسة الدولة لوظائفها، ومن خطر تقديم طلبات ذات دوافع سياسية، والضرر الذي يمكن أن يلحقه تقييد الحصانة باستقرار العلاقات بين الدول^(٦٢).

(د) في إطار النهج الثاني، وجهت دول أخرى الانتباه إلى ضرورة أن تؤخذ في الاعتبار التطورات التي حدثت في مجال القانون الجنائي الدولي في العقود الأخيرة، وضرورة أن تنظر اللجنة في مسألة الحصانات بصورة عامة، والاستثناءات بصفة خاصة، على نحو يتسق مع بقية القواعد والمبادئ السارية في القانون الدولي المعاصر. وقد ذكرت تلك الدول، على وجه الخصوص، أن الطريقة التي تعامل بها الاستثناءات لا ينبغي أن تقوض التقدم المحرز في القانون الجنائي الدولي، بما في ذلك التقدم الذي حدث في عملية إيجاد وإنشاء المحاكم الجنائية الدولية^(٦٣). وترى تلك الدول أن الجرائم الدولية ينبغي أن ينظر إليها، بداهة، باعتبارها مستثناة من الحصانة^(٦٤).

والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ والبرتغال، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وجمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وجنوب أفريقيا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وتايلند، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٩ (A/C.6/68/SR.19).

(٦٢) الجزائر، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ والصين، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ ونيوزيلندا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وكوبا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27).

(٦٣) سلوفينيا، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)، والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20).

(٦٤) جمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وكندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ واليابان، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)؛ وهولندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وبولندا، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23).

(هـ) أيدت الدول، باستثناء دولة واحدة، منح الحصانة الشخصية الكاملة أو المطلقة لرئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية، دون استثناء، حتى بالنسبة إلى الجرائم الدولية، أثناء فترة ولايتهم^(٦٥).

(A/C.6/69/SR.23)؛ وجمهورية الكونغو، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21).

(٦٥) ألمانيا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ والنمسا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/68/SR.17)؛ وبيلاروس، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وشيلي، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ والصين، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وسلوفينيا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ وإسبانيا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/68/SR.17)؛ والولايات المتحدة، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/69/SR.24)؛ واليونان، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وهنغاريا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٩ (A/C.6/66/SR.19)؛ وإندونيسيا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/66/SR.24)؛ وأيرلندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وجامايكا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ وماليزيا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٩ (A/C.6/68/SR.19)؛ وهولندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وبيرو، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ والجمهورية التشيكية، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24)؛ وجمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/69/SR.25)؛ وجمهورية الكونغو، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ وسري لانكا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وسويسرا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24)؛ وأعربت البلدان التالية فيما يبدو عن اعتراضها على الطابع المطلق للحصانة الشخصية: البرتغال، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/63/SR.25)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)؛ وإيطاليا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٦ (A/C.6/66/SR.26)، والمكسيك، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/66/SR.18).

(و) بيد أن عددا كبيرا من الدول قد أيد وجود استثناءات مختلفة من الحصانة الموضوعية، أهمها ارتكاب أكثر الجرائم خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره^(٦٦)، وإن إشارت بعض الدول إلى حالات أخرى من حالات الاستثناء من الحصانة، مثل أعمال التخريب أو التجسس أو غير ذلك من الأضرار التي يتسبب فيها مسؤول الدولة الأجنبية في إقليم دولة المحكمة^(٦٧).

(ز) عند الإشارة إلى الجرائم الدولية، أشارت الدول بصفة خاصة إلى جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي والتعذيب والاختفاء القسري^(٦٨).

(٦٦) النمسا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ وكندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ وشيلي، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ وكرواتيا، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛ والدانمرك (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/69/SR.22)؛ وسلوفينيا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ واليونان، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/67/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/70/SR.23)؛ ونيوزيلندا، المرجع نفسه، الدورة السادسة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٧ (A/C.6/66/SR.27)، والمرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/67/SR.22)؛ وهولندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)، والمرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وبيرغو، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21)؛ وبولندا، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ والجمهورية التشيكية، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/63/SR.24)، وجمهورية الكونغو، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21). واعتراض على اعتبار الجرائم الدولية من حالات الاستثناء: الصين، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21).

(٦٧) النمسا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23)؛ وإيران (جمهورية - الإسلامية)، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٥ (A/C.6/70/SR.25).

(٦٨) الصين، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ والدانمرك (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٢ (A/C.6/69/SR.22)؛ واليونان، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ والبرتغال، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٧ (A/C.6/68/SR.17)؛ والمملكة المتحدة، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)، المرجع نفسه، الدورة السبعون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٤ (A/C.6/70/SR.24)؛

(ح) رأت بعض الدول أن ارتكاب الجرائم الدولية يشكل استثناء منصوصا عليه بالفعل في القانون الدولي المعاصر، بينما ذهبت دول أخرى إلى أنه يعكس اتجاهها متناميا لا يمكن للجنة أن تتجاهله في عملها^(٦٩).

(ط) أخيرا، من الجدير بالذكر أن معظم الدول تشير إلى "الاستثناءات من الحصانة" باستخدام مصطلح "الحدود" أو "القيود" بصفة تكميلية.

٢١ - وعند إعداد هذا التقرير، أولت المقررة الخاصة الاعتبار لهذا التاريخ السابق المتعلق بالنظر في مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية.

الفصل الثاني

دراسة الممارسة

٢٢ - حسبما ذكر بالفعل في تقارير سابقة قدمتها المقررة الخاصة، تُشكّل دراسة الممارسة دعامة أساسية من دعائم هذا العمل. وبناء على ذلك، تحتوي الصفحات التالية على تحليل للممارسة التعاهدية (الفرع ألف)، والممارسة التشريعية الوطنية (الفرع باء)، والممارسة القضائية الدولية (الفرع جيم)، والممارسة القضائية الوطنية (الفرع دال) والأعمال الأخرى التي اضطلعت بها اللجنة من قبل فيما يتعلق بموضوع هذا التقرير (الفرع هاء).

ألف - الممارسة التعاهدية

٢٣ - تشتمل أيضا الاتفاقيات المختلفة التي تم تناولها بالتحليل في تقارير سابقة على أحكام ربما تكون وثيقة الصلة بمسألة القيود والاستثناءات. ولكن، تجدر الإشارة، على سبيل الملاحظة العامة، إلى أن أيًا منها لا يستخدم هذه المصطلحات. فالحقيقة أن هذه الاتفاقيات

والجمهورية التشيكية، المرجع نفسه، الدورة التاسعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/69/SR.23)؛ وجنوب أفريقيا، المرجع نفسه، الدورة الثامنة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ١٨ (A/C.6/68/SR.18)؛ وجمهورية كوريا، المرجع نفسه، الدورة الثالثة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٣ (A/C.6/63/SR.23).

(٦٩) كندا، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ واليونان، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢٠ (A/C.6/67/SR.20)؛ والبرتغال، المرجع نفسه، الدورة السابعة والستون، اللجنة السادسة، الجلسة ٢١ (A/C.6/67/SR.21).

تتبع نهجاً أقرب إلى الطابع العام والعملي في تناول هذه المسألة، إذ أنها تشير إلى الحالات التي لا تسري فيها الاتفاقية أو حكم من أحكامها.

٢٤ - وبدءاً بالاتفاقيات التي تنظم مسألة الحصانة سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، يجدر بالذكر أن الاتفاقيات التي تنظم ممارسة المهام الدبلوماسية لا تتضمن أحكاماً تنطبق على تقييد الحصانة أو الاستثناء منها بأي شكل من أشكال فيما يتعلق بالولاية القضائية الجنائية. وبالعكس، فهي تعترف بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية للأشخاص المتمتعين بالحصانة بالمعنى المطلق خلال مدة تولي الشخص منهم لمنصبه. وهذا الأمر منصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ٣١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية^(٧٠) وفي الفقرة ١ من المادة ٣١ من اتفاقية البعثات الخاصة^(٧١)، وفي الفقرة ١ من المادة ٣٠ والفقرة ١ من المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي^(٧٢). ويجدر بالذكر أيضاً أن الأحكام المذكورة تصف في معظمها نموذج الحصانة الشخصية وأن الحصانة، وفقاً لذلك، تغطي الأعمال المنفذة بصفة رسمية والأعمال المنفذة بصفة خاصة على السواء. غير أنه في حالة الاتفاقيتين الأوليين، تتوافر لدولة المحكمة آلية بديلة يجوز لها أن تستخدمها في التعامل مع الحالات التي يكون فيها الفرد المتمتع بالحصانة قد قام، أو يقوم، بارتكاب جريمة، وهي: تسمية الشخص المعني شخصاً "غير مرغوب فيه" أو "غير مقبول"، وفي هذه الحالة يجب أن يغادر الأراضي الوطنية^(٧٣). وعلى أية حال، ينبغي تذكّر أن مثل هذه الحصانة تكون محدودة المدة وأنها لا تبقى مطلقة بعد انتهاء المهام، بما أنها لا تسري إلا على الأعمال المنفذة بصفة رسمية^(٧٤). غير أن هذه الاتفاقيات لا تحدد الاستثناءات المنطبقة على الحصانة الموضوعية التي تبقى فيما يتعلق بالولاية القضائية الجنائية.

Vienna Convention on Diplomatic Relations (Vienna, 18 April 1961), United Nations *Treaty Series*, vol. (٧٠)

.500, No. 7310, p. 96

vol. 1400, No. (٧١) Vienna Convention on Special Missions (New York, 8 December 1969). المرجع نفسه،

.23431, p. 232

Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a (٧٢)

Universal Character (Vienna, 14 March 1975), United Nations *Juridical Yearbook 1975* (Sales No.

.E.77.V.3), p. 87

(٧٣) انظر اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، المادة ٩، الفقرة ١؛ واتفاقية البعثات الخاصة، المادة ١٢.

(٧٤) انظر اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، المادة ٣٩، الفقرة ٢؛ واتفاقية البعثات الخاصة، المادة ٤٣، الفقرة ٢؛

واتفاقية فيينا لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي، المادة ٣٨، الفقرة ٢.

٢٥ - أما اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية^(٧٥)، فتعتمد نهجاً مختلفاً، حيث يسير نظام الحصانات وفقاً لنموذج للحصانة الموضوعية المرتبطة بالأفعال الخاصة تحديداً بالمهام القنصلية ويسري أيضاً في حالة الولاية القضائية الجنائية^(٧٦)، في الحالات التي لا يتمتع فيها المسؤولون القنصليون وغيرهم من موظفي المكاتب القنصلية بحصانة مطلقة، وإنما تقتصر حصانتهم على الأعمال المنفذة بصفة رسمية^(٧٧). وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن المادة ٤٣ من الاتفاقية، في الفقرة ٢ (ب) منها، تُنشئ نوعاً من "الاستثناء المتعلق بالضرر الإقليمي".

٢٦ - وفي ختام هذه الدراسة للاتفاقيات التي تحكم الحصانة، تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية^(٧٨) هي، لأغراض هذا التقرير، أقل صلة بالموضوع قيد البحث من باقي الاتفاقيات، من حيث المبدأ، لأنها تشير إلى حصانة الدولة من الولاية القضائية وليس حصانة مسؤولي الدولة من تلك الولاية. وعلاوة على ذلك، فهي لا تسري على الحصانة من الولاية القضائية الجنائية. غير أنها مثيرة للاهتمام لأسباب أخرى. فأولاً، تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية لا تميز، من حيث المنهجية، بين تقييد الحصانة والاستثناء منها، حيث تتناولهما تحت نفس العنوان، وهو: "الدعاوى التي لا يجوز للدول أن تحتج بالحصانة فيها"^(٧٩). وثانياً، تتضمن الاتفاقية "الاستثناء المتعلق بالضرر الإقليمي" من بين تلك الحالات. وأخيراً، لا تعترف الاتفاقية بأي استثناءات أو قيود على أساس انتهاك القواعد الآمرة.

٢٧ - وتنص المادة ١٢ من الاتفاقية (الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات) على ما يلي:

"ما لم تتفق الدولتان المعنيتان على غير ذلك، لا يجوز لدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى، تكون من جميع الوجوه الأخرى هي المحكمة المختصة، في دعوى تتصل بالتعويض النقدي عن وفاة شخص

(٧٥) Vienna Convention on Consular Relations (Vienna, 24 April 1963), United Nations Treaty Series, vol. 596, No. 8638, p. 262.

(٧٦) انظر اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، المادتان ٤٣ و ٥٣، الفقرة ٤.

(٧٧) فيما يتعلق بممارسة الولاية القضائية الجنائية، انظر المواد ٤١ و ٤٢ و ٦٣ من الاتفاقية.

(٧٨) اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (نيويورك، ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤)، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ٤٩ (A/59/49)، المجلد الأول، القرار ٣٨/٥٩، المرفق.

(٧٩) انظر الجزء الثالث من الاتفاقية، المواد ١٠-١٧. وتصلح الحالات المذكورة في هذا الجزء للتصنيف في فئة قيود الحصانة وفي فئة استثناءات الحصانة على حد سواء.

أو عن ضرر لحقه أو عن الإضرار بممتلكات مادية أو عن ضياعها، نتيجة لفعل أو امتناع يدعى عزوه إلى الدولة، إذا كان الفعل أو الامتناع قد وقع كلياً أو جزئياً في إقليم تلك الدولة الأخرى وكان الفاعل أو الممتنع موجوداً في ذلك الإقليم وقت حدوث الفعل أو الامتناع.“

٢٨ - وتسترشد هذه القاعدة بالسابقة التي أرسيتها اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية^(٨٠)، واتفاقية فيينا لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي^(٨١). كذلك تطرقت إليها الاتفاقية الأوروبية بشأن حصانة الدول^(٨٢)، التي تنص في المادة ١١ منها على ما يلي:

”لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تطالب بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة متعاقدة أخرى في دعاوى تتصل بالتعويض عن أذى لحق بشخص أو ضرر لحق بممتلكات مادية، إذا كانت الوقائع التي سببت الأذى أو الضرر قد حدثت في إقليم دولة المحكمة، وإذا كان الفاعل الذي أحدث الأذى أو الضرر موجوداً في ذلك الإقليم وقت حدوث تلك الوقائع.“

٢٩ - وتستنسخ المادة ١٢ من اتفاقية حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية بصورة شبه حرفية مشروع المادة الذي اعتمدته اللجنة آنذاك^(٨٣). وترى اللجنة أن القاعدة المذكورة أعلاه تُشكّل استثناءً من حصانة الدول من الولاية القضائية^(٨٤)، يبرره تطبيق مبدأ قانون محل الجرم المرتكب المعمول به في تحديد الولاية، ورجحان الدور الذي يؤديه العنصر الإقليمي في هذه الحالة^(٨٥). وإضافةً إلى ذلك، فإن الاستثناء يستوفي شرط تمكين الأفراد

(٨٠) الفقرة ٢ (ب) من المادة ٤٣ من الاتفاقية ترسي استثناء من الحصانة من الولاية القضائية المدنية عندما يقيم الدعوى ”طرف ثالث تضرر من حادث وقع في الدولة المستقبلية بسبب مركبة أو سفينة أو طائرة“.

(٨١) تنص الفقرة ٤ من المادة ٦٠، بشأن أعضاء الوفود المشاركة في المؤتمرات الدولية، على أنه ”ليس في هذه المادة ما يعفي هؤلاء الأشخاص من الولاية القضائية المدنية والإدارية للدولة المضيفة فيما يتعلق بدعوى تعويض ناشئة عن حادث تسببت فيه مركبة أو سفينة أو طائرة يستعملها أو يمتلكها الأشخاص المشار إليهم، حيثما كان الحصول على التعويض غير متاح من التأمين.“

(٨٢) European Convention on State Immunity (Basle, 16 May 1972), United Nations Treaty Series, vol. 1495, No. 25699, p. 182.

(٨٣) انظر حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٩١، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١٠٢.

(٨٤) المرجع نفسه، الفقرة (١) من التعليق.

(٨٥) المرجع نفسه، الصفحات ١٠٣-١٠٦، الفقرات (٢) و (٦) و (٨) من التعليق.

المعنيين من اللجوء إلى القضاء، وهو ما قد لا يتسنى لو تم إعمال الحصانة^(٨٦). وأخيراً، ورغم أن المقصود من "استثناء الضرر الإقليمي" المنصوص عليه في الاتفاقية هو تطبيقه على الولاية القضائية المدنية، فقد لاحظت اللجنة في شروحها أنه يمكن أن يُستخدم أيضاً فيما يتعلق بالمطالبات المتعلقة "بالأضرار البدنية المتعمدة مثل الاعتداء مع الضرب أو الإضرار العمدي بالممتلكات أو الحريق المتعمد أو حتى القتل، بما في ذلك الاغتيال السياسي"^(٨٧). فإذا أخذنا في الحسبان، علاوة على ذلك، أن اللجنة فهمت أن المقصود بمصطلح "الفاعل" هم وكلاء الدولة أو المسؤولون فيها الذين ممارسون وظائفهم الرسمية وليس بالضرورة الدولة ذاتها بوصفها شخصية اعتبارية^(٨٨)، فمن الوارد جداً أن إرساء مثل هذا الاستثناء يمكن أن يؤدي دوراً ما في سياق الحصانة من الولاية القضائية الجنائية.

٣٠ - وطُرحت فكرة إدراج استثناء متصل بانتهاك القواعد الآمرة في الاتفاقية المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية في مرحلة لاحقة، في نهاية عملية التفاوض على الاتفاقية، عندما طلبت الجمعية العامة إلى اللجنة أن تستعرض بعض المسائل التي لم يُفصل فيها بعد في تلك العملية، وأن تنظر كذلك في العناصر الجديدة التي ظهرت في الممارسة العملية بعد أن اعتمدت في عام ١٩٩١ مشاريع المواد التي أعدتها اللجنة. وأنشأت اللجنة لهذا الغرض فريقاً عاملاً وجه انتباه الجمعية العامة، في مرفق تقريره، إلى:

"الحجة التي تُساق على نحو متزايد ومفادها أنه ينبغي رفض الحصانة في حالة الوفاة أو الإصابة الشخصية الناجمة عن أفعال دولة تشكل انتهاكاً لقواعد التي تكون من طبيعة القواعد الآمرة وخاصة الأحكام المتعلقة بالتعذيب"^(٨٩).

٣١ - واستندت اللجنة في شرحها إلى الممارسة القضائية المتبعة في السنوات السابقة، ولا سيما فيما يتعلق بقضية بينوشيه، وخلصت إلى أن هذه الوقائع "تشكل تطوراً حديثاً متعلقاً بالحصانة لا ينبغي تجاهله"^(٩٠). ولئن كانت هذه المسألة قد نوقشت في الفريق العامل

(٨٦) المرجع نفسه، الفقرتان (٣) و (٩) من التعليق، الصفحتان ١٠٣ و ١٠٦. وقد ذكرت اللجنة بالفعل أنه في هذه الحالة "لو كان للدولة الاحتجاج بحصانتها من الولاية، لبقى الشخص المتضرر دون وسيلة للالتجاء إلى القضاء" (الفقرة (٣)).

(٨٧) المرجع نفسه، الصفحتان ١٠٣ و ١٠٤، الفقرة (٤) من التعليق.

(٨٨) المرجع نفسه، الصفحة ١٠٦، الفقرة (١٠) من التعليق.

(٨٩) حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٩٩، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٣٥٥؛ الفقرة ٣ من مرفق تقرير الفريق العامل.

(٩٠) المرجع نفسه، الفقرة ١٣.

الجنة السادسة القائم بإجراء المفاوضات النهائية بشأن الاتفاقية المقبلة، فإن الاستثناء لم يُدرج في النص لأنه أرُئي أن تناول هذه المسألة ”رغم أهميتها الحالية غير مناسب حقا في إطار [مشروع الاتفاقية]“ وأنه ”فضلا عن ذلك يبدو أن الوقت لم يحن بعد لقيام فريق عامل بعملية تصنيف بشأنها“^(٩١). غير أن بعض الدول أصدرت إعلانات عند التصديق على الاتفاقية، بغية ضمان الحماية الدولية لحقوق الإنسان في هذا الصدد^(٩٢). وعلى أية حال، لا يزال النقاش المتعلق بهذا الاستثناء جاريا، بعد أن اكتسب زخما منذ صدور حكم محكمة العدل الدولية في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية.

٣٢ - وبالإضافة إلى هذه الاتفاقيات التي تشير إلى الحصانة بصورة مباشرة، توجد أيضا مجموعة هامة من المعاهدات الداخلية في نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي التي تشتمل على أحكام تتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية وتناسب مع أغراض هذا التقرير. وتضم هذه المجموعة اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها^(٩٣)، والاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها^(٩٤)، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة^(٩٥)، والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري^(٩٦)، واتفاقية البلدان الأمريكية لمنع

(٩١) انظر A/C.6/54/L.12، الفقرة ٤٧.

(٩٢) في هذا الصدد، تفهم السويد وسويسرا وفنلندا وليختنشتاين والنرويج أن القواعد الحالية المنصوص عليها في الاتفاقية ”ليس فيها ما يعكس بالتطورات المقبلة في القانون الدولي المتعلقة بحماية حقوق الإنسان“. أما إيطاليا، فقد أعلنت من جانبها أنه ينبغي تفسير الاتفاقية ”وفقا للمبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الجسيمة“ (TREATIES III-13).

(٩٣) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Paris, 9 December 1948). United Nations Treaty Series, vol. 78, No. 1021, p. 278.

(٩٤) International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (New York, 30 November 1973), United Nations Treaty Series, vol. 1015, No. 14861, p. 244.

(٩٥) اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (نيويورك، ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٤). United Nations Treaty Series, vol. 1465, No. 24841، الصفحة ١٠٠.

(٩٦) الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري (نيويورك، ٢٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦)، A/RES/61/177.

التعذيب والمعاقبة عليه^(٩٧)، واتفاقية البلدان الأمريكية المتعلقة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص^(٩٨).

٣٣ - وتفترض اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، بصورة غير مباشرة، أن الصفة الرسمية لا علاقة لها بهذا الموضوع، حيث تنص في المادة ٤ منها على أن "يعاقب مرتكبو الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة سواء كانوا حكاما مسؤولين دستوريا أو مسؤولين حكوميين أو أفرادا". أما الاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها، فتتص على أن "المسؤولية الجنائية الدولية تقع، أيا كان الدافع، على الأفراد وأعضاء المنظمات والمؤسسات وممثلي الدولة، سواء كانوا مقيمين في إقليم الدولة التي ترتكب فيها الأفعال أو في إقليم دولة أخرى" (المادة الثالثة). وعلى الجانب الآخر، لا تتضمن بقية الاتفاقيات أحكاما مماثلة: فالاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري تشير ببساطة إلى "كل من" في معرض حصرها لأولئك الذين سيتم تحميلهم المسؤولية عن تلك الجريمة (المادة ٦، الفقرة ١ (أ)). غير أن كل من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري يشمل "موظفي الدولة" عند تعريف الجريمة^(٩٩)، مما يوضح أنه يجوز تحميلهم المسؤولية الجنائية عن هذه الأفعال حتى عندما يكونون قد نفذوها بصفتهم الرسمية. وبالتالي، يبدو للوهلة الأولى - ورهنا بالشروحات التي سترد أدناه - أن الاتفاقيات المذكورة توفر أسبابا يمكن الخلوص منها إلى أن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الفصل العنصري أو التعذيب أو الاختفاء القسري قد تُشكل في ظاهرها استثناءً من الحصانة من الولاية القضائية الجنائية.

٣٤ - غير أنه لا يمكن قبول هذا الاستنتاج على أساس الاتفاقيات المذكورة إلا عندما تكون الدولة الطرف ملزمة صراحة بممارسة الولاية القضائية الجنائية من أجل محاكمة الأشخاص المُفترض أنهم ارتكبوا الجرائم المعنية، بغض النظر عن جنسيتهم. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن جميع هذه الاتفاقيات، باستثناء اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية

(٩٧) Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (Cartagena, 9 December 1985), OAS Treaty

.Series, No. 67

(٩٨) Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (Belém do Pará, 9 June 1994),

www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html

(٩٩) انظر اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المادة ١؛ والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة ٢. وللاطلاع على تحليل أكثر تفصيلا لهذه المسألة، انظر الوثيقة A/CN.4/673، الفقرات ٧٩-٨٤.

والمعاقبة عليها والاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها^(١٠٠)، تشتمل على أحكام تقتضي من الدول الأطراف إعمال الولاية القضائية عندما ترتكب الجرائم في أي إقليم خاضع لولايتها^(١٠١) وعندما يكون مرتكب الجريمة المزعوم موجوداً في أي إقليم يخضع لولايتها، ما لم يتم تسليم المجرم أو يُسلم هو نفسه إلى دولة أخرى أو إلى ولاية قضائية جنائية دولية مختصة^(١٠٢).

٣٥ - وأخيراً، يجدر بالذكر أن جرائم الإبادة الجماعية^(١٠٣) والاختفاء القسري^(١٠٤) والفصل العنصري قد أُعلن أنها جرائم دولية أو جرائم منصوص عليها في القانون الدولي عن طريق الاتفاقيات التي جرى تحليلها أعلاه^(١٠٥). وقد أُعلن أيضاً أن التعذيب يشكل "جريمة ضد الكرامة الإنسانية وإنكاراً للمبادئ الواردة في ميثاق منظمة الدول الأمريكية وميثاق الأمم المتحدة"، وأنه يُشكّل كذلك انتهاكاً "لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المعلنة في

(١٠٠) تنص اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في المادة السادسة منها على أن الأشخاص المتهمين بارتكاب تلك الجريمة "يحاكموا أمام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل على أرضها، أو أمام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص إزاء من يكون من الأطراف المتعاقدة قد اعترف بولايتها". وبالمثل، تنص المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها على أن الأشخاص المتهمين بارتكاب تلك الجريمة "يجوز أن يحاكموا من قبل محكمة مختصة من محاكم أية دولة طرف في الاتفاقية يمكن أن تكون لها ولاية على هؤلاء المتهمين أو من قبل محكمة جزائية دولية تكون ذات ولاية قضائية فيما يتعلق بتلك الدول الأعضاء التي قبلت ولايتها".

(١٠١) انظر اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المادة ٥، الفقرة ١ (أ)؛ والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة ٩، الفقرة ١ (أ)؛ واتفاقية البلدان الأمريكية المتعلقة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص، المادة الرابعة، الفقرة الأولى، الفقرة الفرعية (أ)؛ واتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه، المادة ١٢، الفقرة الثانية.

(١٠٢) انظر اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المادة ٥، الفقرة ٢؛ والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة ٩، الفقرة ٢؛ واتفاقية البلدان الأمريكية المتعلقة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص، المادة الرابعة، الفقرة الأولى، الفقرة الفرعية (أ)؛ واتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه، المادة ١٢، الفقرة الأولى، الفقرة الفرعية (أ).

(١٠٣) انظر اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، المادة ١، الفقرة الأولى من الديباجة.

(١٠٤) تنص المادة ٥ من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري على أن: "ممارسة الاختفاء القسري العامة أو المنهجية تشكل جريمة ضد الإنسانية كما تم تعريفها في القانون الدولي المطبق وتستتبع العواقب المنصوص عليها في ذلك القانون". انظر، في سياق مماثل، الفقرة السادسة من ديباجة اتفاقية البلدان الأمريكية المتعلقة بحالات الاختفاء القسري للأشخاص.

(١٠٥) الاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها، المادة الأولى، الفقرة ١.

الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته والإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(١٠٦) وهذا الأمر مهم من أجل تحديد الأفعال التي ينبغي أن يُنظر إليها باعتبارها جرائم دولية لأغراض الاستثناءات المشار إليها في هذا التقرير.

٣٦ - ويُعطي نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مثالا موازيا، حيث يعترف صراحةً بعدم الاعتراف بالصفة الرسمية عند تحديد المسؤولية الجنائية الفردية (المادة ٢٧، الفقرة ١) وعدم سريان الحصانات الممنوحة بموجب قانون وطني أو دولي على المحكمة (المادة ٢٧، الفقرة ٢)، ويعترف كذلك بالمبدأ العام المتمثل في عدم الاعتراف بمسألة الامتثال لأوامر صادرة من حكومة أو من موظف أعلى عند تحديد المسؤولية الجنائية الفردية (المادة ٣٣). وقد وُضعت القواعد المذكورة لتلافي الحالات التي يمكن فيها للفرد التهرب من مسؤوليته كنتيجة لعلاقته الخاصة بالدولة، وذلك من أجل القضاء على الثغرات التي إن لم تُسد لسمحت بارتكاب أخطر الجرائم التي تقلق المجتمع الدولي ككل مع إفلات مرتكبيها من العقاب. ولا يمكن في هذا التقرير تجاهل هذا التشديد الذي يضعه نظام روما الأساسي على الطابع المطلق للجرائم الدولية من أجل تحديد المسؤولية الجنائية الفردية لأي شخص وما يترتب على ذلك من إعلان عدم سريان الحصانة. بيد أن الأحكام المذكورة وأثرها على الاستثناءات من حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الأجنبية سيجري تحليلها بمزيد من التفصيل في الفرع بء من الفصل الثالث أدناه.

٣٧ - وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيات المتعلقة بالفساد تغطي إمكانية ارتكاب مسؤولي الدول الأجنبية لأعمال الفساد^(١٠٧)، وهو ما يمكن بلا شك أن يؤدي إلى المطالبة بالحصانة من الولاية القضائية الأجنبية عندما تحاول محاكم الدولة ممارسة الولاية القضائية على المسؤولين. غير أن الاتفاقيات المذكورة لا تحتوي على أحكام عامة تشير إلى

(١٠٦) اتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه، الفقرة الثانية من الديباجة. وترد في ديباجة اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة إشارة إلى حظر التعذيب في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(١٠٧) انظر، على سبيل المثال، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادتان ١٦ و ١٧؛ واتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد، المادتان ٥ و ٦؛ واتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد [(كاراكاس، ٢٩ آذار/مارس ١٩٩٦)، E/1996/99]، المادة الثامنة. وتحتوي هذه الأحكام كلها على إشارات صريحة إلى المشاركة في أي عمل من أفعال الفساد يقوم به مسؤول تابع لدولة أجنبية. ولا تشير اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته تحديداً إلى المسؤولين الأجانب. بيد أن التعريف الواسع لمصطلح "الموظف العمومي" الوارد في المادة ١، بجانب أحكام المادة ١٣ المتعلقة بإعمال الولاية القضائية الوطنية فيما يتعلق بأعمال الفساد، يبين أن الاتفاقية يمكن أن تطبق أيضا على الموظفين الأجانب، وأن مسألة الحصانة، تبعاً لذلك، يمكن أن تُثار أمام محاكم الدول الأطراف.

مثل هذه الحصانة، باستثناء وحيد هو بعض الأحكام الواردة في اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي بشأن الفساد،^(١٠٨) وفي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد^(١٠٩) وفي اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومحاربه^(١١٠)، التي تتضمن كلها أحكاما تشير إلى الحصانة، وإن كان هناك اختلاف واضح في النهج المعتمدة في هذه الاتفاقيات بالنسبة لتناول مسألة القيود والاستثناءات، وفي الآثار المترتبة على ذلك.

٣٨ - وتنص اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي بشأن الفساد في المادة ١٦ منها (الحصانة) على أنه:

”ليس في أحكام هذه الاتفاقية ما يمس بأحكام أي معاهدة أو بروتوكول أو نظام أساسي، ولا بنصوصها التنفيذية، فيما يتعلق بسحب الحصانة.“
ولئن كانت الصيغة غير واضحة، فإن التقرير الشارح للاتفاقية ينص على أن ”الاتفاقية تعترف بالتزام كل مؤسسة من المؤسسات المعنية بإنفاذ الأحكام النازمة للامتيازات والحصانات“، وأن ”القانون الدولي العرفي ليس مستبعدا في هذا المجال“^(١١١).

٣٩ - أما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فتتضمن في الفقرة ٢ من المادة ٣٠ على أن:
”تتخذ كل دولة طرف، وفقا لنظامها القانوني ومبادئها الدستورية، ما قد يلزم من تدابير لإرساء أو إبقاء توازن مناسب بين أي حصانات أو امتيازات قضائية ممنوحة لموظفيها العموميين من أجل أداء وظائفهم وإمكانية القيام، عند الضرورة، بعمليات تحقيق وملاحقة ومقاضاة فعالة في الأفعال المجرّمة وفقا لهذه الاتفاقية.“

ورغم أن الاتفاقية تشير إلى الحصانات التي تحمي المسؤولين الوطنيين بموجب القوانين الوطنية، فإنها تستخدم مفهوم ”التوازن المناسب“، الذي قد يكون مناسباً أيضا لغرض تعريف نظام القيود والاستثناءات المنطبق على حصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية.

Criminal Law Convention on Corruption (Strasbourg, 27 January 1999), United Nations Treaty Series, vol. (١٠٨) 2216, No. 39391, p. 228.

(١٠٩) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (نيويورك، ٣١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٣)، United Nations Treaty Series, vol. 2349, No. 42146.

African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (Maputo, 11 July 2003), (١١٠) International Legal Materials (ILM), vol. XLIII (2004).

Explanatory Report, para. 77, p. 16 (١١١).

٤٠ - ويوجد تركيز مماثل، ولكن بصيغة أقوى، في اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته، التي تشير إلى الحصانات بالصيغة التالية (المادة ٧، الفقرة ٥):

”مع عدم الإخلال بأحكام التشريعات المحلية، التأكد من أن أي حصانة تُمنح للموظفين العموميين لا تشكل عقبة أمام التحقيق في ادعاءات توجه ضد ... هؤلاء الموظفين [ومحاكمتهم].“

٤١ - وأخيراً، ينبغي توجيه الانتباه إلى أن البروتوكول المتعلق بإدخال تعديلات على بروتوكول النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان، الذي يُنشئ قسماً للقانون الجنائي الدولي في المحكمة، يُدرج الفساد وغسل الأموال ضمن الجرائم التي يغطيها ذلك القسم^(١١٢).

باء - الممارسة التشريعية الوطنية

٤٢ - لا يوجد في أغلب الدول تنظيم صريح لمسألة حصانة الدول أو مسؤوليها من الولاية القضائية. بل على العكس، تُرك التعامل مع مسألة الحصانة للمحاكم التي كانت، حين تتناول تلك المسألة، تفعل ذلك عادة عن طريق تطبيق ما تعتبره قواعد للقانون الدولي مشاراً إليها في أحكامها وقراراتها الأخرى. وقد تم الاستناد إلى أسس قانونية متنوعة لهذا التطبيق لأحكام القانون الدولي: الإشارة إلى مبادئ القانون العامة التي تحكم العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني؛ أو تطبيق مبادئ القانون العام الأصيلة^(١١٣)؛ أو تطبيق أحكام ذات طبيعة عامة تُحدّد صلاحيات الأجهزة القضائية المحلية وتشير إلى القانون الدولي الساري لتسوية الحالات التي يمكن أن تثار فيها مسألة الحصانة^(١١٤).

(١١٢) انظر الفقرتين ٨ و ٩ من المادة الجديدة ٢٨ ألف من النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية.

(١١٣) هذا هو الحال في الولايات المتحدة، على وجه الخصوص، على أساس الحكم الصادر في قضية سامانتار (*Samantar*)، الذي تقرّر فيه عدم سريان قانون الحصانات السيادية الأجنبية على مسؤولي الدولة بشكل فردي وذكر أن حصانتهم تخضع لقواعد القانون العام الأنكلوساكسوني. انظر: Chimène I. Keitner: “The common law of foreign official immunity”, *Green Bag*, vol. 14 2D, (Autumn 2010), pp. 61-75.

(١١٤) من بين تلك القواعد التي ترجع بشكل عام إلى القانون الدولي، يمكن الإشارة إلى الأمثلة التالية: بلجيكا: قانون قمع الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني، بصيغته المعدلة بموجب القانون المؤرخ ٢٣ نيسان/أبريل ٢٠٠٣، المادة ٤-٣؛ وألمانيا: قانون إنشاء المحاكم، المادة ٢-٢٠؛ وقيرغيزستان: قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩٩، المادة ٢-١٦؛ والجبل الأسود: قانون الإجراءات الجنائية، ٢٠١٠، المادة ١-٢٥٢؛ وهولندا، القانون الجنائي، المادة ٨؛ والفلبين: القانون المتعلق بجرائم انتهاك القانون الإنساني الدولي، والإبادة الجماعية، والجرائم الأخرى المرتكبة ضد الإنسانية، رقم ٩٨٥١، المؤرخ ٢٧ تموز/يوليه ٢٠٠٩، الباب ٩ (ب)؛ والاتحاد الروسي: القانون الجنائي، ١٣ تموز/يوليه ١٩٩٦،

٤٣ - ولا يحلّ هذا التقرير القواعد الوطنية التي تقتصر على الإشارة إلى القانون الدولي الساري، حيث إنّها لا تسهم في إلقاء الضوء على طبيعة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، والتي تتمثل بالضرورة في تلك المكرّسة في النظام الدولي. ولكنه سيضم تحليلاً لممارسة المحاكم المحلية المسؤولة عن تطبيق تلك القواعد، حيث أن قراراتها تبين طبيعة فهمها لعبارة "أحكام القانون الدولي السارية". ويحلّل هذا الفرع القوانين الوطنية التي تعالج الحصانة صراحة والقوانين الأخرى التي تشير إلى الحصانة في سياق تنظيمها للولاية القضائية للدولة فيما يتعلق بالجرائم الدولية.

٤٤ - وبدءاً بالفئة الأولى، ينبغي لفت الانتباه أولاً إلى كون القوانين الوطنية التي تنظم الحصانة من الولاية القضائية قليلة جداً من حيث العدد وإلى كونها، إضافة إلى ذلك، تشير بالأساس عادة إلى حصانات الدولة. غير أن بعض القوانين تتضمن أحكاماً تتيح تطبيقها على بعض مسؤولي الدولة، لا سيما رئيس الدولة. وتشمل هذه القوانين تشريعات الولايات المتحدة (قانون الحصانات السيادية الأجنبية لعام ١٩٧٦)^(١١٥)، والمملكة المتحدة (قانون حصانة الدول لعام ١٩٧٨)^(١١٦)، وسنغافورة (قانون حصانة الدول لعام ١٩٧٩)، وباكستان (الأمر المتعلق بحصانة الدول لعام ١٩٨١)^(١١٧)، وجنوب أفريقيا (قانون حصانات الدول الأجنبية لعام ١٩٨١)، وأستراليا (قانون حصانات الدول الأجنبية لعام ١٩٨٥)^(١١٨)، وكندا (قانون حصانة الدول لعام ١٩٨٥)^(١١٩)، والأرجنتين (قانون الحصانة القضائية للدول الأجنبية في محاكم الأرجنتين لعام ١٩٩٥)^(١٢٠)، واليابان (قانون الولاية القضائية المدنية

المادة ٤-١١؛ وإسبانيا: القانون الأساسي رقم ١٩٨٥/٦ بشأن القضاء، بصيغته المعدلة بموجب القانون الأساسي رقم ٢٠١٥/١٦، المادة ٤-٢٣؛ وأوزبكستان، قانون الإجراءات الجنائية، المادة ٤. وقد أوجدت هذه الإشارة إلى قواعد القانون الدولي السارية بعض المشاكل للمحاكم المحلية في القضايا المتعلقة بالحصانة، ولهذا السبب سنّت بعض الدول قوانين داخلية بشأن الموضوع. فعلى سبيل المثال، بعد أن اتّبع إسبانيا نظاماً للإشارة إلى القانون الدولي على مدى أكثر من ٣٠ عاماً، اختارت الاستعاضة عن ذلك النظام في عام ٢٠١٥ بقانون للحصانات.

(١١٥) عُدّل تشريع الولايات المتحدة في عام ١٩٩١ بموجب قانون حماية ضحايا التعذيب لعام ١٩٩١. انظر البابين ١٦٠٥ و ١٦٠٥ ألف من مدونة قوانين الولايات المتحدة.

(١١٦) اعتمد تشريع المملكة المتحدة في ٢٠ تموز/يوليه ١٩٧٨ ولم يطرأ عليه تعديل منذ ذلك التاريخ.

(١١٧) الأمر السادس لعام ١٩٨١، المؤرخ ١٢ آذار/مارس ١٩٨١.

(١١٨) عُدّل التشريع الأسترالي في الأعوام ١٩٨٧ و ٢٠٠٩ و ٢٠١٠.

(١١٩) انظر قوانين كندا المنقحة لعام ١٩٨٥، الفصل S-18 (تم تحديثها في ٢٨ نيسان/أبريل ٢٠١٦). وعُدّل التشريع الكندي في ١٣ آذار/مارس ٢٠١٢ ليشمل استثناء في حالة الإرهاب.

(١٢٠) القانون ٢٤-٤٨٨ المؤرخ ٣١ أيار/مايو ١٩٩٥. وقد صدر القانون جزئياً في ٢٢ حزيران/يونيه ١٩٩٥، بعد الموافقة عليه في ٣١ أيار/مايو ١٩٩٥ (infoleg.mcon.gov.ar).

لليابان فيما يتعلق بالدول الأجنبية لعام ٢٠٠٩^(١٢١)، وإسبانيا (القانون الأساسي المتعلق بامتيازات وحصانات الدول الأجنبية، والمنظمات الدولية التي توجد مقارها أو مكاتبها في إسبانيا، والمؤتمرات والاجتماعات الدولية المعقودة في إسبانيا لعام ٢٠١٥)^(١٢٢).

٤٥ - وتشير أغلب هذه القوانين إلى الاستثناءات والقيود التي تخضع لها حصانات الدول بطريقتين مختلفتين، هما: (أ) "استثناء الضرر الإقليمي" في حالة إلحاق الضرر بالأشخاص أو الممتلكات في دولة المحكمة^(١٢٣)؛ و (ب) الاستثناءات من بعض فئات الإجراءات المتعلقة بالدعاوى المتصلة بالحقوق والواجبات التي يمكن تصنيفها في فئة الأنشطة الخاصة والتجارية، استباقاً أو تطبيقاً لأحكام اتفاقية عام ٢٠٠٤^(١٢٤). ومن الجدير بالذكر، من جهة أخرى، أنه بالرغم من أن جميع القوانين المذكورة تنطبق بوجه عام على الدولة، فإن بعضها فقط يشير إلى مسؤولي الدولة، حيث تقتصر على ذكر رئيس الدولة أو ممثلي الدولة الذين يتصرفون "بصفتهم الحكومية"^(١٢٥)، وهو يحد من سريانها على هؤلاء المسؤولين من حيث الموضوع.

(١٢١) القانون رقم ٢٤ المؤرخ ٢٤ نيسان/أبريل ٢٠٠٩.

(١٢٢) القانون الأساسي رقم ١٦/٢٠١٥، المؤرخ ٢٧ تشرين الأول/أكتوبر (الجريدة الرسمية، العدد ٢٥٨، الصادر في ٢٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٥).

(١٢٣) انظر القوانين التالية: الأرجنتين، المادة ٢ (هـ)؛ وأستراليا، البابان ١٣ و ٤٢ (٢)؛ وكندا، الباب ٦؛ واليابان، المادة ١٠؛ وسنغافورة، الباب ٧؛ وجنوب أفريقيا، الباب ٦؛ وإسبانيا، المادة ١١؛ والمملكة المتحدة، الباب ٥؛ والولايات المتحدة، الباب ١٦٠٥ (أ) (٥) (من باب التيسير، يُشار إلى القوانين عن طريق الإشارة إلى الدولة المعتمدة).

(١٢٤) تشير هذه الاستثناءات إلى الأفعال التالية: المعاملات التجارية، عقود العمل، والحقوق المتعلقة بملكية الأصول وحيازتها، والملكية الفكرية والصناعية، وعضوية الكيانات القانونية والهيئات الاعتبارية والمشاركة في أعمالها، والخضوع للتحكيم التجاري، والأفعال والحقوق المتعلقة بالسفن المملوكة للدولة المستخدمة لأغراض تجارية، والالتزامات المتعلقة بدفع الضرائب والرسوم، والحقوق والالتزامات المنبثقة عن الأسهم. انظر القوانين التالية: الأرجنتين، المادة ٢ (ج) و (د) و (و) و (ز) و (ح)؛ وأستراليا، الأبواب ١١ و ١٢ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠؛ وكندا، الأبواب ٥ و ٧ و ٨؛ وإسبانيا، المواد ٩ و ١٠ و ١٢-١٦؛ والولايات المتحدة، الباب ١٦٠٥ (أ) (٢)-(٤) و (٦) و (ب) و (د)؛ واليابان، المواد ٨ و ٩ و ١١-١٦؛ وباكستان، الأبواب ٥-١٢؛ والمملكة المتحدة، الأبواب ٣ و ٤ و ٦-١١؛ وسنغافورة، الأبواب ٥ و ٦-١٣؛ وجنوب أفريقيا، الأبواب ٤ و ٥ و ٧-١٢.

(١٢٥) تشير القوانين التالية بطريقة عامة إلى رئيس الدولة: أستراليا، الأبواب ٣-١، و ٣-٣ (أ) و ٣٦؛ وكندا، الباب ٢ (أ)؛ وباكستان، الباب ١٥؛ وسنغافورة، الباب ١٦ (١) (أ)؛ وجنوب أفريقيا، الباب ١ (٢) (أ)؛ والمملكة المتحدة، الباب ١٤ (أ). وثمة إشارات إلى "ممثلي الدولة عندما يتصرفون بتلك الصفة" في قوانين إسبانيا، المادة ٢ (ج) (٤)، واليابان، المادة ٢ (٤). واعتبرت محاكم الولايات المتحدة أصلاً أن مسؤولي الدولة الذين يتصرفون بصفتهم الرسمية مشمولون بقانون الحصانات السيادية الأجنبية. غير أن هذه الحصانة أصبحت، منذ صدور الحكم في قضية سامانتار (Samantar)، محكومة حصراً بقواعد القانون العام الأنكلوساكسوني. وبشأن هذه المسألة، انظر الوثيقة A/CN.4/686، الفقرة ١٠٦.

ولا يعالج حصانة بعض المسؤولين (رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية) من منظور كل من الحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية إلا القانون الإسباني لعام ٢٠١٥^(١٢٦). وأخيراً، تجدر ملاحظة أن القوانين المذكورة، بسبب مضمونها، تنظم بوجه عام الاستثناءات بطريقة تجعل صلتها بالولايات القضائية الجنائية مجرد صلة غير مباشرة. وإضافة إلى ذلك، تنص صراحةً بعض القوانين المعنية على عدم سريانها على الدعاوى الجنائية^(١٢٧).

٤٦ - وهناك ثلاثة قوانين فقط متعلقة بالحصانة تتضمن أحكاماً تشير إلى نوع آخر من الاستثناء يمت بصلة أكبر للموضوع قيد النظر. وتلك القوانين هي قانون الولايات المتحدة المتعلق بالحصانات السيادية الأجنبية، وقانون حصانة الدول الكندي، والقانون الأساسي الإسباني رقم ١٦/٢٠١٥. وينبغي أيضاً النظر في القانون الأرجنتيني ٢٤-٤٨٨، بالرغم من أنه لا يذكر صراحةً أي استثناء يتعلق بالمسائل الجنائية.

٤٧ - وبالرغم من أن قانون الولايات المتحدة المتعلق بالحصانات السيادية الأجنبية استخدم أصلاً الصيغة العامة للاستثناءات الموصوفة أعلاه، فقد عدّله قانون حماية ضحايا التعذيب، الذي أضاف البند ١٦٠٥ ألف المعنون "استثناء الإرهاب من الحصانة القضائية للدول الأجنبي"، الذي ينص على ما يلي:

"لا تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة من الولاية القضائية لمحاكم الولايات المتحدة أو محاكم الولايات في أي حالة لا تغطيها أحكام أخرى في هذا الفصل يُطلب فيها الحصول على تعويضات نقدية من الدولة الأجنبية نظير الأضرار الشخصية أو الوفاة الناجمة عن عمل من أعمال التعذيب، أو القتل خارج نطاق القانون، أو تخريب الطائرات، أو أخذ الرهائن، أو تقديم الدعم المادي أو الموارد لمثل هذا الفعل، إذا ما قام بهذا الفعل أو بتقديم هذا الدعم المادي أو هذه الموارد مسؤول أو موظف أو وكيل لتلك الدولة الأجنبية وهو يتصرف في إطار مباشرة مهام منصبه أو وظيفته أو الوكالة المسندة إليه"^(١٢٨)؛

(١٢٦) القانون الأساسي رقم ١٦/٢٠١٥ ينطبق على كل من حصانات "الدول الأجنبية وممتلكاتها" (المادة ١ أ) وحصانات "رؤساء الدول والحكومات ووزراء الخارجية خلال ممارسة وظائفهم وبعد انتهائهم" (المادة ١ ب). ويُكرّس الباب الثاني من القانون الأساسي رقم ١٦/٢٠١٥ بالكامل لمسألة "امتيازات وحصانات رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية في الدولة الأجنبية". وانظر أيضاً المادة ٢٢، الفقرة ٢.

(١٢٧) انظر القوانين التالية: كندا، الباب ١٨؛ وسنغافورة، الباب ١٩ (٢) (ب)؛ وجنوب أفريقيا، الباب ٢ (٣). ولا يسري قانون الولايات المتحدة على الولاية القضائية الجنائية.

(١٢٨) الباب ١٦٠٥ ألف، (أ) (١).

بشرط استيفاء الشروط التالية^(١٢٩):

(أ) أن يكون وزير الخارجية قد وصف الدولة الأجنبية بأنها "دولة راعية للإرهاب"؛

(ب) أن يكون المدعي أو المجني عليه من مواطني الولايات المتحدة أو عضوا في قواتها المسلحة أو موظفا حكوميا؛

(ج) أن يكون المدعي، في حالة حدوث الفعل في إقليم الدولة المدعى عليها، قد منح تلك الدولة الأجنبية فرصة معقولة للبت في الدعوى وفقا لقواعد التحكيم الدولية المقبولة.

٤٨ - وسمح هذا الاستثناء لمحاكم الولايات المتحدة برفض منح الحصانة لدولة أجنبية من الولاية القضائية في عدد من الحالات التي جرى تأكيدها في المحاكم المدنية^(١٣٠) فيما يتعلق بأفعال تُشكّل جرائم دولية بما لا يدع مجالا للشك. ومع ذلك، تجدر أيضا ملاحظة أن الاستثناء محل النظر ليس عاما في نطاقه وإنما يسري فقط فيما يتعلق بالأفعال التي تضطلع بها الدول التي وصفها رسميا وزير الخارجية بأنها راعية للإرهاب، وهو ما يجعل الاستثناء مسألة تخضع للتقدير السياسي.

٤٩ - وعُدّل قانون حصانة الدول الكندي في عام ٢٠١٢ لإضافة استثناء معنون "دعم الإرهاب"، ومدرج في البند المكرّس للضرر والأذى. وبموجب ذلك القانون، لا تتمتع الدولة المدرجة في قائمة دعم الإرهاب بالحصانة من الولاية القضائية للمحاكم الكندية فيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة ضدها لتقديمها الدعم للإرهاب أو لأنشطة إرهابية^(١٣١). ويتشابه هذا الاستثناء تماما في صيغته مع ما هو قائم في قانون الولايات المتحدة، بحيث تسري عليه أيضا الملاحظات الواردة في الفقرة السابقة.

٥٠ - واستحدث القانون الأساسي رقم ٢٠١٥/١٦، الذي اعتمد مؤخرا في إسبانيا، صيغة مختلفة للنظام الساري على الاستثناءات. فوفقا لما أشير إليه آنفا، يميّز هذا القانون بين النظام الساري على حصانة الدول والنظام الساري على رؤساء الدول ورؤساء الحكومات

(١٢٩) الباب ١٦٠٥ ألف، (٢) (ألف).

(١٣٠) انظر الباب دال أدناه.

(١٣١) انظر الباب ١-٦ (١) و (١١). وفيما يتعلق بالإجراء المتعلق بإدراج دولة ما في قائمة دعم الإرهاب، انظر الباب ١-٦ (٢) و (٣)-(١٠)، والباب ١١ (٣)، والباب ١٣ (٢).

وزراء الخارجية، سواء فيما يتعلق بالحصانة الشخصية^(١٣٢) أو الحصانة الموضوعية^(١٣٣). وفي هذه الحالة الأخيرة، يستحدث القانون استثناءً يقوم على أساس الجرائم الدولية، حيث ينص على أنه حتى فيما يتعلق بـ ”الأعمال التي يقوم بها المسؤولون في أثناء شغلهم لمناصبهم في سياق ممارستهم لمهامهم الرسمية (...) تستثنى من الحصانة جرائم الإبادة الجماعية، والاختفاء القسري، وجرائم الحرب، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية“^(١٣٤). وهذا استثناء عام لا يفرض أي شروط إضافية، لكنه يسري حصرياً في إطار الحصانة الموضوعية.

٥١ - ويُكمل هذا الاستثناء حكمٌ ذو نطاق عام، تحت عنوان ”الجرائم الدولية“، ينص على ما يلي:

”لا تؤثر أحكام هذا الباب على الالتزامات الدولية المنوطة بإسبانيا فيما يتعلق بالمقاضاة عن الجرائم الدولية، أو على التزاماتها أمام المحكمة الجنائية الدولية“^(١٣٥).

ولهذا الحكم دلالة تختلف عن الاستثناء المذكور سلفاً، حيث إنه يسري على كل من الحصانة الموضوعية والحصانة الشخصية. غير أن نطاقه أكثر محدودية، إذ أنه يتصل فقط بالحالات التي تكون فيها إسبانيا ملزمة بموجب قاعدة دولية بمقاضاة شخص على ارتكاب جرائم دولية، وبالتدابير التي تتخذها المحاكم الإسبانية رداً على طلب تعاون مقدّم من المحكمة الجنائية الدولية^(١٣٦).

٥٢ - وأخيراً، يشتمل القانون ٤٨٨ ٢٤ الذي اعتمده كونغرس الأرجنتين على المادة ٣ التالية:

(١٣٢) انظر المادة ٢٢.

(١٣٣) انظر المواد ٢٣-٢٥.

(١٣٤) المادة ٢٣، آخر الفقرة ١.

(١٣٥) المادة ٢٩.

(١٣٦) أُدرج هذا الاستثناء بناءً على طلب المجلس العام للسلطة القضائية ومجلس الادعاء العام (وهما الهيئتان المسؤولتان عن القضاة والمدعين العامين) من أجل كفالة أن تتمكن إسبانيا، بالرغم من اعترافها بالحصانات ذات الصلة، من الوفاء بالتزاماتها الدولية النابعة من قواعد القانون الجنائي الدولي وكفالة قدرتها، على وجه الخصوص، على الامتثال لطلبات التعاون المقدمة لها من المحاكم الجنائية الدولية. ومن المهم إدراك أن هذا الحكم يتعين أن يُقرأ في ضوء الحكم الختامي السادس للقانون الأساسي الذي ينص على أنه ”في حالة التضارب المعباري بين هذا القانون الأساسي وأحكام معاهدة دولية تكون مملكة إسبانيا طرفاً فيها، تكون الأفضلية للمعاهدة الدولية“.

”إذا قُدمت شكوى أمام المحاكم الأرجنتينية ضد دولة أجنبية، يدّعي فيها وقوع انتهاك للقانون الدولي لحقوق الإنسان، تكتفي المحكمة المعنية بإرشاد الشاكي إلى هوية هيئة الحماية الدولية في الدائرة الإقليمية أو العالمية التي يكون لها اختصاص نظر الشكوى، عند الاقتضاء. وإضافة إلى ذلك، تقدم المحكمة نسخة من الشكوى إلى وزارة الخارجية والتجارة الدولية وشؤون العبادة بحيث تحاط علما بالطلب وتتمكن من اتخاذ أي تدابير مناسبة في إطار النظام الدولي“.

٥٣ - غير أن هذه المادة حُذفت (”روعت“) حينما صدر القانون بموجب المرسوم ٩٥/٨٤٩، ولذا فهي ليست جزءاً منه^(١٣٧). وللحجة المطروحة في المرسوم بشأن حذف المادة ٣ أهميتها فيما يتصل بتحليل الاستثناءات، وذلك لسببين: (أ) إنها تذكر أن انتهاكات حقوق الإنسان تُشكّل بوجه عام أعمالاً منغذة في إطار ممارسة السلطة^(١٣٨)؛ و (ب) إنها تلاحظ أن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (التي لهما مركز دستوري في الأرجنتين) تشير إلى ”الجرائم التي قد تفضي إلى المسؤولية المدنية“ وأنه ”يبدو من غير المناسب الحرمان من اللجوء إلى العدالة من أجل الإلزام بالامتثال لهذا الشرط“^(١٣٩). ولذا، فبالرغم من أن القانون رقم ٢٤-٤٨٨ لا يتضمن استثناءً صريحاً بشأن الجرائم الدولية، فإن تفسيره في ضوء المرسوم ٩٥/٨٤٩، الذي يأمر بإصداره جزئياً، يفضي إلى استنتاج أن محاكم الأرجنتين ستكون مختصة بنظر الشكاوى المرفوعة ضد دولة أجنبية بسبب انتهاكها للقانون الدولي لحقوق الإنسان.

٥٤ - ومن بين القوانين الداخلية التي تنظم مسألة الجرائم الدولية، يجدر في البداية ذكر قانون قمع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، الذي اعتمدته بلجيكا في عام ١٩٩٣ وجرى تعديله في عامي ١٩٩٩ و ٢٠٠٣. ولهذا القانون تاريخ لافت، يتعلق إلى حد كبير بقضية مذكرة التوقيف المؤرخ ١١ نيسان/أبريل ٢٠٠٠^(١٤٠). ونصت صيغة عام ١٩٩٩ على أن ”الحصانة المرتبطة بالمركز الرسمي للشخص لا تحول دون تطبيق القانون

(١٣٧) انظر المادة ١ من المرسوم المذكور أعلاه. ويمكن الاطلاع على المرسوم رقم ٩٥/٨٤٩ المؤرخ ٢٢ حزيران/يونيه ١٩٩٥، الذي اعتمدته مجلس الحكومة، على الرابط infoleg.mecon.gov.ar.

(١٣٨) انظر الفقرة الثانية من ديباجة المرسوم.

(١٣٩) انظر الفقرة الثالثة من ديباجة المرسوم.

(١٤٠) Democratic Republic of the Congo v. Belgium, I.C.J. Reports 2002, p. 46. وانظر أيضاً ICJ Summaries 1997-2002, p. 153.

(...)“، ولكن بعد التعديل الذي أُدخل في عام ٢٠٠٣ عُدِّل هذا النص بعبارة ”في إطار الحدود المقررة في القانون الدولي“^(١٤١). وعلاوة على ذلك، فإن المادة ١٣ من القانون تضع حدوداً على نطاق هذا الحكم من خلال النص على ما يلي:

”وفقاً للقانون الدولي، لا يجوز ممارسة الولاية القضائية فيما يتعلق بالفئات التالية: ‘١’ رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية، خلال فترة أدائهم لمهام مناصبهم، وكذلك الأشخاص الآخرون المتمتعون بالحصانة المعترف بها في القانون الدولي؛ ‘٢’ الأشخاص المتمتعون بحصانة كاملة أو جزئية بموجب معاهدة ملزمة لبلجيكا“.

وبالتالي، فإن القانون البلجيكي يعترف بالحصانة الشخصية المطلقة لكنه لا يعالج الحصانة الموضوعية، وقد تم تفسير ذلك بأنه اعتراف ضمني بإمكانية أن تطبق على تلك الحصانة استثناءات تتصل بالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والإبادة الجماعية.

٥٥ - وفي هولندا، يستخدم قانون الجرائم الدولية لعام ٢٠٠٣ صياغة مماثلة، حيث ينص في البند ١٦ منه على أن ”الملاحقة الجنائية على جريمة من الجرائم المشار إليها في هذا القانون لا تجوز فيما يتعلق بالأشخاص التاليين: (أ) رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية الأجانب، ما داموا متقلدين لمناصبهم، والأشخاص الآخرون ما دامت حصانتهم معترفاً بها بموجب القانون الدولي العرفي؛ (ب) الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة بموجب أي اتفاقية تسري داخل مملكة هولندا“. وبالتالي، فإن التشريع الهولندي يعترف بحصانة أعضاء هذه الفئة ”الثلاثية“ أثناء تقلدهم لمناصبهم، بما يشمل الجرائم الدولية. ولكن بعد انتهاء فترة توليهم المنصب، لا تنطبق عليهم الحصانة إلا فيما يتعلق بالأعمال المنفذة بصفة رسمية، وهو ما لا يشمل، وفقاً للمعلومات التي قدمتها حكومة هولندا، الجرائم الدولية^(١٤٢).

٥٦ - ويُتبع النهج المعاكس في القانون الجنائي لجمهورية النيجر، المعدل في عام ٢٠٠٣، الذي ينص صراحة على أن ”الحصانة المرتبطة بالمركز الرسمي للشخص لا تعفيه من الملاحقة [الجنائية] على جرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية“^(١٤٣).

(١٤١) انظر قانون تعديل قانون قمع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، المؤرخ ١٦ حزيران/يونيه ١٩٩٣، والمادة ١٤٤ مكرراً من القانون القضائي. والنص المقتبس أعلاه يرد في المادة ٥-٣ من قانون قمع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

(١٤٢) تعليقات هولندا رداً على أسئلة اللجنة (٢٠ نيسان/أبريل ٢٠١٦).

(١٤٣) المادة ٢٠٨-٧. وينبغي قراءة هذه المادة بالاقتران مع الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨-٢، التي تُنشئ ولاية قضائية عالمية تمنح الاختصاص لمحاكم النيجر حتى لو كانت الجرائم قد ارتكبت في الخارج.

٥٧ - وأخيراً، نُظِّمَت مسألة الحصانة في قوانين عدة مصمَّمة لكي تُدرج الأحكام الواردة في نظام روما الأساسي في التشريع الداخلي وتطوَّرها، سواء من حيث المضمون أو من حيث الاختصاص والإجراءات. وهذه القوانين هي ما يُشار إليه باسم "القوانين التنفيذية"، وهي مهمة بلا شك لأغراض هذا التقرير. وقد عالجَت هذه "القوانين التنفيذية" مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من منظورين مختلفين، هما: (أ) تحديد نظام عام للاستثناء من الحصانة؛ و (ب) تحديد نظام للاستثناء من الحصانة فيما يتعلق فقط بالالتزام العام للدول الأطراف بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية.

٥٨ - ويتجسد النهج الأول في القوانين التي اعتمدها أيرلندا وبوركينا فاسو وجزر القمر وجنوب أفريقيا وموريشيوس^(١٤٤). فبموجب هذه القوانين، يعترف القانون الداخلي بأنه لا يمكن بوجه عام الاحتجاج بالحصانة ضد ممارسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية فيما يتعلق بالجرائم المدرجة ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ولا سيما جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب.

٥٩ - ويحصر النهج الثاني مسألة تطبيق الحصانة في القضايا التي يتعين فيها ممارسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية من أجل كفالة شكل ما من التعاون مع المحكمة، لا سيما فيما يتعلق

(١٤٤) انظر بوركينا فاسو: القانون رقم ٥٠ لعام ٢٠٠٩ بشأن تحديد الاختصاص والإجراءات فيما يتعلق بتطبيق محاكم بوركينا فاسو لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المادتان ٧ و ١٥-١ (الذي ينص على أنه يجوز لمحاكم بوركينا فاسو أن تمارس الولاية القضائية فيما يتعلق بالأشخاص الذين ارتكبوا جريمة تدرج ضمن اختصاص المحكمة، حتى في الحالات التي تكون فيها الجريمة قد ارتُكبت في الخارج، بشرط وجود المشتبه به في إقليمها. وإضافة إلى ذلك، لا يشكل المركز الرسمي أساساً للاستثناء أو للحد من المسؤولية)؛ وجزر القمر، القانون رقم ١١-٢٢ المؤرخ ١٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١ بشأن تطبيق نظام روما الأساسي، المادة ٧-٢ ("لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة المقرنة بموجب القانون أو القانون الدولي بالمركز الرسمي للشخص دون قيام المحاكم الوطنية بممارسة اختصاصها إزاء ذلك الشخص فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون")؛ وأيرلندا: قانون المحكمة الجنائية الدولية لعام ٢٠٠٦، المادة ٦١-١ ("وفقاً للمادة ٢٧، لا تحول أي حصانة دبلوماسية أو حصانة للدول مقرنة بالشخص بسبب صلته بدولة طرف في النظام الأساسي دون تحريك الدعوى بموجب هذا القانون فيما يتعلق بذلك الشخص")؛ وموريشيوس: قانون المحكمة الجنائية الدولية لعام ٢٠٠١، المادة ٤؛ وجنوب أفريقيا: القانون رقم ٢٧ المؤرخ ١٨ تموز/يوليه ٢٠٠٢ والمنفذ لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المادة ٤ (٢) (أ) '١' والمادة ٤ (٣) (ج)، الذي ينص على أن محاكم جنوب أفريقيا لديها اختصاص الملاحقة على جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب حينما يكون الشخص الذي يفترض أنه ارتكب الجريمة في جنوب أفريقيا، وعلى عدم الاعتداد بأي مركز رسمي يحتج به المتهم. ويضاف إلى ذلك أن هذا الاستثناء من الحصانة يسري "رغم أي قانون آخر مخالف، بما في ذلك القانون الدولي العرفي والتعاهدي". وقد أصدرت المحكمة العليا بجنوب أفريقيا حكمها بشأن هذه المسألة في ١٥ آذار/مارس ٢٠١٦ فيما يتصل بأمر القبض الصادر بحق الرئيس البشير، الذي لم ينفذ.

بإلقاء القبض على الأشخاص وتسليمهم للمحكمة. ويتجلى هذا النهج الثاني في القوانين المعتمدة في ألمانيا وأوغندا وسويسرا وفرنسا وكندا وكينيا والنرويج ونيوزيلندا، التي لا تأخذ الحصانة في الاعتبار أو لا تعتد بالمركز الرسمي كأساس لعدم الامتثال لأمر التسليم^(١٤٥). أما القوانين المعتمدة في أيرلندا وأيسلندا وساموا ومالطة والمملكة المتحدة، فلا تعالج سوى عدم الاعتداد بالحصانة وبالمركز الرسمي فيما يتعلق بمواطني الدول الأطراف في نظام روما الأساسي، حيث تنشئ نظاما للمشاورات مع المحكمة في حالة مواطني الدول غير الأطراف^(١٤٦). وأخيرا، فإن القوانين المعتمدة في الأرجنتين وأستراليا وليختنشتاين والنمسا لا تنص على عدم سريان الحصانة في جميع الحالات، حيث تستخدم نظاما للتشاور مع المحكمة بغية تسوية أي خلاف قد ينشأ نتيجة للتطبيق المشترك للمادة ٢٧ والفقرة ١ من المادة ٩٨ من نظام روما الأساسي^(١٤٧). وعلى أي حال، فإن عدم سريان الحصانة لأغراض كفالة التعاون مع المحكمة منصوص عليه أيضا في بعض القوانين التنفيذية التي تتبع النهج الأول، مثلما هو الحال بالنسبة لبوركينا فاسو وجنوب أفريقيا^(١٤٨).

(١٤٥) انظر كندا: قانون تسليم المجرمين لعام ١٩٩٩، المادة ١٨؛ وفرنسا: قانون الإجراءات الجنائية (موجب القانون رقم ٢٠٠٢-٢٦٨ المؤرخ ٢٦ شباط/فبراير ٢٠٠٢)، المادة ٦٢٧-٨؛ وألمانيا: قانون إنشاء المحاكم، المادتان ٢٠-١ و ٢١؛ وكينيا: القانون رقم ١٦ لعام ٢٠٠٨ بشأن الجرائم الدولية، المادة ٢٧؛ ونيوزيلندا: قانون الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية لعام ٢٠٠٠، المادة ٣١-١؛ والنرويج: القانون رقم ٦٥ المؤرخ ١٥ حزيران/يونيه ٢٠٠١ بشأن تنفيذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤرخ ١٧ تموز/يوليه ١٩٩٨ (نظام روما الأساسي) في القانون النرويجي، المادة ٢؛ وسويسرا: القانون المتعلق بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، المادة ٦؛ وأوغندا: القانون رقم ١٨ لعام ٢٠٠٦ المتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية، المادة ٢٥-١ (أ) و (ب).

(١٤٦) انظر أيسلندا: قانون المحكمة الجنائية الدولية لعام ٢٠٠٣، المادة ٢٠-١؛ وأيرلندا: قانون المحكمة الجنائية الدولية رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٦، المادة ٦-١؛ ومالطة، قانون تسليم المجرمين، المادة ٢٦ قاف؛ وساموا: القانون رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ بشأن المحكمة الجنائية الدولية، المادتان ٣٢-١ و ٤١.

(١٤٧) انظر الأرجنتين: القانون ٢٦٢٠٠ بشأن تنفيذ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعتمد بموجب القانون رقم ٢٥٣٩٠ الذي تم التصديق إليه في ٢٦ كانون الثاني/يناير ٢٠٠١، المادتان ٤٠ و ٤١؛ وأستراليا: قانون المحكمة الجنائية الدولية رقم ٤١ المؤرخ ١٣ آب/أغسطس ٢٠٠٢، المادة ١٢-٤؛ والنمسا: القانون الاتحادي رقم ١٣٥ المؤرخ ١٣ آب/أغسطس ٢٠٠٢ بشأن المحكمة الجنائية الدولية، المادتان ٩-١ و ٩-٣؛ وليختنشتاين: القانون المؤرخ ٢٠ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤ بشأن التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وغيرها من المحاكم الدولية، المادة ١٠-١ (ب) و (ج). وتمثل الدانمرك حالة خاصة: فقانونها المؤرخ ١٦ أيار/مايو ٢٠٠١ بشأن المحكمة الجنائية الدولية (المادة ٢) يشير إلى قرار تسوية المسائل المتصلة بالحصانة التنفيذية دون تحديد نظام يعينه للمشاورات.

(١٤٨) انظر بوركينا فاسو: القانون رقم ٥٠ لعام ٢٠٠٩، المادة ٣٩-٢؛ وجنوب أفريقيا: القانون رقم ٢٧ لعام ٢٠٠٢، المادتان ١٠-٥ و ١٠-٩.

جيم - الممارسة القضائية الدولية

٦٠ - تم تناول مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، والمحكمة الخاصة لسيراليون والمحكمة الجنائية الدولية.

١ - محكمة العدل الدولية

٦١ - في قضية مذكرة التوقيف، كان رأي محكمة العدل الدولية قاطعاً بشأن الطابع الكامل للحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية التي يتمتع بها وزير خارجية جمهورية الكونغو الديمقراطية:

”طيلة مدة تولي [وزير الخارجية] لهذا المنصب، يتمتع بكامل الحصانة من الولاية القضائية الجنائية وبكامل الحرمة حينما يكون خارج بلده“^(١٤٩).

وتستند هذه الحصانة إلى المهام التي يضطلع بها وزير الخارجية في العلاقات الدولية. ولحماية تلك المهام، تشمل الحصانة جميع الأفعال التي يقوم بها الوزير، سواء بصفة رسمية أو بصفة خاصة^(١٥٠). وخلصت المحكمة أيضاً إلى أنه لا يمكنها أن تجزم بوجود استثناء من هذه الحصانة في القانون الدولي المعاصر، ولو في الحالات التي تشكل فيها الأفعال المذكورة جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية. وهي ترى أن هذا الاستثناء لا يمكن استنتاجه من ممارسات الدول^(١٥١) أو من صكوك إنشاء المحاكم الجنائية الدولية^(١٥٢).

(١٤٩) انظر *I.C.J Reports*, 2002, p. 22, para. 54.

(١٥٠) المرجع نفسه. للاطلاع على وصف تلك المهام، انظر المرجع نفسه، الصفحتان ٢١ و ٢٢، الفقرة ٥٣. وقد كانت المحكمة واضحة بصورة خاصة في وصف البعد الوظيفي لتلك الحصانة: ”علاوة على ذلك، فإن مجرد خطر أن يُعرض وزير الخارجية نفسه لإجراءات قانونية بالسفر إلى دولة أخرى أو عبورها يمكن أن يردعه عن السفر الدولي عندما يلزمه القيام بذلك لأغراض أداء مهامه الرسمية“ (المرجع نفسه، الصفحة ٢٢، الفقرة ٥٥).

(١٥١) بعد الاطلاع على القوانين الوطنية ذات الصلة وعلى بعض قرارات المحاكم العليا الوطنية، ذكرت المحكمة أنها لا تستطيع أن تستدل ”على أن القانون الدولي العرفي يتضمن أي شكل من أشكال الاستثناء من القاعدة التي تمنح الحرمة والحصانة من الولاية القضائية الجنائية لشاغلي منصب وزير الخارجية عندما يُشتبه في ارتكابهم جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية“ (المرجع نفسه، الصفحة ٢٤، الفقرة ٥٨، الفقرة الفرعية الأولى).

(١٥٢) المرجع نفسه، الفقرتان الفرعيتان الثانية والثالثة.

٦٢ - ومع ذلك، حاولت المحكمة أن تحافظ على مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية المكرس في القانون الدولي المعاصر، الذي ترى المحكمة أنه لا يتأثر بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية. واستخدمت المحكمة حجتين تكمل كل منهما الأخرى لهذه الغاية، وهما التمييز بين الحصانة والولاية القضائية من جهة، والتمييز بين الحصانة والإفلات من العقاب من جهة أخرى.

٦٣ - وفيما يتعلق بالحجة الأولى، قالت المحكمة إن "الولاية القضائية لا تعني عدم وجود حصانة، بينما لا يعني غياب الحصانة وجود ولاية قضائية"، وإنه حتى في الحالات التي تفرض فيها اتفاقيات معينة على الدول الالتزام بمقاضاة أو تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، لا يكون لمنح الولاية القضائية بهذا الشكل "تأثير بأي حال من الأحوال على الحصانات الممنوحة بموجب القانون الدولي العرفي، بما فيها حصانات وزراء الخارجية"، التي "يظل الاحتجاج بها ممكناً أمام محاكم الدولة الأجنبية"^(١٥٣).

٦٤ - وتكتسي الحجة المتعلقة بالتمييز بين الحصانة والإفلات من العقاب أهمية أكبر لأغراض هذا التقرير. وفي هذا الصدد، لاحظت المحكمة أن

"الحصانة من الولاية القضائية التي يتمتع بها وزراء الخارجية أثناء شغل مناصبهم لا تعني أنهم يتمتعون بالإفلات من العقاب إذا ما ارتكبوا أية جريمة، بغض النظر عن خطورتها. فالحصانة من الولاية القضائية الجنائية والمسؤولية الجنائية الفردية مفهومان منفصلان تماماً. وفي حين أن الحصانة من الولاية القضائية هي ذات طبيعة إجرائية، فإن المسؤولية الجنائية هي إحدى مسائل القانون الموضوعي. ويجوز تماماً للحصانة من الولاية القضائية أن تحول دون المحاكمة بعض الوقت أو عن بعض الجرائم، لكن لا يمكنها إعفاء الشخص الذي تنطبق عليه من المسؤولية الجنائية بأكملها"^(١٥٤).

٦٥ - وبغية تعزيز هذه الحجة، أشارت المحكمة إلى وجود نموذج بديل للاستدلال على المسؤولية الجنائية التي تقع على عاتق الفرد، ووصفته على النحو التالي:

"أولاً، لا يتمتع هؤلاء الأشخاص بأي حصانة جنائية بموجب القانون الدولي في بلدانهم، وبالتالي يمكن مقاضاتهم أمام محاكم تلك البلدان وفقاً للقواعد ذات الصلة من القانون المحلي.

(١٥٣) المرجع نفسه، الصفحتان ٢٤ و ٢٥، الفقرة ٥٩.

(١٥٤) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥، الفقرة ٦٠.

وثانيا، ينتهي تمتعهم بالحصانة من الولاية القضائية الأجنبية إذا قررت الدولة التي يمثلونها أو كانوا يمثلونها رفع تلك الحصانة.

وثالثا، عندما تنتهي فترة تولي الشخص لمنصب وزير الخارجية، ينتهي تمتعه بجميع الحصانات التي يمنحها القانون الدولي في الدول الأخرى. ويجوز لمحكمة في دولة ما أن تحاكم وزير خارجية سابق لدولة أخرى عن الأعمال التي ارتكبها قبل فترة توليه منصبه أو بعدها، وكذلك عن الأعمال التي ارتكبها بصفته الشخصية خلال تلك الفترة، شريطة أن تكون للمحكمة ولاية قضائية بموجب القانون الدولي. ورابعا، يجوز أن يخضع وزير الخارجية الحالي أو السابق لإجراءات جنائية أمام محاكم جنائية دولية معينة إذا كان لها الاختصاص^(١٥٥).

٦٦ - وبهذه الحجج، حددت المحكمة نموذجا للحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لوزراء الخارجية، أصبح النقطة المرجعية في هذا المجال، ويتمحور حول أربع أفكار أساسية هي:

(أ) تشمل الحصانة المطلقة جميع الأفعال التي يقوم بها وزير الخارجية خلال فترة ولايته؛

(ب) لا توجد أي استثناءات من تلك الحصانة؛

(ج) الحصانة "مانع إجرائي" من ممارسة الولاية القضائية وليس مانعا موضوعيا من الاستدلال على المسؤولية الجنائية الدولية، بما فيها المسؤولية عن الأفعال التي قد تشكل جرائم دولية؛

(د) تُحفظ المسؤولية الجنائية الفردية باللجوء إلى سبل الانتصاف الأخرى التي تختلف عن ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

٦٧ - وعلى أي حال، لا بد من الإشارة إلى أنه على الرغم من أن الحكم في قضية مذكرة التوقيف يُستشهد به عادة باعتباره نقطة مرجعية في نظام الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لجميع مسؤولي الدولة، فإن نطاق استنتاجات المحكمة بشأن هذه المسألة محدود. فعلى سبيل المثال، وكما ذكرت المحكمة نفسها في نص الحكم، "لأغراض هذه القضية، (...) لا يتعين على المحكمة أن تنظر إلا في حصانة وزير الخارجية الحالي من الولاية

(١٥٥) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥، الفقرة ٦١.

القضائية الجنائية وحرمة منصبه^(١٥٦)، ولم تذهب المحكمة إلى أبعد من ذلك. وبالتالي فإن جواب المحكمة يدخل في نطاق الحصانة الشخصية، إذ لا يمكن أن نستنتج أن النموذج المذكور ينبغي أن ينطبق تلقائياً على مسؤولي الدولة الآخرين، الذين يبدو أن المحكمة تُقر أنهم يندرجون في نظام قانوني مختلف. وعلى أي حال، فإن رأي المحكمة في هذا الموضوع رأي جازم، فهي ترى أن: وزير الخارجية لا يخضع لأي استثناءات من الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الدولية (ومن ثم، لا يخضع لأي استثناءات من الحصانة الشخصية)، ولو تعلق الأمر بجرائم خطيرة مثل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.

٦٨ - وعلى الرغم من أن الحكم حظي بموافقة أغلبية كبيرة، تجدر الإشارة إلى أن آراء عدد من القضاة بشأن القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة اختلفت في تفاصيلها الدقيقة، بل منها ما خالف الحكم. وفي هذا الصدد، وعلى الرغم من أن القضاة هيغز وكويمانس وبورغنتال أيدوا رأي المحكمة القائل بعدم وجود استثناءات يمكن أن تنطبق على الحصانة في القضية قيد النظر، فإنهم أثاروا الانتباه إلى الادعاء المتكرر في المؤلفات، الذي مفاده أن "الجرائم الدولية الخطيرة لا يمكن اعتبارها أعمالاً رسمية، إذ أنها ليست من الوظائف العادية للدولة ولا من الوظائف التي يمكن للدولة وحدها (وليس الفرد) أن تؤديها"^(١٥٧). وأشاروا أيضاً إلى ضرورة تفسير الحصانة تفسيراً متوازناً يراعي ضرورة حماية مبدأ المساواة في السيادة ومتطلبات العلاقات الدولية من جهة، وضرورة كفالة ألا يحول هذا المبدأ دون مكافحة الإفلات من العقاب من جهة أخرى. وفي هذا الصدد، لاحظ هؤلاء القضاة تزايد الاعتراف بفكرة أن "عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة من العقاب يؤثر على الحصانات التي يتمتع بها كبار شخصيات الدولة بموجب القانون العرفي التقليدي"^(١٥٨). وفي رأي هؤلاء القضاة الثلاثة، لا تكتسي الحصانة أبداً طابعاً موضوعياً، "فقد نشأ عنها الميل، في حالة الجرائم الدولية، إلى عدم منح الحصانة الإجرائية من الولاية القضائية إلا خلال الفترة التي يشغل فيها مسؤول الدولة المشتبه فيه منصبه"^(١٥٩). وتجدر الإشارة إلى أن القضاة الثلاثة أعربوا أيضاً عن شكوك بشأن جدوى سبل الانتصاف البديلة التي أشارت إليها المحكمة في نص حكمها^(١٦٠).

(١٥٦) المرجع نفسه، الصفحة ٢١، آخر الفقرة ٥١.

(١٥٧) انظر الرأي المستقل الذي اشترك فيه القضاة هيغز وكويمانس وبورغنتال، الصفحة ٨٨، الفقرة ٨٥.

(١٥٨) المرجع نفسه، الصفحة ٧٨، الفقرة ٥١، الفقرة الفرعية الثانية.

(١٥٩) المرجع نفسه، الصفحة ٨٥، الفقرة ٧٤. انظر أيضاً الفقرة ٧٥.

(١٦٠) المرجع نفسه، الصفحة ٨٦، الفقرة ٧٨.

٦٩ - والموقف الذي اتخذته القاضى الحصانة في رأيه المخالف موقف أكثر إقناعاً. فهو يرى أن حصانة وزير الخارجية من الولاية القضائية الجنائية الدولية يجب أن تظل مقصورة على الأعمال التي يقوم بها بصفة رسمية، بل والأهم من ذلك لأغراض هذا التقرير، أن تلك الحصانة لا يمكن تحت أي ظرف من الظروف أن تنطبق على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية. وفي رأيه، لا يبدو أن من المعقول الإقرار بأن حصانة الدولة خضعت تدريجياً لقيود تستبعد منها الأعمال ذات الطابع التجاري أو الإداري، ومع ذلك، ينبغي الحفاظ على حصانة وزير الخارجية إذا ارتكب جريمة دولية، ولا سيما في وقت تكتسي فيه مكافحة الجرائم الخطيرة طابع القواعد الآمرة^(١٦١).

٧٠ - وختاماً، لم تقتصر القاضية المخصصة فان دين واينغارت على نفي تمتع وزراء الخارجية بالحصانة الشخصية، بل عرضت أيضاً ضمن حججها عناصر جديدة يمكن تلخيصها فيما يلي: (أ) من شأن منح الحصانة الشخصية لوزير الخارجية "أن يزيد بقدر كبير عدد الأشخاص المتمتعين بالحصانة الدولية من الولاية القضائية، وقد يفتح هذا الباب أمام إمكانية إساءة استعمالها. فقد تُعين الحكومات السيئة النية أشخاصاً يشتبه في ارتكابهم انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان في مناصب وزارية لحماية حمايتهم من الملاحقة القضائية في دول ثالثة"^(١٦٢)، و "قد يواجه ضحايا تلك الانتهاكات الذين يشترعون في إجراءات قانونية ضد أولئك الأشخاص في دول ثالثة عقبة الحصانة من الولاية القضائية (...) بل يمكن أن يؤدي ذلك إلى التعارض مع القواعد الدولية لحقوق الإنسان"^(١٦٣)؛ (ب) هناك "اتجاه عام نحو تقييد حصانة مسؤولي الدول (بمن فيهم رؤساء الدول)، لا في مجال القانون الخاص والقانون التجاري فحسب، حيث تزايدت القيود على مبدأ لا سيادة للند على نده ونزع عنه الغموض المحيط به، ولكن أيضاً في مجال القانون الجنائي، عندما تكون هناك مزاعم بارتكاب جرائم دولية خطيرة"^(١٦٤)؛ (ج) لا يتوافق النموذج البديل الذي من شأنه، حسب ما ورد في الحكم، أن يساعد على الحد من المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم الدولية الواقعة على

(١٦١) انظر الرأي المخالف للقاضي الحصانة، لا سيما الصفحة ٩٨، الفقرة ٧.

(١٦٢) انظر الرأي المخالف للقاضية المخصصة فان دين واينغارت، الصفحة ١٥٠، آخر الفقرة ٢١.

(١٦٣) المرجع نفسه، الصفحة ١٥٠، الفقرة ٢٢.

(١٦٤) المرجع نفسه، الصفحة ١٥١، الفقرة ٢٣.

عاتق وزير الخارجية، مع واقع ممارستنا الدولية ولا مع الطبيعة المحدودة لاختصاصات المحاكم الجنائية الدولية^(١٦٥).

٧١ - وفي القضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة المتبادلة في المجال الجنائي، أشارت محكمة العدل الدولية أيضا إلى القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، مكررة ما قالته في قضية مذكرة التوقيف:

”رئيس الدولة يتمتع على وجه الخصوص ‘بالحصانة والحرمة الكاملتين‘، مما يحمي من أي عمل من أعمال السلطة في دولة أخرى، يكون من شأنه أن يحول دون أدائه لواجباته“^(١٦٦).

وعلى أي حال، لم يرد هذا التأكيد إلا فيما يتعلق بالحصانة الشخصية التي يتمتع بها رئيس حيوتي. لكن الحكم، بعدم تناوله لمسألة الحصانة التي طالب بها المدعي العام للجمهورية ورئيس الأمن الوطني، لم يشكل مرجعا قاطعا فيما يتعلق بالقيود والاستثناءات التي كان يمكن ادعاؤها في كلتا الحالتين.

٧٢ - وختاما، في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالمحاكمة أو التسليم، لم تُقَلَّ المحكمة كلمتها في مسألة الحصانات لأن تشاد أبلغت المحكمة أنها رفعت الحصانة عن السيد حسين حبري^(١٦٧). ومع ذلك، ولأغراض هذا التقرير، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة شددت في حكمها على أن ”حظر التعذيب جزء من القانون الدولي العرفي وقد أصبح قاعدة آمرة“^(١٦٨). ومن المهم أيضا الإشارة إلى أن المحكمة ترى أن الغرض من نظام الرقابة الذي أنشأته اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية

(١٦٥) المرجع نفسه، الصفحات ١٥٣-١٥٩، الفقرات ٣٤-٣٨؛ وأعرب القضاة هيغز وكومانس وبورغنتال عن رأي مماثل في الرأي المستقل الذي اشتركوا فيه، المرجع نفسه، الصفحة ٨٦، الفقرة ٧٨.

(١٦٦) *Djibouti v. France*, judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 236, para. 170.

(١٦٧) *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, (Belgium v. Senegal)*, judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. لم يُشِرْ إلى موضوع الحصانة إلا القاضي المخصص سور، إذ ذكر في رأيه المخالف أن ”اتفاقية مناهضة التعذيب، على خلاف نظام روما الأساسي على سبيل المثال، لا تنص على أن حصانة السلطات العامة غير قابلة للإنفاذ في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم المحلية“ (المرجع نفسه، الصفحة ٦٢٠، الفقرة ٥٤). غير أن ذلك الموضوع لم يكن معروضا على المحكمة.

(١٦٨) المرجع نفسه، الصفحة ٤٥٧، الفقرة ٩٩. وتمسك بعض القضاة في آرائهم المستقلة أو المخالفة بذلك الموقف فيما يتعلق بحظر التعذيب. فالقاضية شوي مثلا وصفت صراحة ”حظر التعذيب بالقاعدة الآمرة“ في رأيها المخالف (الصفحة ٥٧٥، الفقرة ١٧)، إذ خلصت إلى أن ”القاعدة الآمرة، بحكم طبيعتها، لا تعلق تلقائيا على انطباق هذه القواعد الإجرائية“ (المرجع نفسه).

أو المهينة هو ” (...). منع الأشخاص الذين يزعم أنهم ارتكبوا أعمال تعذيب من الإفلات من العقاب، عن طريق ضمان عدم حصولهم على ملاذ في أية دولة طرف“^(١٦٩). وبذلك تكون المحكمة قد قدمت الحجة القائلة بأن مكافحة الإفلات من العقاب هي أحد الأهداف التي ينشدها المجتمع الدولي^(١٧٠).

٧٣ - وفي حين أن المحكمة تناولت في الأحكام الوارد تحليلها أعلاه الأساس الذي يمكن للدولة أن تستند إليه عندما تدعي أنها تمارس الولاية القضائية على الفرد (مسؤول الدولة)، فإن المسألة المطروحة في قضية الحصانات القضائية للدولة مسألة مختلفة. فما كان معروضا على المحكمة في تلك القضية لم يكن حصانة مسؤول رفيع المستوى، بل كان حصانة الدولة بالمعنى الضيق. ومع ذلك، فإن بعض المسائل التي تم تناولها في تلك القضية تكتسي أهمية بالغة بالنسبة لمؤسسة الحصانة من الناحية النظرية، وخاصة الطابع الإجرائي للحصانة، والعلاقة بين الحصانة وممارسة الولاية القضائية، والعلاقة بين الحصانة والمسؤولية. ومن ناحية أخرى، تناولت المحكمة فعلا اثنين من الاستثناءات الممكنة من الحصانة، وهما ”استثناء الضرر الإقليمي“ والاستثناء القائم على أساس انتهاك القواعد الآمرة، مع الإشارة الدقيقة في الحالتين إلى جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبتها القوات النازية المحتلة في الأراضي الإيطالية واليونانية أثناء الحرب العالمية الثانية.

٧٤ - ونظرا لتعقيد محتوى الحكم، فلا يُستغرب أنه أثار جدلا أكاديميا شيقا^(١٧١). ومن ناحية أخرى، ينبغي أن يوضع في الحسبان أن ذلك الحكم، بسبب ذلك المحتوى ذاته، يُستشهد به أيضا باعتباره مرجعا في تحديد القواعد المتعلقة بنظام الحصانة بالمعنى الواسع. ولأغراض هذا التقرير، سيكون إذن من المفيد تحليل الحكم الصادر في قضية الحصانات

(١٦٩) المرجع نفسه، الصفحة ٤٦١، الفقرة ١٢٠.

(١٧٠) أشار بعض القضاة أيضا في آرائهم المستقلة أو المخالفة إلى مكافحة الإفلات من العقاب ودور اتفاقية مناهضة التعذيب في تحقيق تلك الغاية. وفي هذا الصدد، انظر رأي القاضي كانسادو ترينداد (المرجع نفسه، الصفحة ٥١٩، الفقرة ٨٣، و الصفحة ٥٢٧، الفقرة ١٠٣)، ورأي القاضي دوناھيو (المرجع نفسه، الصفحة ٥٨٤، الفقرة ٢).

(١٧١) انظر، في جملة مراجع، Jaume Ferrer Lloret, “La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, in Revista Electrónica de Estudios Internacionales, vol. 24 (2012), pp. 1-36; Chimène I. Keitner, “Germany v. Italy and the Limitations of Horizontal Enforcement. Some Reflections from a United States Perspective”, Journal of International Criminal Justice, vol. 11 (2013), pp. 167-183; Lorna McGregor, “State Immunity and Human Rights. Is There a Future after Germany v. Italy?”, Journal of International Criminal Justice, vol. 11 (2013), pp. 125-145.

القضائية للدولة، لا سيما فيما يتعلق بالجوانب التالية: طبيعة الحصانة وعلاقتها بالولاية القضائية وبالنظام القانوني الذي يحكم المسؤولية الدولية للدول؛ وآثار القواعد الآمرة على الحصانة؛ ونطاق "استثناء الضرر الإقليمي"، والمسألة المتعلقة بوجود سبل بديلة للانتصاف.

٧٥ - وفي ذلك الحكم، شددت المحكمة، تمشياً مع أحكامها السابقة، على الطبيعة الإجرائية الواضحة للحصانة، التي لا تؤثر على تعريف مسؤولية الدولة، وإنما يقتصر تأثيرها على إمكانية نشوء تلك المسؤولية عن ممارسة الولاية القضائية الأجنبية. وفي هذا الصدد، ينص الحكم صراحة على ما يلي:

"إن قانون الحصانة قانون ذو طبيعة إجرائية في جوهره (...). وهو ينظم ممارسة الولاية القضائية فيما يتعلق بسلوك معين، وبالتالي فهو يتميز تماماً عن القانون الموضوعي الذي يحدد ما إذا كان ذلك السلوك قانونياً أو غير قانوني" (١٧٢).

٧٦ - وحسب ذلك الرأي، فإن الأساس الذي تقوم عليه الحصانة هو مبدأ المساواة في السيادة بين الدول. غير أن ذلك المبدأ لا ينطبق بشكل مستقل، فقد ذكرت المحكمة أنه:

"يجب النظر إليه بالاقتران مع مبدأ أن كل دولة تملك السيادة على أراضيها، وأن الولاية القضائية للدولة على الأحداث والأشخاص في تلك الأراضي تنبع من تلك السيادة."

٧٧ - لذا تعترف المحكمة بضرورة تحقيق التوازن بين مبدئين متنافسين، حيث ذكرت ما يلي:

"الاستثناءات من حصانة الدولة تشكل خروجاً عن مبدأ المساواة في السيادة. وقد تشكل الحصانة خروجاً عن مبدأ السيادة على الأراضي والولاية القضائية التي تنبع منها" (١٧٣).

٧٨ - واستخدمت المحكمة كذلك الحجة القائلة بأن الحصانة مانع إجرائي لتخُص إلى أنهما لا تتعارض مع القواعد الآمرة:

"على افتراض (...) أن قواعد قانون التزاعات المسلحة التي تحظر قتل المدنيين في الأراضي المحتلة وترحيل السكان المدنيين وأسرى الحرب لاستغلالهم في

(١٧٢) *Jurisdictional Immunities of the State*, judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 124, para. 58. انظر أيضاً الرأي

المستقل للقاضي كوروما، الصفحة ١٥٧، الفقرة ٣.

(١٧٣) المرجع نفسه، الصفحتان ١٢٣ و ١٢٤، الفقرة ٥٧.

السخرة قواعد آمرة، لا يوجد تعارض بين تلك القواعد والقواعد المتعلقة بحصانة الدولة. وكل مجموعة من تلك القواعد تتناول مسائل مختلفة. فقواعد حصانة الدول قواعد إجرائية في طابعها وتقتصر على تحديد ما إذا كان يجوز لمحاكم دولة ما أن تمارس ولاية قضائية فيما يتعلق بدولة أخرى. وهي لا تنطرق لمسألة ما إذا كان السلوك الذي تقام بشأنه الدعوى مشروعاً أو غير مشروع (...). ولنفس السبب، فإن الاعتراف بحصانة دولة أجنبية وفقاً للقانون الدولي العرفي لا يعني الاعتراف بشرعية وضع ينشأ عن انتهاك قاعدة آمرة، أو تقديم العون والمساعدة في الحفاظ على ذلك الوضع، وبالتالي لا يمكن أن يتعارض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة ٤١ من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول^(١٧٤).

وفي وقت لاحق، أضافت المحكمة ما يلي:

”القاعدة الآمرة قاعدة لا تجوز مخالفتها، ولكن القواعد التي تحدد نطاق الولاية القضائية ومداهما والحالات التي يمكن فيها ممارسة تلك الولاية القضائية لا تخالف القواعد الموضوعية التي لها صفة القواعد الآمرة، ولا يوجد في مفهوم القواعد الآمرة شيء متأصل من شأنه أن يتطلب تعديلها أو التخلي عن تطبيقها“^(١٧٥).

٧٩ - أما الموضوع الثالث ذو الصلة الذي تناولته المحكمة في تلك القضية فهو مسألة ما إذا كان القانون الدولي العرفي يتضمن أي قاعدة تشير إلى وجود استثناء من حصانة الدولة على أساس الانتهاك الخطير لحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني. وجواب المحكمة هو أن تلك القاعدة لا وجود لها. وقد ذكرت المحكمة ما يلي:

”القانون الدولي العرفي لا يتعامل مع حق الدولة في الحصانة باعتباره حقاً يتوقف على خطورة الفعل الذي تُتهم به أو الطبيعة الآمرة للقاعدة التي يُزعم أنها انتهكتها“^(١٧٦).

٨٠ - ومع ذلك، رفضت المحكمة أيضاً فيما يتعلق بالاستثناءات الحجة القائلة بأن ”مبدأ الضرر الإقليمي“ ينطبق على القضية المطروحة. غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن رد

(١٧٤) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٠، الفقرة ٩٣. وانظر عموماً الفقرات ٩٢-٩٧.

(١٧٥) المرجع نفسه، الصفحة ١٤١، الفقرة ٩٥.

(١٧٦) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٧، الفقرة ٨٤. وللمقارنة، انظر الرأي المخالف للقاضي كانسادو ترينداد والرأي المستقل للقاضي بنونة.

المحكمة بشأن ذلك الاستثناء أكثر دقة من تعليقاتها على احتمال الاستثناء بناء على انتهاك القواعد الآمرة. فالمحكمة لم تنكر وجود ذلك الاستثناء أو وجود قدر معين من الممارسة في ذلك الصدد، ولكنها اقتصررت على القول بأنه لا ينطبق على القضية المطروحة لأن الأفعال المنسوبة إلى ألمانيا، على الرغم من خطورتها، تشكل أعمال سيادة، ومن ثم فإنها مشمولة بحصانات الدولة من الولاية القضائية^(١٧٧).

٨١ - وفي الحكم نفسه، فصلت المحكمة أيضا في ادعاء إيطاليا أن ممارسة الولاية القضائية "ملاذ أخير" نظرا لاستحالة تلبية مطالبات الضحايا بالانتصاف عن الأذى الذي لحقهم. وخلصت المحكمة إلى أن الحصانة لا تتوقف على وجود حق في الانتصاف أو سبل بديلة لتأمين الانتصاف^(١٧٨).

٨٢ - وخلاصة القول أن المحكمة، تمشيا مع أحكامها السابقة، تمسكت برأيها القائل بأن الحصانة مجرد نظام إجرائي. غير أنها ذهبت إلى أبعد من ذلك في تعزيز حصانة الدولة، إذ خلصت إلى أن وجودها لا يتعارض مع القواعد الآمرة، وأنه لا يمكن تحديد استثناءات من تلك الحصانة على أساس وجود انتهاك خطير لحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني أو القواعد الآمرة الأخرى، وأن "استثناء الضرر الإقليمي" لا ينطبق في حالة حصانة الدولة فيما يتعلق بأعمال السيادة. وختاما، يمكن القول أيضا بأن المحكمة بدأت بتباعد عن نموذج اتخاذ السبل البديلة للانتصاف وسيلة لمنع الإفلات من العقاب على نحو ما أقرته في حكمها في قضية مذكرة التوقيف.

٨٣ - وفي القراءة الأولى، قد يبدو موقف المحكمة مبدئيا وكأن له تأثير على حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ولا شك أن التوازي العكسي الذي يبدو أن المحكمة نفسها تراه بين قضية الحصانات القضائية للدولة وقضية مذكرة التوقيف قد ساهم في ذلك الفهم:

"في قضية مذكرة التوقيف، رأت المحكمة، وإن كان ذلك دون إشارة صريحة إلى مفهوم القواعد الآمرة، أن كون وزير الخارجية متهما بارتكاب انتهاكات جنائية لقواعد لا شك في أن لها صفة القواعد الآمرة لا يحرم جمهورية الكونغو الديمقراطية من الحق الذي تملكه بموجب القانون الدولي العرفي في أن تطالب

(١٧٧) المرجع نفسه، الصفحتان ١٣٦ و ١٣٧، الفقرتان ٨٣ و ٨٤. وللمقارنة، انظر الرأي المخالف للقاضي المخصص غايا.

(١٧٨) المرجع نفسه، الصفحات ١٤١-١٤٣، الفقرات ٩٩-١٠١. وللمقارنة، انظر الرأيين المخالفين للقاضي كانسادو ترينداد والقاضي يوسف والرأي المستقل للقاضي بنونة.

له بالحصانة (...). وينطبق نفس المنطق على تطبيق القانون الدولي العرفي بشأن حصانة الدولة من إجراءات محاكم الدول الأخرى^(١٧٩).

٨٤ - ولعل استخدام المحكمة في حججها للاجتهادات القضائية الوطنية، التي تتعلق أحيانا بمسؤولي الدولة أكثر مما تتعلق بالدولة نفسها، قد أسهم أيضا في تلك القراءة. وبالتالي فلا يُستغرب أن هذا الحكم يُستخدم أحيانا للقول بعدم وجود أي قيود أو استثناءات تتعلق بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية بسبب انتهاك حقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني أو ارتكاب جرائم دولية^(١٨٠).

٨٥ - ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة نفسها تحدد بوضوح نطاق الحكم، وهو حصانة الدولة بالمعنى الضيق. وتكفي الإشارة إلى أن المحكمة ذكرت أن قضية بينوشيه لا صلة لها بقضية الحصانات القضائية للدولة، لأن قضية بينوشيه تتعلق بحصانة الفرد لا بحصانة الدولة، وبالحصانة من الولاية القضائية الجنائية لا بالحصانة من الولاية القضائية المدنية^(١٨١). وهكذا يبدو أن المحكمة تميز بوضوح بين حصانة الدولة وحصانة مسؤولي الدولة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ويزيد وضوح هذا الاستنتاج قول المحكمة التالي الذي لا لبس فيه:

”خلصت المحكمة إلى أن القانون الدولي العرفي على حالته الراهنة لا يحرم الدولة من الحصانة بسبب اتهامها بارتكاب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو القانون الدولي للتزاعات المسلحة. وعلى المحكمة أن تشدد، في سياق استنتاجها هذا، على أنها لا تتناول سوى حصانة الدولة نفسها من الولاية القضائية لمحاكم الدول الأخرى؛ أما مسألة ما إذا كان من الجائر أن تنطبق الحصانة في الدعاوى الجنائية التي ترفع ضد مسؤول في الدولة ومدى انطباقها، فهي مسألة لا تندرج في هذه القضية“^(١٨٢).

٨٦ - وليس الغرض من هذا التقرير هو تحليل المنطق الذي استندت إليه المحكمة في حكمها في قضية الحصانات القضائية للدولة. ولكن، على الرغم من اشتغال بعض حجج المحكمة في هذا الحكم على قيمة نظرية تسهم بها في تعريف نظام الحصانات بموجب القانون الدولي،

(١٧٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٤١، الفقرة ٩٥.

(١٨٠) على سبيل المثال، انظر في هذا الفرع كيف استشهدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بهذا الحكم باعتباره حكما مرجعيا في قضية *Jones and others v. United Kingdom*.

(١٨١) انظر *Jurisdictional Immunities of the State*, judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 137-138, para. 87.

(١٨٢) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٩، الفقرة ٩١.

تجدر الإشارة إلى أن الاستنتاجات التي تم التوصل إليها في تلك القضية لا يمكن نسخها تلقائياً على نظام القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

٢ - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

٨٧ - أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية العدساني ضد المملكة المتحدة^(١٨٣)، وقضية ماكلهيني ضد أيرلندا^(١٨٤)، وقضية كالوغروبولو وآخرين ضد اليونان وألمانيا^(١٨٥)، وقضية جونز وآخرين ضد المملكة المتحدة أحكاماً بشأن مسائل ذات صلة بالنظر في القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة^(١٨٦).

٨٨ - وفي جميع تلك القضايا، خلصت المحكمة إلى أن تطبيق حصانة الدول في محكمة مدنية لا يشكل انتهاكاً للحق في اللجوء إلى المحاكم في حد ذاته، على النحو المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١٨٧). ووفقاً للمحكمة، قد يجوز فرض قيود على الحق في اللجوء إلى المحاكم، شريطة أن تستوفي تلك القيود الشروط التالية: (أ) أن تكون منصوصاً عليها في القانون؛ (ب) أن تكون هناك علاقة تناسب بين المصالح التي يحميها التقييد وحدود الحق الذي قد ينشأ عن ذلك؛ (ج) ألا يعنى التقييد في الواقع فقداناً مطلقاً للحق في اللجوء إلى المحاكم^(١٨٨). وترى المحكمة أن القاعدة المتعلقة بحصانة الدول تستوفي الشروط الثلاثة، حيث إنها تشكل قاعدة معترفاً بها من قواعد القانون الدولي العرفي تسعى إلى تحقيق هدف مشروع، وهو حماية مبدأ المساواة في السيادة والحفاظ على علاقات مستقرة خالية من التزايدات بين الدول، ولا تستتبع فقدان التام للحق في اللجوء إلى المحاكم، بالنظر إلى أن ثمة سبل انتصاف بديلة متاحة لأصحاب الدعاوى، بما في

Al-Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, *Report of* (١٨٣) *Judgments and Decisions 2001-XI*.

McElhinney v. Ireland, Application No. 31253/96, judgment of the Grand Chamber of 21 November 2001, (١٨٤) *Report of Judgments and Decisions 2001-XI*.

Application No. 59021/00, judgment of 12 December 2002, *Report of Judgments and Decisions 2002-X*. (١٨٥)

Jones and others v. United Kingdom, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, judgment of 2 June 2014. (١٨٦)

(١٨٧) الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان) (روما، ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٥٠)، ٢٢١، No. 2889، vol. 213، *Treaty Series*، United Nations.

(١٨٨) انظر العدساني، الفقرة ٥٣؛ و كالوغروبولو؛ وماكلهيني، الفقرة ٣٤؛ وجونز، الفقرتان ١٨٦ و ١٨٧.

ذلك الإجراءات القضائية (الدعاوى المرفوعة أمام محاكم دول أخرى)، والإجراءات الدبلوماسية، والمفاوضات الدولية من خلال دولة جنسية الضحية^(١٨٩).

٨٩ - ويجب أن يوضع في الاعتبار أن المحكمة الأوروبية إنما ترسي هذا الرأي عن التوافق بين الحصانة من الولاية القضائية والحق في اللجوء إلى المحاكم بالنسبة لحصانة الدول من الولاية القضائية المدنية، وثمة استثناء وحيد في هذا الصدد هو قضية جونز وآخرين ضد المملكة المتحدة، حيث أصدرت المحكمة حكما بشأن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية المدنية، طبقت فيه نفس الاستنتاجات التي خلصت إليها سابقا فيما يتعلق بحصانة الدول^(١٩٠).

٩٠ - ثانيا، أصدرت المحكمة أيضا حكما بشأن وجود استثناءات ممكنة من قاعدة الحصانة، ولا سيما فيما يتعلق بالتعذيب والقواعد الآمرة من جهة، و"استثناء الضرر الإقليمي" من جهة أخرى.

٩١ - ففيما يتعلق بالتعذيب والقواعد الآمرة، خلصت المحكمة إلى أنه على الرغم من الخطورة المتأصلة في أي سلوك يشكل انتهاكا لإحدى القواعد الآمرة، وبخاصة حظر التعذيب، فمن غير الممكن إيجاد أي قاعدة في القانون الدولي القائم تنص على استثناء من حصانة الدول من الولاية القضائية المدنية على أساس انتهاك قاعدة من القواعد الآمرة^(١٩١). وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المحكمة في قضية كالوغروبولو سارت على نسق قضية العدساني في استنتاجاتها دون تقديم أي حجج جديدة، مضيفة أن المدعي أمامه وسائل بديلة لضمان الانتصاف^(١٩٢). وأخيرا، فيما يتعلق بقضية جونز، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة، على الرغم من أنها رفضت تعديل موقفها السابق، قد استخدمت الغموض القائم في القانون الدولي فيما يتعلق بنظام الاستثناءات لتبرير قرارها، إلى حد ما. وأشارت، في جملة أمور، إلى أن لجنة القانون الدولي تعكف على دراسة هذا الموضوع ولم تتخذ قرارا في هذا الصدد، وأن الممارسة الدولية تتغير باستمرار وتعكس مواقف متباينة بشأن احتمال الاستثناء القائم على

(١٨٩) انظر العدساني، الفقرات ٥٤-٥٦؛ وكالوغروبولو؛ وماكلهيني، الفقرات ٣٥-٤٠؛ وجونز، الفقرتان ١٨٨ و ١٨٩.

(١٩٠) انظر جونز، الفقرات ٢٠٤-٢٠٦.

(١٩١) انظر العدساني، الفقرات ٥٨ و ٦١ و ٦٣؛ وجونز، الفقرة ٢١٥.

(١٩٢) انظر كالوغروبولو.

أساس التعذيب^(١٩٣). ومن الجدير بالذكر أيضا أن المحكمة أشارت إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية الحصانات من الولاية القضائية باعتبارها سابقة^(١٩٤). غير أن المحكمة أقرت صراحة أن هناك فيما يبدو "بعض الدعم الناشئ لصالح وضع قاعدة خاصة أو استثناء خاص في القانون الدولي العام في الحالات التي تخص الدعاوى المدنية المتعلقة بالتعذيب المرفوعة ضد مسؤولي دولة أجنبية"، وأنه "في ضوء التطورات الجارية حاليا في هذا المجال من مجالات القانون الدولي العام، ينبغي أن تظل هذه المسألة قيد الاستعراض من جانب الدول المتعاقدة"^(١٩٥).

٩٢ - ومن ناحية أخرى، ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن هناك عددا لا يستهان به من أعضاء المحكمة الذين لا يتفقون مع التأكيد على أن هذا الاستثناء لا وجود له، وأصدروا آراء مخالفة في قضايا العدساني و كالوغروبولو وجونز، شددوا فيها على أن حظر التعذيب، باعتباره من القواعد الآمرة، يعلو على أي قاعدة من قواعد القانون الدولي الأخرى التي لا تندرج في الفئة المذكورة، بما في ذلك قواعد القانون الدولي التي تنظم الحصانة من الولاية القضائية المدنية. وكان لهذه الآراء وزن كبير في قضية العدساني، نظرا لصدور الحكم بأغلبية ضئيلة (تسعة إلى ثمانية)^(١٩٦).

٩٣ - وتناولت المحكمة "استثناء الضرر الإقليمي" في قضية ماكلهيني ضد أيرلندا، حيث خلصت إلى أنه لا يوجد استثناء للضرر الإقليمي فيما يتعلق بالأفعال المتنازع عليها، وهي اعتداء أحد أفراد القوات المسلحة للمملكة المتحدة على مواطن أيرلندي في إقليم أيرلندا أثناء الحوادث التي وقعت على الحدود بين أيرلندا الشمالية وجمهورية أيرلندا. وطبقت المحكمة تفسيراً ضيقاً لاستثناء الضرر الإقليمي في التوصل إلى هذه النتيجة، حيث أشارت إلى أن هذا الاستثناء لا ينطبق إلا على "الضرر الذي يمكن التأمين ضده" المتصل بأنشطة أعمال الإدارة. وفي المقابل، أكدت أن الأفعال المطعون فيها يُجزم بأنها أفعال منفذة بصفة رسمية - أي أفعال سيادية - تتحمل المملكة المتحدة المسؤولية عنها، ومن هنا جاء الاستنتاج بأن

(١٩٣) انظر جونز، الفقرات ٩٥-١٥٤. وفي المقابل، تمسكت القاضية كاللايديفا، في رأيها المخالف، بالحاجة إلى استعراض السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية العدساني. وانظر أيضا الرأي المؤيد الصادر عن القاضي بيانكو، وإن كان لغرض مختلف.

(١٩٤) انظر جونز، الفقرة ١٩٨.

(١٩٥) انظر جونز، الفقرات ٢١٣-٢١٥.

(١٩٦) انظر الرأي المخالف المشترك الصادر عن القاضيين روزاكيس وكافليش، الذي أيده القضاة فيلدهاير، وكوستا، وكابرال باريتو، وفاجيتش. وانظر أيضا الرأي المخالف للقاضي لوكايدس في قضية ماكلهيني.

حصانة المملكة المتحدة من الولاية القضائية المدنية هي المسألة موضع نظر^(١٩٧). ومن ناحية أخرى، يبدو أن المحكمة أولت أهمية كبيرة في تحليلها لوجود سبل انتصاف أخرى متاحة للمدعي، بما في ذلك رفع دعوى في محكمة من محاكم المملكة المتحدة^(١٩٨).

٩٤ - ثالثاً، ينبغي توجيه انتباه خاص إلى أنه على الرغم من رفض المحكمة الأوروبية الاعتراف بوجود استثناء، فإنها خلصت بشكل لا لبس فيه إلى أن حظر التعذيب قاعدة آمرة، وأن ذلك الحظر ذو طبيعة مطلقة، مما لا يسمح بأي استثناء من الالتزام المنبثق من ذلك في حالة انتهاك حظر التعذيب أو أي حق من الحقوق الأخرى التي قد تكون ذات صلة عرضاً بالحظر محل النظر في حد ذاته^(١٩٩). ولذلك تجدر الإشارة إلى أنه في قضية العدساني، لم تحدد المحكمة الحصانة من الولاية القضائية المدنية بوصفها نظاماً قانونياً يحول دون ممارسة المحاكم البريطانية للولاية القضائية من أجل معاقبة مرتكبي أعمال التعذيب، بل بوصفها نظاماً قانونياً يمكن استخدامه لمنع المحاكم البريطانية من التماس التعويض من دولة أجنبية على أفعال التعذيب التي يرتكبها مسؤولون بريطانيون^(٢٠٠). ومما لا شك فيه أن هذه الحجة جديدة بالتأكيد في هذا التقرير.

٩٥ - وعلى أي حال، ففي ضوء الأحكام المحددة التي أصدرتها المحكمة فيما يتعلق بالاستثناءات من حصانة الدول من الولاية القضائية المدنية في الحالات التي جرى تحليلها، من الممكن تحديد عدد من العناصر ذات الصلة بالغرض من هذا التقرير:

١' تعتبر حصانة الدول من الولاية القضائية المدنية استثناء من الحق في اللجوء إلى المحاكم أو تقييداً لذلك الحق، وبالتالي فهي استثناء من ممارسة دولة المحكمة للولاية القضائية.

(١٩٧) انظر قضية ماكلهيني، لا سيما الفقرة ٣٨. وعلى النقيض من ذلك، انظر الرأي المخالف الصادر عن القاضي روزاكيس، والرأي المخالف المشترك الصادر عن القضاة كافليش وكابرال باريتو وفاجيتش، والرأي المخالف الصادر عن القاضي لوكايدس.

(١٩٨) انظر الفقرة ٣٩. وقد اعترض بعض القضاة على ذلك التأكيد أو اعتبروا أن وجوده ليس ذا صلة في القضية قيد النظر، بالنظر إلى أن الأفعال ارتكبت ضد مواطن أيرلندي في أيرلندا، وهو ما يعني أن ذلك المواطن ينبغي أولاً أن يلتمس الإنصاف في نطاق الولاية الإقليمية الأيرلندية. وانظر الرأي المخالف الصادر عن القاضي روزاكيس، والرأي المخالف المشترك الصادر عن القضاة كافليش وكابرال باريتو وفاجيتش، والرأي المخالف الصادر عن القاضي لوكايدس.

(١٩٩) انظر العدساني، الفقرة ٥٩.

(٢٠٠) المرجع نفسه، الفقرتان ٤٠ و ٤١.

٢' لا يمكن أن يؤدي هذه التقييد، على الرغم من انسجامه مع الحق في الاحتكام إلى القضاء، إلى فقدان الحق في حد ذاته، فقد أدرجت المحكمة صيغة "سبل الانتصاف الأخرى"، التي استخدمتها محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة التوقيف.

٣' يعرف حظر التعذيب في حد ذاته باعتباره قاعدة آمرة؛ وهو حظر مطلق لا يسمح بأي تقييد على الإطلاق.

وبالإضافة إلى ذلك، وبالنظر إلى أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تقيّد بصورة مباشرة أو ضمنية أحكامها المتعلقة بحصانة الدول من الولاية القضائية المدنية^(٢٠١)، فإنه لا يبدو من الممكن استنتاج أن الأحكام المذكورة تشكل أساساً كافياً لتأكيد أن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية تتسم بطابع مطلق، أو أنه لا توجد استثناءات من هذه الحصانة.

٣ - المحاكم الجنائية الدولية

٩٦ - تناولت محاكم جنائية دولية شتى حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية في أداء واجباتهم. وعلى الرغم من أن قرارات تلك المحاكم جاءت في سياق الولاية القضائية الجنائية الدولية، فإن بعض الحجج الواردة فيها ذات صلة بأغراض هذا التقرير، بالنظر إلى أنها تتناول مسائل واسعة جداً أو تتناول الطريقة التي تطبق بها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية في المحاكم الجنائية الوطنية.

٩٧ - وقد أشارت بالفعل المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ إلى أنه لا يمكن استخدام الواجبات الرسمية للمتهم أو كونه قد تصرف بناء على أوامر لإعفائه من المسؤولية، وأن الجرائم الخاضعة لولايتها القضائية تعكس التزامات قانونية يفرضها القانون الدولي مباشرة على الأفراد، الذين لا يمكن إعفاؤهم من هذه المسؤولية أو من الإجراءات القانونية على أساس ارتباطهم بالدولة. وقد راعت اللجنة كلا من النظام الأساسي لتلك المحكمة والأحكام الصادرة عنها في وضع مبادئ القانون الدولي المعترف بها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ وفي حكم المحكمة (مبادئ نورمبرغ)، التي يرد تحليلها أدناه والتي تشير اللجنة إليها باستمرار في عملها المتعلق بمواضيع أخرى، بما في ذلك مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية

(٢٠١) انظر، بشأن هذا الموضوع، التقرير الثالث للمقررّة الخاصة، الوثيقة A/CN.4/673، الفقرة ٤٣، والتقرير الرابع للمقررّة الخاصة، الوثيقة A/CN.4/686، الفقرتان ٤٥ و ٤٦ والحاشية الأولى في الفقرة ٤٦.

وأمنها^(٢٠٢). ومن الجدير بالذكر أيضا أن إسهامات محكمة نورمبرغ في تعريف مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية تمثل أيضا نقطة بداية في القانون الجنائي الدولي الحديث. ويرد أدناه تحليل لقرارات المحاكم الجنائية الدولية التي ظلت تضطلع بمهام تلك المحكمة منذ نهاية القرن العشرين.

٩٨ - وأصدرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة حكما بشأن العلاقة بين الحصانة التي يتمتع بها مسؤولو الدول والجرائم الدولية، مؤكدة أن هناك استثناء من القواعد التي تحكم الحصانة الموضوعية أمام كل من المحاكم الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية. ففي قضية بلاسكيتش، على سبيل المثال، ذكرت أن الاستثناء:

”ينشأ من قواعد القانون الجنائي الدولي التي تحظر جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية. وبموجب هذه القواعد، لا يمكن للمسؤولين عن هذه الجرائم الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية الوطنية أو الدولية حتى لو ارتكبوا هذه الجرائم وهم يتصرفون بصفتهم الرسمية“^(٢٠٣).

٩٩ - وتمسكت المحكمة بنفس الموقف في قضايا أخرى، منها ما يتعلق بالحصانة الشخصية. ومن الجدير بالذكر، مع ذلك، أن المحكمة في هذه القضايا قصرت الاستثناء فيما يبدو على ممارسة ولايتها القضائية، دون توسيع نطاقه ليشمل القضايا المرفوعة أمام المحاكم المحلية^(٢٠٤).

(٢٠٢) انظر الفرع هاء أدناه.

(٢٠٣) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tihomir*

Blaškić, IT-95-14-AR 108, 29 October 1997, para. 41, second subparagraph

(٢٠٤) انظر القضايا التالية: [رادوفان كاراديتش وراتكو ملاديتش وميتشو ستانيشيتش، القضية رقم IT-95-5-D،

طلب رسمي بالتنازل عن الاختصاص موجه إلى جمهورية البوسنة والهرسك؛ و سلوبودان ميلوسيفيتش، القضية رقم IT-02-54-T، الاستثناءات الأولية؛ و أنتو فورونديجيا، القضية رقم IT-95-17/1-T؛ و دراغوليوب كوناراتش ورادومير كوفاتش وزوران فوكوفيتش، القضيتان رقم IT-96-23-T و IT-96-

Radovan Karadžić, Ratko Mladić and Mico Stanišić, case IT-95-5-D, formal request for [23/1-T

deferral of jurisdiction addressed to the Republic of Bosnia and Herzegovina, judgment of the Trial

Slobodan Milošević, case IT-02-54-T، و Chamber, 16 May 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, para. 24

Anto Furundžija، و preliminary exceptions, decision of the Trial Chamber of 8 November 2001, para. 31

Dragoljub و case IT-95-17/1-T, judgment of Trial Chamber II, 10 December 1998, *ibid.*, 1998, para. 140

Kunarac, Radomir Kovać and Zoran Vuković, cases IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, judgment of Trial

Chamber I, 22 February 2001, para. 494

وبالإضافة إلى ذلك، صاغت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة هذا الاستثناء بعبارة عامة، معتمدة في ذلك على النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ^(٢٠٥)، ومشيرة إلى أنه: "سيكون من الخطأ الإيحاء بأن هذه الحصانة موجودة في المحاكم الجنائية الدولية"^(٢٠٦).

١٠٠ - وقضت المحكمة الخاصة لسيراليون أيضا بأنه لا يمكن الاحتجاج بالحصانة الشخصية، كما فعلت في قضية تاييلور، التي تتعلق بتهم ارتكاب انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني. وفي ذلك القرار، لم تستند المحكمة في تأكيدها إلى نوع الجريمة المرتكبة، وإنما إلى طبيعة المحكمة الخاصة، التي تعتبر محكمة جنائية دولية. وردا على الادعاء بأن الحصانة الشخصية حمت السيد تاييلور، قالت دائرة الاستئناف إن الحصانة:

"تنبع من المساواة بين الدول في السيادة، وبالتالي ليست لها صلة بالمحاكم الجنائية الدولية، التي ليست من أجهزة الدولة، بل تستمد ولايتها من المجتمع الدولي"^(٢٠٧).

ولذلك خلصت إلى أن:

"المساواة بين الدول في السيادة لا تمنع من محاكمة رئيس دولة أمام محكمة جنائية دولية"^(٢٠٨).

١٠١ - وأثيرت أيضا مسألة حصانة مسؤولي الدول، ولا سيما، على سبيل المثال لا الحصر، الحصانة الشخصية، أمام المحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بالحالة في دارفور - السودان وليبيا وكينيا. فقد احتج العديد من المتهمين بصفته الرسمية، وبالتالي بحصانتهم، ولكنهم لم يحضروا المحاكمة (أو لم يحضروها بصفة مستمرة). وفي قضايا أخرى، لا سيما في قضية البشير، أثير موضوع الحصانة فيما يتعلق بالالتزام بالتعاون مع المحكمة، على النحو المنصوص عليه في الجزء التاسع من نظام روما الأساسي.

(٢٠٥) [النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية - مرفق اتفاق محاكمة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب لقوات المحور الأوروبية (ميثاق لندن)] Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis (London Charter), 8 August 1945 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, p. 279).

(٢٠٦) انظر [قضية راديسلاف كرستيتش، القضية رقم IT-98-33-A، قرار بشأن طلبات الاستدعاء] Radislav Krstic, case IT-98-33-A, decision on subpoenas, Appeals Chamber, 1 July 2003, para. 26.

(٢٠٧) Taylor, case SCSL 2003-01-I, Appeals Chamber, decision on immunity from jurisdiction, of 31 May 2004, para. 51. انظر: International Law Reports (ILR), vol. 128, p. 264.

(٢٠٨) المرجع نفسه، الفقرة ٥٢.

١٠٢ - وعلى الرغم من أن المنازعات في جميع تلك الحالات قد نشأت عن تنفيذ مذكرات التوقيف أو طلبات الاستدعاء التي تصدرها المحكمة، فقد أدت في نهاية المطاف إلى مسألة نطاق الولاية القضائية للمحكمة وما إذا كانت ممارسة الولاية القضائية المذكورة يمكن أن تخضع لـ "مانع إجرائي". وفي كل تلك الحالات، خلصت المحكمة إلى أن أيًا من الحصانة الشخصية أو الحصانة الموضوعية لا يمكن الاحتجاج به.

١٠٣ - وفيما يتعلق بالحالة في السودان - دارفور، رأت المحكمة الجنائية الدولية أنه لا يمكن الاحتجاج بالحصانة في قضيتي البشير (الاختصاص الشخصي) وعبد الرحيم حسين (الاختصاص الموضوعي). ففي كلتا القضيتين، قررت الدائرة التمهيدية، في إصدارها لمذكرة التوقيف، أنه لا يمكن الاحتجاج بحصانة مسؤولي الدولة المتهمين، استنادًا إلى المادة ٢٧ من النظام الأساسي، وإلى سلطات مجلس الأمن التي تمكنه من إحالة قضية إلى المحكمة عملاً بالمادة ١٣ (ب) من النظام الأساسي. وفي تفسير مشترك لكلا الحكمين، خلصت المحكمة إلى أن مسألتني عدم الاعتداد بالواجبات الرسمية وعدم إمكان الاحتجاج بالحصانات الوطنية والدولية تنطبقان انطباقاً كاملاً في قضيتي دارفور، سواء كانت الدولة المذكورة طرفاً في نظام روما الأساسي أم لا. وقالت المحكمة:

"أن مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، بإحالة الحالة في دارفور إلى المحكمة، عملاً بالمادة ١٣ (ب) من النظام الأساسي، قد قبل أيضاً بأن يجري التحقيق في الحالة المذكورة، فضلاً عن أي مقاضاة ناشئة عن ذلك، وفقاً للإطار القانوني المنصوص عليه في النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد في جملتها" (٢٠٩).

١٠٤ - وأكدت المحكمة أيضاً اختصاصها من حيث الغرض، ويتصل ذلك بالهدف الرئيسي المتمثل في مكافحة الإفلات من العقاب وضمان تقديم الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم خطيرة تثير قلق المجتمع الدولي ككل إلى العدالة.

١٠٥ - وطبقت المحكمة المنطق نفسه عندما أصدرت حكماً بشأن التزام جمهورية الكونغو الديمقراطية بالتعاون من خلال اعتقال الرئيس البشير وتسليمه، وخلصت إلى أن السيد البشير

(٢٠٩) انظر: Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, case ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, decision on the

prosecution's application for a warrant of arrest, of 4 March 2009, para. 45 وتصدر الإشارة إلى أن المحكمة سبق أن أعلنت أن اختصاصها النظر في قضية شخص ليس من رعايا دولة طرف ولكن ادعى أنه ارتكب جرائم تقع ضمن اختصاص المحكمة في إقليم دولة غير طرف في النظام الأساسي، وذلك استناداً إلى القرار الذي اتخذته مجلس الأمن عملاً بالمادة ١٣ (ب) من النظام الأساسي (المرجع نفسه، الفقرات ٤١-٤٣). وللإطلاع على نهج مماثل انظر: Abdel Raheem Muhammad Hussein, case ICC-02/05-01/12, Pre-Trial Chamber, decision on the prosecution's application under article 58, of 1 March 2012, para. 8.

لا يتمتع بالحصانة بموجب القانون الدولي، لأن تلك الحصانة رُفعت ضمنياً بقرار من مجلس الأمن، الذي فرض على السودان أيضاً التزاماً عاماً بالتعاون مع المحكمة^(٢١٠). واستخدمت المحكمة حجة مماثلة في قضايا معمر القذافي وسيف الإسلام القذافي وعبد الله السنوسي المتعلقة بالحالة في ليبيا^(٢١١).

١٠٦ - وعلى النقيض من ذلك، في قضيتي كينياتا وروتو، المتعلقةتين بالحالة في كينيا، لم تشر المحكمة صراحة إلى هذه الحجة. وفي كلتا القضيتين، قالت المحكمة، رداً على طلب من الدفاع بإعفاء المتهمين من المثول أمام المحاكمة، لتمكينهما من الاضطلاع على نحو ملائم بواجبهما كرئيس ونائب رئيس لكينيا، إنها لا يمكنها أن تأخذ هذه الظروف في الاعتبار، لأنه، نتيجة للحرب العالمية الثانية:

”نُفِحت قاعدة الحصانة لصالح منح المحاكم الدولية الولاية القضائية لمحاكمة رؤساء الدول وغيرهم من كبار المسؤولين الحكوميين، بتهم انتهاك القانون الجنائي الدولي“^(٢١٢).

وفي رأي المحكمة، فإن الهدف الرئيسي للمادة ٢٧ من نظام روما الأساسي هو إدراج هذا المبدأ^(٢١٣).

١٠٧ - وعلى غرار النهج المتبع في قضيتي كينياتا وروتو، اتبع نهج مماثل في قضيتين نظرت المحكمة فيهما سابقاً بشأن عدم تعاون ملاوي وتشاد في القبض على الرئيس البشير. وقد لاحظت المحكمة في القضيتين ما يلي:

(٢١٠) انظر: case ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II, decision on the cooperation of the Democratic Republic of the Congo regarding Omar Al Bashir's arrest and surrender to the Court, of 9 April 2014, para. 29.

(٢١١) انظر: *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, case ICC-01/11, Pre-Trial Chamber, decision on the prosecution's petition pursuant to article 58, of 27 June 2011, para. 9.

(٢١٢) انظر: *William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, case ICC-01/09-01/11-777, Trial Chamber V (A), decision on Mr Ruto's request for excusal from continuous presence at trial, of 18 June 2013, para. 67. وينبغي أن يوضع في الاعتبار أن الدائرة الابتدائية استندت في قرارها إلى سوابق محكمة نورمبرغ، والمحاكم الجنائية الدولية الأخرى، وميثاق الأمم المتحدة، وأعمال اللجنة (انظر الفقرات ٦٦-٧٠).

(٢١٣) المرجع نفسه، الفقرة ٦٩. وانظر أيضاً: *Uhuru Muigal Kenyatta*, case ICC-01/09-02/11-830, Trial Chamber V (B), decision on defence motion for excusal from continuous presence at trial, of 18 October 2013, separate concurring opinion of Judge Eboe-Osuji, para. 32.

”ينشئ القانون الدولي العرفي استثناء من حصانة رؤساء الدول عندما تسعى المحاكم الدولية إلى إلقاء القبض على رئيس دولة لارتكابه جرائم دولية“^(٢١٤).

١٠٨ - وباختصار، تفضي القرارات التي جرى تحليلها أعلاه إلى استنتاج أن المحاكم الجنائية الدولية، بما في ذلك المحكمة الجنائية الدولية، رفضت رفضاً قاطعاً إمكانية الاحتجاج في هذه المحاكم بحصانة مسؤولي الدولة، سواء من حيث الاختصاص الشخصي أو الاختصاص الموضوعي. وعلاوة على ذلك، وسعت بعض المحاكم أيضاً هذا التأكيد ليشمل المحاكم المحلية، على أساس استثنائي. وتجدد الإشارة إلى أن قرارات المحاكم الجنائية الدولية بشأن هذا الموضوع قد جلبت إلى الواجهة المسألة الخاصة المتعلقة بتعاون المحاكم المحلية مع المحاكم الدولية وإمكانية حدوث هذا التعاون فيما يتعلق بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وسيجري تحليل تلك المسألة في موضع لاحق من هذا التقرير^(٢١٥).

دال - الممارسة القضائية الوطنية

١٠٩ - تم في التقريرين الثالث والرابع للمقرر الخاصة تحليل الممارسة القضائية الوطنية فيما يتعلق بالأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة والأعمال التي تشملها الحصانة^(٢١٦). وفي هذا هذا الفرع، سنحلل قرارات المحاكم الوطنية التي أبدي فيها رأي بشأن انطباق، أو عدم انطباق، الحصانة في ظروف محددة، والتي تتضمن أحكاماً مهمة لدراسة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة. وتوخى للوضوح، سيجري تحليل تلك القرارات القضائية من حيث صلتها بالحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية. وعلى الرغم من أنه سيفضّل أن يركز التحليل على قرارات المحاكم الجنائية، فستراعى أيضاً قرارات المحاكم المدنية إذا اعتُبرت مفيدة، كما كان الحال في التقارير السابقة.

(٢١٤) انظر: Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-139, para. 43). وتم تطبيق نفس الحجة في القرار التالي: decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, of 13 December 2011 (Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-140, para. 13, in fine).

(٢١٥) انظر الفصل الثالث، الفرع باء.

(٢١٦) انظر الوثيقة A/CN.4/673، الفقرات ٢٩-٣٨، والوثيقة A/CN.4/686، الفقرات ٤٩-٦٠.

١١٠ - وفيما يتعلق بالقرارات المتصلة بالحصانة الشخصية، تنبغي الإشارة إلى أن جميع المحاكم الجنائية الوطنية تقريبا رأت أن رؤساء الدول (وفي بعض الأحيان مسؤولين آخرين رفيعي المستوى) يتمتعون بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية أثناء فترة ولايتهم. وقبلت المحاكم بانطباق الحصانة الكامل على مجموعة متنوعة من الجرائم^(٢١٧)، بما في ذلك الجرائم الدولية^(٢١٨). ويستند هذا التأكيد إلى وجود مبادئ أو قواعد في القانون الدولي

(٢١٧) انظر القضايا التالية: [القضية المتعلقة بهونيكر] *Re Honecker*, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court, judgment of 14 December 1984, ILR, vol. 80, p. 366 (وهي قضية جنائية رفعت ضد رئيس مجلس الدولة آنذاك لجمهورية ألمانيا الديمقراطية - وهو بمثابة رئيس الدولة - بسبب الاحتجاز غير القانوني)؛ و [القضية المتعلقة بحسين] *re Hussein*, Germany, Regional Superior Court of Cologne, judgment of 16 May 2000, 2 Zs 1330/99, paras. 10-15 (وهي قضية مرفوعة ضد رئيس دولة العراق، صدام حسين، بتهم احتجاز رهائن واستخدام الرهائن للدفاع عن أهدافه خلال حرب الخليج الثانية؛ ورأت المحكمة أن أفعاله لم تكن جرائم بموجب القانون الدولي)؛ و [القضية المتعلقة بيو تفلقة] *re Bouteflika*, France, Court of Cassation, Criminal Chamber (وهي قضية تشهير وسب علني). No. 01-83440, judgment of 13 November 2001

(٢١٨) انظر القضايا التالية: [قضية تيودورو أوبيانغ نغيما والحسن الثاني] *Teodoro Obiang Nguema and Hassan II*, Spain, National High Court, decision of Central Investigation Court No. 5, of 23 December 1998 (وهي قضية فيديل كاسترو) *Fidel Castro*, Spain, National High Court, Criminal Chamber, decision 1999/2723, of 4 March 1999 (وكذلك قرارا محكمة التحقيقات المركزية رقم ٢ في إسبانيا، المحكمة العليا الوطنية، المؤرخان ١٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٨ و ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٩)؛ و [قضية ميلوسيفيتش] *Milosevic*, Spain, National High Court, decision of Central Investigating Court No. 1, of 25 October 1999 (وهي قضية آلان غارسيا بيريس وألبرتو فوجيموري) *Alan García Pérez and Alberto Fujimori*, Spain, National High Court, decision of 15 June 2001 (وهي قضية سيلفيو برلوسكوني) *Silvio Berlusconi*, Spain, National High Court, decision No. 262/97, of 27 May 2002 (وهي قضية شارون ويارون) *Re Sharon and Yaron*, Court of Cassation of Belgium, 12 February 2003, ILR, vol. 127, p. 123 (كانت الجرائم التي زعم أن المتهمين ارتكباها هي الإبادة الجماعية وجرائم حرب وانتهاكات خطيرة لبروتوكولات جنيف والبروتوكولات الإضافية الملحق بها)؛ و [قضية هوجو تشايبس] *Hugo Chávez*, Spain, National High Court, Central Investigation Court No. 4, of 24 March 2003 (وهي قضية بموفاز) *Re Mofaz*, United Kingdom, Bow St. Magistrates' Court, judgment of 12 February 2004, ILR, vol. 128, p. 712 (وهي تشمل طلب إصدار مذكرة توقيف ضد وزير الدفاع الإسرائيلي، الذي اتُهم بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف)؛ و [قضية تاتشيل ضد موغابي] *Tatchell v. Mugabe*, United Kingdom, Bow St. Magistrates' Court, judgment of 14 January 2004, ILR, vol. 136, p. 573 (طلب إصدار مذكرة توقيف ضد رئيس دولة زيمبابوي، الذي كان متهما بارتكاب أعمال تعذيب)؛ و [قضية حزب مدينة لاهاي ضد هولندا] *The Hague City Party v. Netherlands*, Netherlands, The Hague District Court, judgment of 4 May 2005, LJN AT5152, KG 05/432, para. 3.6 (وهي قضية غريبة اتُهم فيها رئيس الولايات المتحدة، جورج بوش، بسبب السلطات الممنوحة له بموجب قانون عام ٢٠٠١ المتعلق بحماية العسكريين والموظفين الأمريكيين، الذي يسمح له بالأمر باستخدام القوة، في ظروف محددة، فيما يتعلق بأشخاص محتجزين لدى المحكمة الجنائية الدولية)؛ و [القضية المتعلقة ببو شيلاي] *Re Bo Xilai*, United Kingdom, Bow St. Magistrates' Court, judgment of 14 January 2004, ILR, vol. 136, p. 573

العربي. وفي بعض الحالات، اتخذ إبداء الرأي المؤيد للحصانة الشخصية أيضا شكل ملاحظة عارضة للقاضي في القضايا المتعلقة بالحصانة الموضوعية^(٢١٩). وفي حالات أخرى، أبدى ذلك الرأي نتيجة لممارسة السلطات التقديرية المعترف بها للمدعي العام لدولة ما أو لأجهزة أخرى عندما يكون تدخلها ضروريا لبدء الإجراءات الجنائية^(٢٢٠). وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن المحاكم الوطنية عادة ما تبدي رأيها بشأن الحصانة في القضايا المرفوعة ضد مسؤولي الدولة، فقد أبدت إحدى المحاكم، في حالة استثنائية، رأيها في قضية التمس فيها إصدار فتوى^(٢٢١).

١١١ - وفي بعض القضايا، خلصت المحاكم إلى أن الحصانة الشخصية وحدها هي التي قد يتوقف تطبيقها إذ نصت معاهدة دولية بوضوح عن التخلي عنها أو رفعها، أو عدم إمكانية

Court, judgment of 8 November 2005, ILR, vol. 128, p. 714 (طلب إصدار مذكرة توقيف ضد وزير التجارة الصيني الذي أُلِّم بالتعذيب)، و [قضية رواندا (كاغامي)]، *Rwanda (Kagame)*, Spain, National High Court, decision of case No. 3/2008, of 6 February 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC), 1198 (ES 2008), para. 4 (قضت محكمة إسبانيا العليا الوطنية بأن الرئيس كاغامي لا يمكن تقديمه للمحاكمة بتهمة ارتكاب الإبادة الجماعية وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وأعمال إرهابية، فيما سمحت بمحاكمة الأشخاص الآخرين الذين اعتبروا من مسؤولي الدولة؛ وهكذا، رفضت المحكمة ضمينا حصانتهم الموضوعية).

(٢١٩) انظر، [الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسل في قضية بينوشيه] *Re Pinochet*, Brussels Court of First Instance, judgment of 6 November 1998, ILR, vol. 119, pp. 345-349.

(٢٢٠) انظر القضايا التالية: [القضية المتعلقة برجاباسكا] *re Rajapaksa*, decision of the Attorney General of Australia, of 25 October 2011; cited in Pedretti, *Immunity of Heads of State ...*, p. 139 (قضية مرفوعة ضد رئيس دولة سري لانكا بتهمة ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية)؛ و [القضية المتعلقة بجيانغ] *In re Jiang*, Germany, Chief Prosecutor, Federal Supreme Court, 24 June 2005, 3 ARP 654/03-2, para. 1 (قضية مرفوعة ضد رئيس دولة الصين السابق جيانغ زيمين، المتهم بارتكاب الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية والتعذيب؛ وأصدر رئيس هيئة الادعاء الاتحادية حكما بشأن كل من الحصانة الموضوعية والحصانة الشخصية)؛ وفي قضية لوران كاييلا، وردا على شكوى مقدمة ضد رئيس دولة جمهورية الكونغو الديمقراطية، قرر المدعي العام سحب القضية بناء على طلب تطبيق الحصانة (مثال مذكور في كتاب (Pedretti, *Immunity of Heads of State ...*, p. 152).

(٢٢١) انظر أيضا: [حكم المحكمة العليا في سيراليون في قضية سيساي (عيسى) وأورس ضد رئيس المحكمة الخاصة لسيراليون وأورس] *Sesay (Issa) and ors v. President of the Special Court for Sierra Leone and ors*, Supreme Court, Sierra Leone, Supreme Court, judgment of 14 October 2005, SC 1/2003, ILDC 199 (SL 2005), para. 52 (خلصت المحكمة إلى أن حصانة رئيس الدولة أمام محاكم دولة أجنبية تنطبق، سواء أمكن الاحتجاج بها في المحاكم الدولية أم لا).

الاحتجاج بها، أو إذا نصت المعاهدة على استثناء في هذا الصدد^(٢٢٢). وقد حكمت محكمة واحدة، بصورة استثنائية، لصالح استثناء من الحصانة الشخصية في حالة جرائم منصوص عليها بموجب القانون الدولي^(٢٢٣)، أو أشارت إلى وجود استثناءات من فئة الحصانة المذكورة لم تظهر بعد ذلك، عدا إشارة عامة إلى "أحكام محددة (...) تلزم الأطراف المعنية"^(٢٢٤). وأخيراً، تنبغي الإشارة إلى أن إحدى المحاكم الفرنسية قد أعلنت أن رئيس الدولة أثناء شغل منصبه لا يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية فيما يتعلق بأعمال الفساد وغيرها من الأعمال المماثلة^(٢٢٥).

(٢٢٢) انظر أيضاً القضيتين التاليتين: *Re Sharon and Yaron, HSA v. SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron)*, Court of Cassation of Belgium, 12 February 2003, ILR, vol. 127, pp. 123-124 (اعتبرت محكمة النقض البلجيكية أن كلا من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ونظام روما الأساسي واتفاقيات جنيف والبروتوكولات الملحق بها لم تف بتلك المتطلبات)؛ و *The Hague City Party v. Netherlands, Netherlands*, The Hague District Court, judgment of 4 May 2005, LJN AT5152, KG 05/432, para. 3.6) في تلك القضية، اعتبرت المحكمة أن الاستثناء الوحيد من حصانة رؤساء الدول نصت عليه المادة ٢٧ من نظام روما الأساسي).

(٢٢٣) انظر: *In re Hussein, Germany, Regional Superior Court of Cologne*, judgment of 16 May 2000 (رغم أن المحكمة رأت أن رئيس العراق يتمتع بالحصانة الشخصية، فقد قالت إن الحصانة يمكن تجاوزها عند ارتكاب الجرائم المحددة بموجب القانون الدولي، لكنها وجدت أنه لم تُرتكب جريمة من هذا القبيل في هذه الحالة).

(٢٢٤) انظر: [حكم محكمة النقض في فرنسا في قضية القذافي] *Gaddafi, France, Court of Cassation*, judgment of 13 March 2001, Criminal Chamber No. 1414, ILR, vol. 125, p. 509 (وفي الحكم الذي أصدرته محكمة النقض، قالت المحكمة، في ما يتعلق بجرائم الإرهاب، مثل تلك التي أُتهم بها رئيس دولة ليبيا، إنه "في الحالة الراهنة للقانون الدولي، لا تشكل الجرائم المزعومة، على الرغم من خطورتها، استثناء من مبدأ الحصانة من الولاية القضائية لرئيس دولة أجنبية أثناء شغل منصبه". ولا يشير الحكم إلى طبيعة هذه الاستثناءات؛ وإنما يكتفي بالتأكيد على أن "العرف الدولي يحمي رؤساء الدول أثناء شغل مناصبهم من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، في غياب أحكام تنص على عكس ذلك وتكون ملزمة للأطراف المعنية". وعلى أية حال، أعلنت المحكمة أن السيد القذافي يتمتع بالحصانة الشخصية. وفيما يتعلق بتلك القضية، تجدر الإشارة إلى أن محكمة الاستئناف في باريس قد رفضت الحصانة، إذ رأت أن هناك "ممارسة مقبولة عموماً في القانون في جميع الدول، بما في ذلك فرنسا، لا تشمل بموجبها الحصانة من الملاحقة سوى الأعمال الحكومية أو الإدارية التي يقوم بها رئيس الدولة، ولا يمكن أن تشمل هذه الأعمال الجرائم الدولية" ([حكم محكمة الاستئناف في باريس] *Court of Appeal of Paris*, judgment of 20 October 2000, ILR, vol. 125, p. 498).

(٢٢٥) انظر: [قضية تيودورو نغيما أوبيانغ مانغ] *Teodoro Nguema Obiang Mangue, France, Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Investigating Chamber II*, judgment of 13 June 2013; and *Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Investigating Chamber II*, application for annulment of judgment of 16 April 2015.

١١٢ - وأعلنت المحاكم المدنية أيضا أن الحصانة الشخصية تنطبق في الحالات التي تكون فيها الدعوى المرفوعة ضد رئيس الدولة متعلقة بارتكاب جرائم خطيرة^(٢٢٦). وصيغ ذلك الإعلان أيضا في شكل ملاحظة عارضة للقاضي في بعض القضايا المدنية^(٢٢٧). غير أن إحدى المحاكم قامت، بصورة استثنائية، بحصر الحصانة الشخصية لرئيس الدولة أثناء شغل منصبه في الأعمال الرسمية، واستبعدت الأعمال الخاصة^(٢٢٨).

١١٣ - والأحكام الصادرة عن محاكم جنوب أفريقيا فيما يتعلق بالحجة القائلة إن سلطات جنوب أفريقيا ينبغي لها أن تلقي القبض على الرئيس البشير عملا بمذكرة التوقيف الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية تستحق تحليلا خاصا. فقد قضت كل من المحكمة العليا في جنوب أفريقيا ومحكمة الاستئناف العليا في جنوب أفريقيا بأن الحصانة الشخصية لرئيس الدولة الأجنبي أثناء شغل منصبه لا تنطبق^(٢٢٩). غير أن هذين الحكيمين بنيا على الالتزام بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وعلى تشريعات جنوب أفريقيا، التي تنص صراحة على أنه لا يجوز منح الحصانة لأي مسؤول دولة أجنبي ارتكب جريمة الإبادة الجماعية أو جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب. وتم الطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف العليا لدى المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا؛ وكانت القضية تنتظر البت فيها عند استكمال هذا التقرير.

١١٤ - وأدت الحصانة الموضوعية لمسؤولي الدولة الأجنبية إلى إصدار المحاكم الجنائية الوطنية لعدد أكبر من الأحكام. وكانت المواقف التي اتخذها الدول في تلك الأحكام أكثر تباينا، وإن أمكن استنتاج أن المحاكم المحلية، في عدد معين من القضايا، ما فتئت تقبل بوجود قيود على

(٢٢٦) انظر: [حكم المحكمة المدنية في بروكسل في قضية بلجيكا: موبوتو ضد شركة (Belgium: Mobutu v. SA Cotoni, Civil Court of Brussels, judgment of 29 December 1988, ILR, vol. 91, p. 260 (قضية مرفوعة ضد الرئيس موبوتو، رئيس دولة زائير).

(٢٢٧) انظر: [حكم المحكمة العليا الخاصة في اليونان في قضية مارجيلوس ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية (Margellos v. Federal Republic of Germany, Greece, Special Supreme Court, judgment of 17 September 2002, 129 ILR, p. 532 (الدعوى المرفوعة ضد ألمانيا للحصول على تعويض عن الضرر والإحاف الناشئين عن أعمال ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية. ورأت المحكمة أنه على الرغم من التطورات في القانون الدولي، يظل المسؤولون الرفيعو المستوى لدولة أجنبية يتمتعون بالحصانة، بما في ذلك عند اتهامهم بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية).

(٢٢٨) انظر: [حكم محكمة الاستئناف في باريس في قضية موبوتو وجمهورية زائير ضد شركة (Mobutu and Republic of Zaire v. Société Logrine, France, Court of Appeal of Paris, judgment of 31 May 1994, 113 ILR, p. 484.

(٢٢٩) انظر Southern Africa Litigation Centre, section 28 (انظر الحاشية ٣٣ أعلاه).

الحصانة واستثناءات منها في الظروف المتعلقة بارتكاب الجرائم الدولية^(٢٣٠)، أو جرائم الفساد أو الجرائم المتصلة بها^(٢٣١)، وغيرها من الجرائم موضع الاهتمام الدولي، مثل الإرهاب،

(٢٣٠) انظر القضايا التالية: [قضية التاج البريطاني ضد قاضي المحكمة الجزئية لمنطقة باو ستريت الكبرى بطلب من

بينوشي أوغارتشي (القضية رقم ٣)] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte*

Pinochet, و *Pinochet Ugarte (No.3)*, United Kingdom House of Lords (UKHL) 17, [2000] 1 A.C. 147

؛ *Belgium*, Court of First Instance of Brussels, judgment of 6 November 1998, ILR, vol. 119, p. 349

و *In re Hussein*, Germany, Higher Regional Court of Cologne, judgment of 16 May 2000, 2 Zs 1330/99،

para. 11 (يرد هذا التأكيد في إطار فرضية أن الرئيس حسين لم يكن آنذاك لا يزال يشغل منصبه)؛

و [قضية بوتيرس] *Bouterse*, Netherlands, Court of Appeal of Amsterdam, judgment of 20 November 2000

(على الرغم من أن المحكمة العليا ألغت الحكم في وقت لاحق، فلم يكن لقرارها صلة بالحصانة

بل بُني على أساس انتهاك لمبدأ عدم رجعية القانون ومحدودية نطاق الولاية القضائية العالمية؛ انظر الحكم

المؤرخ ١٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠١)؛ و *Ariel Sharon and Amos Yaron*, Belgium, Court of Cassation،

judgment of 12 February 2003, ILR, vol.127, p. 123 (رغم أن المحكمة منحت الحصانة الشخصية لأرييل

شارون، فقد قامت بمحاكمة أموس يارون الذي كان، وقت ارتكاب الأفعال، رئيس القوات المسلحة

الإسرائيلية التي شاركت في مجازر صبرا وشاتيلا)؛ و [قضية فوجيموري] *Fujimori*, Chile, Supreme Court،

judge of first instance, judgment of 11 July 2007, case No. 5646-05, paras. 15-17 (تم اتخاذ القرار

فيما يتعلق بطلب للتسليم بسبب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وأعمال فساد)؛ و [قضية هـ. ضد

المدعي العام] *H. v. Public Prosecutor*, Netherlands, Supreme Court, judgment of 8 July 2008،

para. 7.2 ILDC 1071 (NL 2008)؛ و [قضية لوزانو ضد إيطاليا] *Lozano v. Italy*, Italy, Court of Cassation،

judgment of 24 July 2008, ILDC 1085 (IT 2008)، para. 6 و [قضية "أ." ضد مكتب الادعاء الاتحادي]

A. v. Office of the Public Prosecutor of the Confederation, Switzerland, Federal Criminal Court،

judgment of 25 July 2012, BB.2011.140 و [قضية ف.ف. ضد مدير النيابة العامة (قضية الأمير ناصر)]

FF v. Director of Public Prosecutions (Prince Nasser case), High Court of Justice, Queen's Bench

Division, Divisional Court, judgment of 7 October 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.) (تكمّن أهمية هذا

الحكم في أنه صدر في صورة "أمر بالتراضي"، أي بناء على اتفاق تم التوصل إليه بين المدّعين ومدير

الادعاء العام، قبل فيه المدير فكرة أن تهم التعذيب الموجهة إلى الأمير ناصر ليست مشمولة بالحصانة

الموضوعية). وأكدت أيضا المحكمة العليا الإيطالية، في دعوى مدنية، على أن مسؤولي الدول الذين ارتكبوا

جرائم دولية لا يتمتعون بالحصانة الموضوعية من الولاية القضائية الجنائية ([حكم محكمة النقض في قضية

فيريني ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية] *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of Cassation،

judgment of 11 March 2004, ILR, vol. 128, p. 674. وفي قضية جونز، أكد مجلس اللوردات من جديد،

رغم اعترافه بالحصانة من الولاية القضائية المدنية، أن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية لا تنطبق في

حالة التعذيب (*Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords, judgment of 14 June 2006 [2006] 1 A.C.

UKHL 26, [2007] 1 A.C. 1). وأخيرا، تنبغي الإشارة إلى أن المحكمة العليا الاتحادية في إثيوبيا، وإن كان في

سياق قضية مرفوعة ضد مواطن إثيوبي، أكدت على وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي تمنع تطبيق

الحصانة على رئيس دولة سابق متهم بارتكاب جرائم دولية ([حكم المحكمة العليا الاتحادية في قضية المدعي

الخاص ضد هاليماريام] *Special Prosecutor v. Hailemariam*, Federal High Court, judgment of 9 October

(1995, ILDC 555 (ET 1995)).

أو التخريب، أو التسبب في تدمير الممتلكات ووفاة الأشخاص أو إصابتهم بجروح فيما يتصل بهذه الجرائم^(٢٣٢). وعلاوة على ذلك، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أن المحاكم الوطنية قامت في بعض القضايا بمحاكمة مسؤولي دولة أخرى بتهم ارتكاب جرائم دولية، دون أن تصدر حكما صريحا بشأن الحصانة^(٢٣٣).

(٢٣١) انظر القضايا التالية: [قضية إيفغيني أداموف ضد المكتب الاتحادي للعدالة] *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice, Switzerland, Federal Tribunal, judgment of 22 December 2005, Decisions of the Federal Tribunal 132 II* (وهي قضية اختلاس أموال عامة)؛ و *Fujimori, Chile, Supreme Court, judge of first instance, judgment of 11 July 2007, case No. 5646-05, paras. 15-17* بطلب للتسليم بسبب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وأعمال فساد)؛ و *Teodoro Nguema Obiang Mangue, Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, judgment of 13 June 2013. Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, application for annulment, judgment of 16 April 2015*.

(٢٣٢) انظر القضايا التالية: [قضية الطائرة *DC 10 UTA*] *DC 10 UTA, France, Special Court of Assizes of Paris, judgment of 10 March 1999* (حكم صدر غيابيا على ستة مسؤولين ليبيين من رتب مختلفة بالسجن مدى الحياة باعتبارهم مرتكبي الهجوم الذي تعرضت له الطائرة التابعة لشركة UTA من طراز DC-10، وأدى إلى سقوطها في صحراء تينيري ومقتل ١٧٠ شخصا)؛ و [قضية التاج ضد مافار وبريور (قضية السفينة رايبو واريبوريور)] *R. v. Mafart and Prieur (Rainbow Warrior case), New Zealand, High Court, Auckland Registry, November 1985*، (الأفعال التي قام بها أفراد من القوات المسلحة وقوات الأمن الفرنسية لوضع ألغام للسفينة *Rainbow Warrior*، وأدت إلى غرق السفينة ووفاة عدة أشخاص؛ ووصفت هذه الأفعال بالأعمال الإرهابية)؛ و [قضية رابطة أسرى الضحايا في حادث غرق السفينة "جولا"] *Association des familles des victimes du Joola case, France, Court of Cassation, judgment of 19 January 2010, case No. 09-84818* (أكد الحكم مذكرة التوقيف الصادرة ضد وزير النقل ورئيس أركان القوات المسلحة ورئيس الأركان البحرية فيما يتصل بالأحداث التي تسببت في غرق السفينة "جولا").

(٢٣٣) حدث ذلك، على سبيل المثال، في قضية باربي المعروضة على المحاكم الفرنسية: *Federation Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie, France, Court of Cassation, judgments of 6 October 1983, 26 January 1984 and 20 December 1985, ILR, vol. 78, p. 125* و *Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie, Rhone Court of Assizes, Court of Cassation, judgment of 3 June 1988, ILR, vol. 78, p. 148*؛ وفي السابق، أدانت المحكمة المحلية بالقدس إيشمان بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب وجرائم ضد الشعب اليهودي، ورفضت حجة المتهم القائلة إنه، بصفته رئيسا لإدارة الشرطة السرية النازية (الجستابو) المعني بالشؤون اليهودية، ينبغي أن يعتبر بأنه كان يؤدي "أعمال دولة" [قضية المدعي العام ضد إيشمان] *Attorney General v. Eichmann, Israel, Supreme Court, judgment of 29 May 1962, ILR, vol. 36, pp. 309-310*. وفي الوقت نفسه، قامت المحكمة العليا الوطنية في إسبانيا بمحاكمة مسؤولين أجانب مختلفين بتهم ارتكاب جرائم دولية دون أن ترى أنه من الضروري إصدار حكم بشأن الحصانة، في قضايا بينوشيه، وسيلينغو، وكافايو، وغواتيمالا، ورواندا والتبت. غير أنه في قضية رواندا، حكمت المحكمة العليا الوطنية برفض محاكمة الرئيس كاغامي على أساس أنه كان يتمتع بالحصانة. وبالمثل، في قضية التبت، قضت المحكمة العليا الوطنية بعدم ملاحقة الرئيس هو دجيتاو، الذي كان رئيسا

١١٥ - ومع ذلك، استخدمت المحاكم الوطنية حججا متنوعة لتستنتج أن الحصانة الموضوعية لا تنطبق. فعلى سبيل المثال، رأت بعض المحاكم أن الحصانة لا ينبغي تطبيقها بسبب خطورة الأفعال التي ارتكبتها مسؤول الدولة^(٢٣٤)، وفي الوقت نفسه بُني رفض الحصانة الحصانة في قضايا أخرى على انتهاك القواعد الآمرة^(٢٣٥)، أو حتى على اعتبار أن الأفعال المعنية لا يمكن أن يُنظر إليها على أنها أعمال منفذة بصفة رسمية لأن ارتكاب هذه الجرائم لا يمكن أن يعتبر، تحت أي ظرف من الظروف، مهمة من المهام العادية للدولة أو لمسؤولي الدول^(٢٣٦).

١١٦ - وفي الوقت نفسه، دأبت المحاكم المدنية أيضا على اعتبار الحصانة غير قابلة للتطبيق في سيناريوهات مماثلة لتلك المذكورة في الفقرة السابقة، مستندة في قراراتها أساساً إلى كون

حينذاك؛ غير أن محكمة التحقيق المركزية رقم ٢ التابعة للمحكمة العليا الوطنية سمحت، عقب انتهاء فترة ولاية هو دجيتاوا كرئيس للجمهورية الصين، بمحاكمته بموجب الأمر المؤرخ ٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٣، مدعية أنه لم يعد متمتعاً بـ "الحصانة الدبلوماسية".

(٢٣٤) *Eichmann, Israel, Supreme Court, judgment of 29 May 1962, ILR, vol. 36, pp. 309-310*. وفي قضية فيريني، استندت المحاكم الإيطالية في حكمها إلى كل من خطورة الجرائم المرتكبة و مخالفة التصرف المعني للقواعد الآمرة ([حكم محكمة النقض في قضية فيريني ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية] *Ferrini v. Federal Republic of Germany, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004, ILR, vol. 128, p. 674*).

(٢٣٥) في قضية لوزانو، استندت محكمة النقض الإيطالية في رفضها لتطبيق الحصانة إلى انتهاك الحقوق الأساسية، التي لها صفة القواعد الآمرة، وبالتالي يجب أن تكون لها الأسبقية على القواعد التي تنظم الحصانة (*Lozano v. Italy, Italy, Court of Cassation, judgment of 24 July 2008, ILDC, 1085 (IT 2008), para. 6*). وفي قضية "أ"، ضد مكتب المدعي العام الاتحادي، استندت المحكمة الجنائية الاتحادية في سويسرا في قرارها إلى وجود حظر عرقي فيما يتعلق بارتكاب الجرائم الدولية يعتبره المشرع السويسري قاعدة أمرة؛ وأشارت أيضا إلى التناقض بين حظر هذا السلوك والاستمرار في الوقت نفسه في الاعتراف بالحصانة الموضوعية التي تحول دون فتح التحقيق (*A. v. Office of the Public Prosecutor of the Confederation, Switzerland, Federal Criminal Court, judgment of 25 July 2012, BB.2011.140*).

(٢٣٦) انظر القضايا التالية: *Pinochet, Belgium, Court of First Instance of Brussels, judgment of 6 November 1998, ILR, vol. 119, p. 349* و *In re Hussein, Germany, Higher Regional Court of Cologne, judgment of 16 May 2000, 2 Zs 1330/99, para. 11* (صدر عن المحكمة هذا التأكيد فيما يتعلق بالفرضية القائلة بأن الرئيس حسين يكن آنذاك لا يزال يشغل منصبه). وأخيراً، تنبغي الإشارة إلى أنه، في بعض القضايا، خلصت المحاكم الألمانية إلى أن الحصانة لا تنطبق على أساس أن دولة المسؤول لم تعد موجودة، وبالتالي لم تعد لمتهم صفة المسؤول. ومن بين القضايا التي تشير إلى المسؤولين السابقين في الجمهورية الديمقراطية الألمانية، هناك: [قضية حرس الحدود] *Border Guards, Federal Criminal Court, judgment of 3 November 1992, ILR, vol. 100, p. 373* و [قضية "ستوف"] *Stoph, Federal Constitutional Court, judgment of 21 February 1992, 2BvR 1661/91, para. 4* و [قضية "Mauerschützen"] *Mauerschützen, Federal Constitutional Court, judgment of 24 October 1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, para. 127*.

المعايير الدولية موضوع الانتهاك قواعد آمرة بطبيعتها (وهي بالأساس معايير حقوق الإنسان وحظر أنواع معينة من السلوك مثل التعذيب) وإلى تصنيف الأعمال التي بسببها تُرفع الدعاوى المدنية ضمن الأعمال التي إذا أتاها المسؤول يكون متجاوزاً لحدود سلطته، بحيث تنتفي عنها صفة الأعمال الرسمية أو تقع خارج نطاق الوظيفة العادية للدولة^(٢٣٧).

١١٧ - وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الوطنية، المدنية والجنائية على حد سواء، نفت الحصانة في الأعمال التي يقوم بها مسؤولو الدولة وهي وثيقة الارتباط بالمصالح الخاصة وترمي إلى الإثراء الشخصي للفرد المسؤول وليس إلى منفعة السلطان، كما نفتها في الحالات المرتبطة بالفساد^(٢٣٨).

(٢٣٧) في هذا الصدد، ارتأت محكمة يونانية أن الجرائم التي ترتكبها القوات المسلحة هي أعمال تُنسب إلى الدولة لأغراض المسؤولية الدولية، ولكن لا يمكن إدخالها ضمن الأعمال السيادية لأغراض حصانة الدولة (مقاطعة فويوتيا ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية) [Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Court of First Instance of Livadia, judgment of 30 October 1997].

(٢٣٨) انظر: [الولايات المتحدة ضد نوريغا]، *United States v. Noriega*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, judgement of 7 July 1997؛ و [يونغكويسست ضد الشيخ سلطان بن خليفة آل نهيان]، *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, United States District Court, District of Columbia, judgement of 20 September 1996؛ وقضية [ميليريو ضد إيزابيل دي بوربون، ملكة إسبانيا سابقاً]، *Mellerio v. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*؛ و [سيد علي بن حمود، الأمير رشيد ضد فير سنسكي]، *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid v. Wiercinski*, Tribunal civil de la Seine, judgement of 25 July 1916؛ وقضية [فاروق، ملك مصر سابقاً، ضد شركة كريستيان ديور] *Ex-roi d'Egypte Farouk v. s.a.r.l. Christian Dior case*, Court of Appeal of Paris, judgment of 11 April 1957؛ و [علي علي رضا ضد غريميل] *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Court of Appeal of Paris, judgment of 28 April 1961؛ و [تراخانو ضد ماركوس]، *Trajano v. Marcos*, US, 978 F. 2d 493 (Ninth Circuit, 1992)؛ ILR, vol. 103, p. 521؛ و [دو ضد زيديو بونسي دي ليون]، *Doe v. Zedillo Ponce de León*؛ و [خيمينيز ضد أريستيغييتا]، *Jiménez v. Aristeguieta* (1962) ILR, vol. 32, p. 353؛ و [جان - جوست ضد ديفاللييه]، *Jean-Juste v. Duvalier* (1988), No. 86-0459 Civ (US District Court), SD Fla.؛ وقضية [آداموف] *Adamov* (انظر الحاشية ٢٣١ أعلاه)؛ و [جمهورية الفلبين ضد ماركوس وآخرين]، *Republic of the Philippines v. Marcos et al.* (1986), ILR, vol. 81, p. 581؛ و [جمهورية الفلبين ضد ماركوس وآخرين]، *Republic of the Philippines v. Marcos et al.* (No. 2) (1987, 1988), ILR, vol. 81, p. 609؛ و [جمهورية هايتي ضد ديفاللييه]، *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 QB 2002؛ و [جمهورية إيران الإسلامية ضد بهلوي]، *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi* (1984), ILR, vol. 81, p. 557 (United States)؛ في هذه القضية كانت حكومة الولايات المتحدة هي التي أبلغت المحكمة بأنه لا ينبغي رد الدعوى لا تطبيقاً لمبدأ الحصانة السيادية ولا مبدأ عمل الدولة؛ و [تيودورو نغيما أوبيانغ مانغي]، *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, judgment of 13 June 2013 and Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, application for annulment, judgment of 16 April 2015.

١١٨ - وعلى أية حال، منحت المحاكم الوطنية الحصانة الموضوعية من الجرائم المشار إليها أعلاه في عدد قليل من القضايا^(٢٣٩)؛ وفي بعض الأحيان كان التناقض واضحاً في المواقف التي التي أخذ بها الاجتهاد القضائي في محاكم الدولة الواحدة. غير أن هذه التناقضات تعزى في بعض تلك القضايا إلى الاختلاف في التعامل مع مسألة الحصانة إزاء نفس الوقائع، تبعاً لما إذا كانت القضية معروضة على محاكم جنائية أو على محاكم مدنية^(٢٤٠).

(٢٣٩) انظر: [ماركوس وماركوس ضد المكتب الاتحادي للشرطة، سويسرا]، *Marcos and Marcos v. Federal*

Office of Police, Switzerland, Federal Tribunal, judgment of 2 November 1989, Decisions of the Federal Tribunal 115 Ib 496. وانظر أيضاً: [الجلة السويسرية للقانون الدولي والأوروبي (١٩٩١)] *Revue suisse de droit international et européen* (1991), p. 535 e ILR, vol. 102, p. 201 بالأنشطة المالية التي قام بها فرديناند ماركوس وزوجته لما كان رئيساً لجمهورية الفلبين؛ و [السنغال، المدعي العام ضد حسين هيري] *Senegal, Prosecutor v. Hissène Habré, Court of Appeal of Dakar*, judgment of 4 July 2000, and Court of Cassation, judgment of 20 March 2001 pp. 571-577 (أعمال التعذيب والجرائم ضد الإنسانية)؛ وقضية [جيانغ زيمين، ألمانيا، قرار المدعي العام الاتحادي المؤرخ ٢٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٥] *Jiang Zemin, Germany, decision of the Federal Prosecutor* General of 24 June 2005, 3 ARP 654/03-2 (عامل المدعي العام رئيس الدولة الصيني السابق بنفس ما يُعامل به رئيس دولة لا يزال في منصبه، على أساس الحاجة إلى ضمان ممارسة وظائف مسؤول من كبار مسؤولي الدولة)؛ و [جونز ضد وزارة الداخلية بالملكة العربية السعودية] *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, House of Lords, judgment of 14 June 2006 (Jones No. 2), UKHL 2006, 26

(٢٤٠) كانت هناك اختلافات معينة في تناول مسألة الحصانة الموضوعية في المحاكم المدنية والمحاكم الجنائية بالملكة المتحدة: انظر قضية [ر. ضد قاضي بو ستريت وبيوشيه] *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary*

147 A.C. [2000] 17, UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147 *Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (No.3), UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147 *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia*, House of Lords, judgment of 14 June 2006, [2006] 1 A.C. 147 *FF v. Director of* (قضية الأمير ناصر) [UKHL 26, [2007] 1 A.C.

Public Prosecutions (Prince Nasser case), High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, judgment of 7 October 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin). وعن هذا الاختلاف يمكن الرجوع أيضاً إلى الفقرة ٥٦ من الوثيقة A/CN.4/686. وفي قضية [بوزاري ضد جمهورية إيران الإسلامية] *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*، منحت محكمة الاستئناف في أونتاريو الحصانة من الولاية القضائية المدنية لجمهورية إيران الإسلامية في قضية تتعلق بالتعذيب، وإن كانت المحكمة قد أشارت في هذا الصدد إلى الاجتهاد الذي أخذ به مجلس اللوردات في قضية بينوشيه لغرض التمييز بين الحصانة من الولاية القضائية المدنية والحصانة من الولاية القضائية الجنائية (2004 CarswellOnt 2681, 243 D.I.R. (4th) 406, 71 O.R. (3d) 675, 122 C.R.R. (2d) 26, 220 O.A.C. 1, para. 91). وبالمثل، أعلنت المحكمة العليا في نيوزيلندا صراحة في قضية [فانغ ضد جيانغ زيمين] *Fang v. Jiang Zemin*، أن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية لا تنطبق في حالة أعمال التعذيب (الحكم المؤرخ ٢١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦، [تقارير القانون الدولي] ILR المجلد ١٤١، الصفحة ٧١٧). وفي نهج مختلف نهائياً، ذهبت محكمة النقض الإيطالية إلى أنه لما كانت الحصانة الموضوعية لمسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية لا تنطبق في حالات جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، فإنه ينبغي تفسير ذلك بأنه يعني أن حصانة الدولة لا تنطبق هي أيضاً عندما ترفع دعوى

١١٩ - ومن المناسب إجراء تحليل مستقل للممارسة المتبعة في محاكم الولايات المتحدة، حيث إن هذه المحاكم بتت في مسألة الحصانة الموضوعية لمسؤولي الدول من خلال تطبيق قانون حصانات السيادة الأجنبية (إزاء الولاية القضائية المدنية فقط)، وأيضاً من خلال تطبيق مبادئ القانون العام الأنكلوسكسوني (إزاء الولاية القضائية المدنية والجنائية على حد سواء)، على الرغم من أن الصيغة الثانية لم يبدأ تطبيقها بوجه عام سوى منذ الحكم الصادر في قضية [سامانتار] *Samantar*، حيث ارتأت المحكمة العليا أن قانون حصانات السيادة الأجنبية ينطبق فقط عندما تكون الدعوى مرفوعة ضد الدولة بمعناها الضيق وليس ضد فرد من مسؤوليها^(٢٤١). ففي إطار الصيغة الأولى (قانون حصانات السيادة الأجنبية)، يكون للمحاكم المسؤولية الحصرية للبت في مسألة الحصانة، بينما في الصيغة الثانية (القانون العام الأنكلوسكسوني) يكون للسلطة التنفيذية سلطة أن تقرر هل يجوز تمتع الفرد بالحصانة أم لا، وذلك من خلال "اقتراح بمنح الحصانة" تكون المحاكم ملزمة باحترامه؛ فالمحاكم لا يكون لها أن تبت في المسألة من تلقاء نفسها إلا إذا لم تصدر وزارة الخارجية اقتراحاً بالحصانة^(٢٤٢).

١٢٠ - ومع ذلك، تبين في كثير من الحالات التي تم تحليلها في ضوء قانون حصانات السيادة الأجنبية، أن محاكم الولايات المتحدة قضت بأن الحصانة من الولاية القضائية لا تنطبق في الحالات المتعلقة بالجرائم الدولية والانتهاكات الماسة بحقوق الإنسان، والتي تعتبر عموماً أعمالاً متجاوزة لحدود السلطة تؤتي لمنفعة المسؤول حصراً، ولا تشكل جزءاً من

مدنية ضد الدولة بسبب الأعمال نفسها (قضية [فيريني ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية] *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004, ILR, vol. 128, p. 674).

(٢٤١) قضية [سامانتار ضد يوسف] *Samantar v. Yousuf*, US 130 S Ct. 2278 (2010). وبخصوص الموقف الذي كانت تأخذ به سابقاً المحاكم المذكورة، انظر قضية [شويديان ضد البنك المركزي الفلبيني] *Chuidian v. Philippine National Bank*, US, 912 F.2d 1095 (Ninth Circuit, 1990); ILR, vol. 92, p. 480.

(٢٤٢) فيما يتعلق بالتغييرات التي طرأت على الطريقة التي تعامل بها محاكم الولايات المتحدة حصانة مسؤولي الدول، انظر، في جملة مراجع: John B. Bellinger, "The Dog that Caught the Car: Observations on the Past, Present, and Future Approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, No. 4, 2011, pp. 819-835; Harold Hongju Koh, "Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 1141-1161; Chimène I. Keitner, "Annotated Brief of Professors of Public International Law and Comparative Law as *Amici Curiae* in Support of Respondents in *Samantar v. Yousuf*", *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, No. 3 (fourth quarter of 2011), pp. 609-632.

الوظائف العادية للدولة وتنتهك القواعد الآمرة^(٢٤٣). بيد أن ذلك لم يمنع محاكم الولايات المتحدة من منح الحصانة الموضوعية في بعض الحالات، حتى عندما تكون الأعمال التي يُدعى بالحصانة منها جرائم دولية أو انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان^(٢٤٤). فالحصانة الموضوعية تُمنح أكثر حيثما كانت المحاكم ملزمة بأن تستند في قراراتها إلى قواعد القانون العام الأنكلوسكسوني وحده، ومرد ذلك أساساً إلى أن الوزن الهام الذي لرأي الجهاز التنفيذي مجسداً في "اقتراح الحصانة" يكون له الرجحان في نظام القانون العام الأنكلوسكسوني^(٢٤٥). ويوجد من الحالات ما يصدر فيه اقتراح الحصانة وتنتهي فيه المحاكم إلى رفضها، إما مسaire للاقتراح نفسه وإما لأن المحكمة، بغض النظر عن الاقتراح، انتهت من نظرها في الأسس

(٢٤٣) انظر: [لوتوليه ضد شيلي] 79 ILR 561 (Second Circuit, 1984); 748 F.2d 790 (Second Circuit, 1984); *Letelier v. Chile*, US, 748 F.2d 790 (Second Circuit, 1984); 311 F.2d 547 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 1962); *Jiménez v. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 1962); *United States v. Noriega*; *Hilao and others v. Estate of Marcos*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, judgment of 16 June 1994 (ارتأت المحكمة أن أعمال التعذيب والإعدام والاختفاء التي قام بها ماركوس لا تدخل ضمن الولاية الرسمية ولا يمكن اعتبارها أعمالاً لوكالة أو مؤسسة تابعة لدولة أجنبية)؛ *In Re Doe I, et al. v. Liu Qi, et al., Xia Deren et al.*, United States District Court, Northern District of California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW); *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Supreme Court of the State of New York (United States of America), judgment of 31 October 1988; *Chuidian v. Philippine National Bank*, Court of Appeals, Ninth Circuit (United States of America), judgment of 29 August 1990; *Maximo Hilao, et al., Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Court of Appeals, Ninth Circuit (United States of America), judgment of 16 June 1994; *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, J. Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo and Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, United States District Court, District of Massachusetts, judgment of 12 April 1995; and *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, United States District Court, Southern District of New York, judgment of 18 April 1996.

(٢٤٤) انظر: *Saltany v. Reagan and others*, United States District Court, District of Columbia, judgment of 23 December 1988; *Saudi Arabia v. Nelson*, United States Supreme Court, ILR, vol. 100, p. 544; *Lafontant v. Aristide*, United States District Court, Eastern District of New York, judgment of 27 January 1995; A, *B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, October 2002: هذه قضية مهمة لأن مجموعة من أعضاء الكونغريس في الولايات المتحدة من الحزب الديمقراطي، ما إن انتهت فترة رئاسة جيان زيمين في عام ٢٠٠٣، حتى حاولوا إعادة فتح القضية، لكن لم يحالفهم النجاح لأن وزارة الخارجية بقيت على اقتراحها الرامي إلى منح الحصانة؛ *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (Seventh Circuit, 2004); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (Second Circuit, 2009).

(٢٤٥) بخصوص ممارسة وزارة الخارجية فيما يتعلق باقتراح الحصانة، انظر: Erica E. Smith, "Immunity Games: How the State Department Has Provided Courts with a Post-Samantar Framework for Determining Foreign Official Immunity", *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, No. 3 (March 2014), pp. 569-608.

الموضوعية للدعوى إلى أن الأعمال موضوع المتابعة تتجاوز حدود السلطة أو مخالفة لقواعد القانون الدولي الآمرة^(٢٤٦).

١٢١ - وباختصار، يبين التحليل الوارد أعلاه أن المحاكم الوطنية تكاد تجمع على الإقرار بأن الحصانة الشخصية لا تخضع لأي قيود أو استثناءات. ومع ذلك، يمكن أن يُستنتج بخصوص الحصانة الموضوعية أن الاتجاه الغالب هو قبول وجود بعض القيود والاستثناءات التي تخضع لها هذه الحصانة، سواء في ضوء خطورة الجرائم، لانتهاكها قواعد آمرة أو تقويضها قيم المجتمع الدولي ككل، أو لأن الجرائم المرتكبة لا يمكن اعتبارها أعمالاً يأتيها صاحبها بصفة رسمية لأنها تتجاوز أو لا تطابق الوظائف العادية للدولة.

١٢٢ - وفي ختام هذا التحليل الذي تناول الاجتهاد القضائي الداخلي، لا بد من الإشارة إلى الحكم الذي أصدرته المحكمة الدستورية الإيطالية في ٢٢ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤، وهو حكم أتت المقررة الخاصة على ذكر أهميته في التقرير الرابع^(٢٤٧). فهذا الحكم يشير إلى المسائل الناشئة عن تضمين النظام القانوني الإيطالي حكم محكمة العدل الدولية في قضية الحصانات القضائية للدولة، وهو لذلك يتضمن حججاً تتعلق بحصانة الدولة من الولاية القضائية بالمعنى الضيق للدولة. بيد أن المحكمة الدستورية تركز حججها إلى حد بعيد على الحصانة من الولاية القضائية وعلاقتها بالحق في الاحتكام إلى القضاء والحماية القضائية

(٢٤٦) انظر: *Enahoro v. Abubakar*, 408 F. 3d 877 (Seventh Circuit, 2005); *Yousuf v. Samantar*, 699 F. 3d 763 (Fourth Circuit, 2012) (على الرغم من أن وزارة الخارجية اعترضت في هذه القضية على الحصانة، ارتأت المحكمة أن الاقتراح غير ملزم ونظرت في الأسس الموضوعية للقضية، وخلصت إلى أن هناك اتجاهًا متزايدًا في القانون الدولي الحالي يقضي بعدم منح الحصانة لمسؤول الدولة عن الأعمال التي تنتهك القواعد الآمرة، بغض النظر عما إذا كان يمكن أن يُنسب العمل إلى الدولة).

(٢٤٧) إن الاهتمام الذي أثاره هذا الحكم يتجاوز بكثير موضوع حصانات الدول وله آثار على أمور بالغة الأهمية، ولا سيما ما يتصل منها بالعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني. وكمثال على هذا الاهتمام انظر التحليل المتعمق للقرار رقم ٢٣٨/٢٠١٤ في: Robert Kolb, "The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision No. 238/2014 of the Italian Constitutional Court", *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), pp. 5-16; Pasquale De Sena, "The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law", *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), pp. 17-31; Cesare Pinelli, "Between undue fiction and respect for constitutional principles", pp. 33-41; Paolo Palchetti, "Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out", *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), pp. 44-47.

الفعلية للحقوق الأساسية^(٢٤٨). وربما كان لهذه الحجج أهمية بالنسبة لهذا التقرير، ولذلك نوردتها موجزة فيما يلي:

(أ) الحق في الاحتكام إلى العدالة وفي الحماية القضائية الفعلية لحقوق الإنسان المصونة "من أكبر مبادئ الثقافة القانونية في النظم الديمقراطية في عصرنا الحالي"، ولا يمكن تقييد هذا المبدأ إلا في ظروف مخصوصة؛

(ب) حصانة الدولة من الولاية القضائية يمكن أن "تسوغ التضحية بمبدأ الحماية القضائية للحقوق المصونة التي يكفلها الدستور" الإيطالي بشرط أن تكون هذه الحصانة "مرتبطة - من حيث الجوهر وليس من حيث الشكل فحسب - بالوظائف السيادية للدولة الأجنبية، أي بممارسة الدولة لصلاحيات الحكم"؛

(ج) بعض الأعمال "المسلم بكونها جرائم ضد الإنسانية، من قبيل الترحيل والسخرة والمجازر، لا يمكن أن تبرر التضحية المطلقة في النظام القانوني الداخلي بالحماية القضائية للحقوق المصونة المكفولة لضحايا تلك الجرائم". "فأعمال الدولة التي يمكن اعتبارها جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية أو انتهاكات لحقوق الإنسان المصونة، مستثناة، لطبيعتها تلك، من الممارسة المشروعة لصلاحيات الحكم"؛

(د) خلاصة الأمر أن الحصانة "لا تحمي السلوك الذي لا يندرج ضمن الممارسة العادية لصلاحيات الحكم، بل يُعتبر سلوكا غير قانوني ويُصنف كذلك، لأنه يشكل انتهاكا للحقوق المصونة"؛

(هـ) الحصانة لا يمكن اعتبارها تضحية مقبولة بالحقوق المذكورة أعلاه عندما لا توجد أي سبل انتصاف فعالة أخرى تمكن من الوصول إلى المحاكم والحصول على الحماية القضائية الفعلية، كما هو الحال في هذه القضية.

هاء - الأعمال الأخرى التي اضطلعت بها اللجنة

١٢٣ - تناولت اللجنة فيما مضى عددا من المواضيع ذات الصلة بموضوع هذا التقرير، وبخاصة مبادئ القانون الدولي المعترف بها في ميثاق محكمة نورمبرغ وفي الحكم الصادر عن هذه المحكمة، ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، والمواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دوليا. وفي كل صك من هذه الصكوك أحكام مفيدة في تحديد نطاق ما تخضع له الحصانة من قيود واستثناءات يتناولها التحليل أدناه. وقد تناولت

(٢٤٨) انظر، على وجه الخصوص، الفرع ٣-٤ من الحكم.

اللجنة أيضا مسائل تتعلق بالقيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة في مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومشاريع المواد المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية. وترد مناقشة هذين الصكين الأخيرين في موضع آخر من هذا التقرير^(٢٤٩).

١٢٤ - اعتمدت لجنة القانون الدولي في عام ١٩٥٠ مبادئ القانون الدولي المعترف بها في ميثاق محكمة نورمبرغ وفي الحكم الصادر عن هذه المحكمة^(٢٥٠) استجابة منها لتكليف صريح من الجمعية العامة^(٢٥١) التي أحاط علما بتلك المبادئ في قرارها ٤٨٨ (د-٥) المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٥٠. وكما هو معروف جيدا، كانت هذه المبادئ أساسا لأعمال اللجنة اللاحقة بشأن الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، وبشأن وضع مشروع نظام أساسي لمحكمة جنائية دولية.

١٢٥ - وتتضمن الوثيقة التي اعتمدها اللجنة ثلاثة مبادئ أساسية ذات صلة بأغراض هذا التقرير: (أ) مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية المستمد من القانون الدولي بصرف النظر عن أحكام القوانين الوطنية^(٢٥٢)؛ (ب) مبدأ عدم الاعتداد بالمنصب الرسمي في تحديد المسؤولية^(٢٥٣)؛ (ج) مبدأ عدم جواز الاحتجاج بتلقي الأوامر باعتبار ذلك مسوغا للإعفاء من المسؤولية^(٢٥٤). وهذه المبادئ الثلاثة وثيقة الترابط وتؤرخى منها ألا يقلت مرتكبو الجرائم الدولية من العقاب. فأى شخص يرتكب جريمة دولية إلا وهو مسؤول عن جرمته بحكم

(٢٤٩) انظر الفصل الثاني، الفرع ألف أعلاه.

(٢٥٠) مبادئ القانون الدولي المعترف بها في ميثاق محكمة نورمبرغ وفي الحكم الصادر عن هذه المحكمة، مشفوعة بشروح (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٠ [غير متاحة بالعربية]، المجلد الثاني، الصفحات ٣٧٤ إلى ٣٧٨، الوثيقة A/1316، الفقرتان ١٠٣ و ١٠٤. ويرد النص في حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٨٥، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١٢، الفقرة ٤٥.

(٢٥١) القرار ١٧٧ (د-٢) المؤرخ ٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٤٧.

(٢٥٢) نص المبدأ الأول كما يلي: "إن أي شخص يرتكب فعلا يشكل جريمة بموجب القانون الدولي يكون مسؤولا عن هذا الفعل وعرضة للمعاقبة عليه". ونص المبدأ الثاني "إن كون القانون الداخلي لا يفرض عقوبة على فعل يشكل جريمة بموجب القانون الدولي لا يعفي مرتكب الفعل من المسؤولية بموجب القانون الدولي" (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٨٥، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١٢، الفقرة ٤٥).

(٢٥٣) وفقا لمشروع المبدأ الثالث، "إن كون الشخص الذي ارتكب فعلا يشكل جريمة بموجب القانون الدولي قد تصرف بوصفه رئيسا للدولة أو موظفا حكوميا مسؤولا لا يعفيه من المسؤولية بموجب القانون الدولي" (المرجع نفسه).

(٢٥٤) ينص المبدأ الرابع على ما يلي: "إن كون الشخص قد تصرف بأمر من حكومته أو من أحد رؤسائه لا يعفيه من المسؤولية بموجب القانون الدولي، شريطة أن تكون قد توفرت له في الواقع إمكانية الخيار الأخلاقي" (المرجع نفسه).

هذه المبادئ، دون اعتبار لمنصبه الرسمي أو لما إذا كان قد تصرف من تلقاء نفسه أو بناء على أمر تلقاه من حكومة دولة أو من موظف أعلى رتبة منه.

١٢٦ - وتشمل المبادئ المذكورة أعلاه مجموعة من العناصر الجديرة باهتمام خاص، وقد سلطت عليها اللجنة الضوء فيما أوردته من شروح لتلك المبادئ. ويمكن إيجاز هذه العناصر على النحو التالي:

(أ) يجوز أن يفرض القانون الدولي واجبات والتزامات على الأفراد مباشرة، دون الحاجة إلى أي وساطة، تماما كما هو الحال بالنسبة للدول. وعلى غرار ما ورد في التقرير الرابع، تكون اللجنة بذلك قد أكدت المسؤولية المزدوجة للدولة والفرد عن ارتكاب جرائم دولية، مشيرة في هذا الصدد إلى استنتاج محكمة نورمبرغ الدائع الصيت الذي ارتأت فيه أن "الجرائم التي تنتهك القانون الدولي إنما يرتكبها بشر لا كيانات مجردة، ولا يمكن إعمال أحكام القانون الدولي إلا بمعاقبة الأفراد الذين يرتكبون هذه الجرائم" (٢٥٥)؛

(ب) يسمو القانون الدولي على القانون الداخلي بالنظر إلى أن "الأفراد يتحملون واجبات دولية تسمو على ما تفرضه كل دولة على حدة من التزامات وطنية تقتضي الطاعة"، على حد تعبير محكمة نورمبرغ (٢٥٦)؛

(ج) أن يتصرف الفرد بصفته الرسمية أو امتثالا لأوامر ليس ذريعة تحول دون إثبات المسؤولية الفردية عن ارتكاب جرائم يدينها القانون الدولي (٢٥٧).

١٢٧ - وأخيرا، ينبغي الإشارة إلى أن مبادئ نورمبرغ، كما صاغتها لجنة القانون الدولي، هي أساسا ذات طابع موضوعي، ومن ثم فإن النص المعتمد لا يشير صراحة إلى الحصانة باعتبارها عائقا إجرائيا أمام ممارسة الولاية القضائية من جانب محكمة وطنية أو دولية. وينبغي مع ذلك فهم هذا البعد الموضوعي لمبادئ نورمبرغ في ضوء صلتها بميثاق محكمة نورمبرغ والحكم الذي أصدرته تلك المحكمة، حيث اعتبر الحكم أن المحكمة تملك الولاية القضائية وأن الدفع بالصفة الرسمية أو بواجب الطاعة هو بالأساس شكل من أشكال الدفاع الموضوعي الذي تنتفي عنه الواجهة بحكم الميثاق وما قضت به المحكمة. وهذا لا يعني أن

(٢٥٥) انظر شرح المبدأ الأول، حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٠، الصفحة ٣٧٤، الفقرة ٩٩.

(٢٥٦) المرجع نفسه، الصفحة ٣٧٥، الفقرة ١٠٢.

(٢٥٧) انظر شروح المبدأين الثالث والرابع، لا سيما الفقرات ١٠٣ إلى ١٠٥، المرجع نفسه.

المحكمة لم تشر قط في حكمها إلى الحصانة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما يتضح من الاقتباسات التالية التي أوردتها اللجنة في شرحها للمبدأ الثالث^(٢٥٨):

”إن مبدأ القانون الدولي الذي يحمي في ظروف معينة ممثلي دولة لا يمكن تطبيقه على أعمال يدينها القانون الدولي باعتبارها أعمالاً إجرامية. ولا يمكن لمرتكبي هذه الأفعال التستر وراء مناصبهم الرسمية للإفلات من العقاب“.

”ومن ينتهك قوانين الحرب، فإنه لا يجوز له التمتع بالحصانة عند التصرف وفقاً لسلطة الدولة، إذا كانت الدولة بترخيصها بالعمل قد خرجت عن نطاق اختصاصها بموجب القانون الدولي“.

١٢٨ - وعلى نفس المنوال، تناولت اللجنة المسائل الآتية الذكر في كل من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الذي اعتمد في عام ١٩٥٤^(٢٥٩)، ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الذي اعتمد في عام ١٩٩٦^(٢٦٠)، وإن كان التحليل الوارد أدناه يشير أساساً إلى هذا المشروع الأخير. وتكرر اللجنة مرة أخرى في هذا النص مبادئ المسؤولية الجنائية الفردية^(٢٦١)، وعدم الاعتداد بالمنصب الرسمي^(٢٦٢)، وعدم جواز الاحتجاج بالأوامر الصادرة من حكومة أو من أحد الرؤساء في العمل^(٢٦٣).

(٢٥٨) المرجع نفسه، الفقرة ١٠٣.

(٢٥٩) حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٤، المجلد الثاني، الصفحة ١٥١.

(٢٦٠) حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٣٦، الفقرة ٤٦.

(٢٦١) بموجب الفقرة ١ من المادة ٢، من مشروع مدونة عام ١٩٩٦، ”ترتب الجريمة المخلة بسلم الإنسانية وأمنها مسؤولية فردية“ (المرجع نفسه، الصفحة ٣٩)، وتؤدي هذه الجريمة بموجب المادة ٣ إلى ”العقاب“ ويكون هذا ”العقاب متناسباً مع طبيعة الجريمة وخطورتها“ (المرجع نفسه، الصفحة ٤٧). وفي سياق مماثل، انظر المادة ١ من مشروع مدونة عام ١٩٥٤، التي تنص على ما يلي: ”الانتهاكات المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، على النحو المحدد في هذا القانون، جرائم في حكم القانون الدولي يعاقب الأفراد المسؤولون عنها“ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٤، المجلد الثاني، الصفحة ١٥١).

(٢٦٢) وفي المادة ٧ من مشروع مدونة عام ١٩٩٦ أنه ”لا يُعفى الفرد الذي يرتكب جريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من مسؤوليته الجنائية ولا تُخفف عقوبته لصفته الرسمية، حتى ولو تصرف بوصفه رئيس دولة أو حكومة“ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٥٥). هذا ويورد مشروع مدونة عام ١٩٥٤ في مادته الثالثة أن ”تصرف شخص بصفته رئيس دولة أو موظفاً حكومياً مسؤولاً لا يعفيه من المسؤولية عن ارتكاب أي من الجرائم الوارد تعريفها في هذه المدونة“ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٤، المجلد الثاني، الصفحة ١٥٢).

(٢٦٣) تكرر مدونة عام ١٩٩٦ هذا المبدأ في المادة ٥ التي تنص على أنه ”لا يُعفى الفرد المتهم بجريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من المسؤولية الجنائية لكونه تصرف بناءً على أمر صادر من حكومة أو من رئيس أعلى، ولكن يجوز النظر في تخفيف العقوبة إذا اقتضت العدالة ذلك“ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦،

١٢٩ - وعلى غرار الصيغة التي وُضعت عام ١٩٥٠، يعرف النص الذي اعتمدته اللجنة هذه المبادئ من الناحية الموضوعية أساساً ولا يشير صراحة إلى الحصانة بالمعنى الإجرائي. ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن شروح اللجنة على مشروع المدونة تخوض بمزيد من التفصيل في الحصانة فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة ضد سلم البشرية وأمنها، وترفضها من حيث الاعتبارات الموضوعية والإجرائية على السواء. فعلى سبيل المثال، تؤكد اللجنة في شرح المادة ٧ بشأن عدم الاعتداد بالمنصب الرسمي، ما يلي:

”أي موظف حكومي يخطط لهذه الجرائم أو يحرض عليها أو يأذن أو يأمر بها لا يقوم بتوفير ما يلزم من وسائل وأشخاص لارتكاب الجريمة فحسب، وإنما أيضاً بإساءة استعمال ما أوكل إليه من سلطة ونفوذ. ويمكن بالتالي اعتبار نصيبه من المسؤولية أكبر حتى من نصيب المرؤوس الذي يرتكب العمل الإجرامي فعلياً. وسيكون هناك تناقض إذا ما سمح للأفراد الذين يتحملون، في بعض النواحي، معظم المسؤولية عن الجرائم المشمولة بالمدونة بالاحتجاج بسيادة الدولة والاختباء وراء الحصانة الممنوحة لهم بحكم مناصبهم وبخاصة لأن هذه الجرائم البغيضة تصدم وجدان البشرية وتخالف بعض أهم قواعد القانون الدولي وتهدد السلم والأمن الدوليين“ (٢٦٤).

١٣٠ - وتخلص اللجنة في شرحها لهذه المادة نفسها إلى أن مسؤولي الدول لا يمكن أن يحتجوا بالحصانة الموضوعية ولا بالحصانة الإجرائية، مؤكدة ما يلي:

”والهدف من المادة ٧ هو منع الفرد الذي ارتكب جريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من التذرع بمنصبه الرسمي كطرف يعفيه من المسؤولية أو يمنحه أي حصانة، حتى ولو ادعى أنه قام بالأعمال التي تشكل جريمة أثناء ممارسته لوظائفه. وكما اعترفت محكمة نورمبرغ في حكمها، فإن مبدأ القانون الدولي الذي يحمي

المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٤٩). يتضمن مشروع مدونة عام ١٩٥٤ هذا المبدأ في المادة ٤ التي تنص على أن ”الشخص المتهم بأي جريمة من الجرائم الوارد تعريفها في هذه المدونة لا يُعفى من المسؤولية في القانون الدولي لكونه تصرف بناءً على أمر صادر من حكومته أو من رئيس أعلى إذا كان بإمكانه، في الظروف السائدة وقت ارتكاب الفعل، ألا يمثل لذلك الأمر“ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٤، المجلد الثاني، الصفحة ١٥٢).

(٢٦٤) حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٥٥، الفقرة (١) من شرح المادة ٧. وفي الفقرة (٣) من الشرح، تشير اللجنة إلى أنه ”رفضت محكمة نورمبرغ أن تعتبر حجة القيام بعمل من أعمال الدولة وحجة الحصانة التي قدمها عدة مدعى عليهم دفاعاً صحيحاً أو أساساً سليماً للحصانة“ (المرجع نفسه، الصفحة ٥٦).

ممثلي الدولة في ظروف معينة لا يسري على الأعمال التي تشكل جرائم بموجب القانون الدولي. ومن ثم فلا يستطيع الفرد أن يتذرع بمنصبه الرسمي لتجنب المسؤولية عن هذا العمل. وكما اعترفت محكمة نورمبرغ أيضاً في حكمها، لا يجوز لمرتكب جريمة بموجب القانون الدولي أن يتذرع بمنصبه الرسمي للإفلات من العقاب وفقاً للإجراءات القضائية المرعية. وإن انتفاء الحصانة الإجرائية فيما يتعلق بالمحاكمة أو العقاب وفقاً للإجراءات القضائية المرعية هو نتيجة طبيعية أساسية لعدم وجود أي حصانة موضوعية أو دفع موضوعي. وسيكون هناك تناقض إذا ما منع الفرد من التذرع بصفته الرسمية لتجنب المسؤولية عن الجريمة وسمح له مع ذلك بالتذرع بهذا الاعتبار ذاته لتجنب نتائج هذه المسؤولية^(٢٦٥).

١٣١ - ومحتويات هذه الشروح ذات أهمية خاصة أيضاً بالنسبة إلى موضوع هذا التقرير، بالنظر إلى أن اللجنة ترى أن قاعدة عدم الاعتداد بالمنصب الرسمي تنطبق على المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية على حد سواء. وإذا كانت اللجنة لاحظت بالفعل أنه "تشكل الإجراءات القضائية أمام محكمة جنائية دولية المثال الحقيقي للإجراءات القضائية الملائمة التي لا يجوز فيها لفرد أن يحتج بأي حصانة موضوعية أو إجرائية استناداً إلى صفته الرسمية لتجنب المحاكمة والعقاب"^(٢٦٦)، فإنه صحيح أيضاً أن اللجنة تتوخى من المدونة أن يكون لها أثر معين على القوانين والمحاكم الداخلية. وهي لذلك لا تكتفي بإيراد قول عام مفاده أنه "من المنتظر أن تؤدي المحاكم الوطنية دوراً هاماً في تنفيذ هذه المدونة"^(٢٦٧)، وإنما تدرج أيضاً الملاحظة التالية في شرحها للمادة ٨ المتعلقة بتقرير الولاية القضائية (الاختصاص) على الجرائم المعنية:

"ورأت اللجنة أن تنفيذ هذه المدونة بصورة فعالة يتطلب نهجاً مشتركاً للاختصاص يعتمد على الاختصاص الأوسع للمحاكم الوطنية والاختصاص المحتمل لمحكمة جنائية دولية"^(٢٦٨).

(٢٦٥) المرجع نفسه، الصفحة ٥٧، الفقرة (٦) من شرح المادة ٧. وفي شرح المادة ٩ المتعلقة بمبدأ التسليم أو المحاكمة، في معرض الكلام عن المسوغات الممكنة لمنح الحصانة لشخص يُدعى إجرامه في مقابل تعاونه مع القضاء، قالت اللجنة أيضاً "ومما يتعارض مع مصالح المجتمع الدولي ككل أن يُسمح لدولة ما بمنح الحصانة لفرد مسؤول عن ارتكاب جريمة بمقتضى القانون الدولي، مثل جريمة الإبادة الجماعية" (المرجع نفسه، الصفحة ٦٤، الفقرة (٤) من الشرح).

(٢٦٦) المرجع نفسه، الصفحة ٥٧، الحاشية ٦٩.

(٢٦٧) المرجع نفسه، الصفحة ٣٩، الفقرة (١٣) من شرح الفقرة ٢ من المادة ١.

(٢٦٨) المرجع نفسه، الصفحة ٥٩، الفقرة (٥) من شرح المادة ٨.

وتضيف اللجنة قائلة "لا تسري المادة [٨]، بل ولا هذه المدونة، على هاتين المحكمتين [الدوليتين] اللتين يحكمهما النظام الأساسي لكل منهما"^(٢٦٩).

١٣٢ - ولذلك يمكن الخلوص إلى أن اللجنة ترى أن أحكام مشروع المدونة موجهة أساساً للمحاكم الوطنية^(٢٧٠). وباشراتها أن تقوم "الدولة الطرف باتخاذ ما يلزم من تدابير إجرائية أو موضوعية لتمكينها من ممارسة الاختصاص فعلياً"^(٢٧١)، فهي تدرج أيضاً الالتزام باعتماد أحكام تستبعد انطباق الحصانة ضمن الشروط التي حددتها اللجنة في شروحها لمشروع المدونة.

١٣٣ - وأخيراً، ينبغي ألا يغيب عن البال أن كلا من مبادئ نورمبرغ ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها تحصى عدداً من الجرائم بموجب القانون الدولي. وتشمل مبادئ نورمبرغ ما يُطلق عليه الجرائم المخلة بالسلم، وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية^(٢٧٢). ويصف مشروع المدونة جريمة العدوان وجريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية والجرائم ضد موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها وجرائم الحرب^(٢٧٣). وقد تود اللجنة أن تأخذ في اعتبارها هذه القائمة من الجرائم، وهي قائمة وضعتها اللجنة نفسها، في تحديد الأعمال التي يمكن من حيث المبدأ تصنيفها جرائم دولية لغرض تحديد القيود أو الاستثناءات التي تخضع لها الحصانة.

١٣٤ - وإذا كانت المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً^(٢٧٤) لا تتناول، لأسباب بديهية، القيود والاستثناءات الممكن أن تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، فهي تتضمن عدداً من المفاهيم التي قد تكون مفيدة لأغراض هذا التقرير، لأنها وثيقة الارتباط ببعض الحجج التي طرحت ونوقشت في مؤلفات الفقهاء وفي الممارسة باعتبارها مسوغات لتطبيق هذه القيود أو الاستثناءات. وبالإضافة إلى

(٢٦٩) المرجع نفسه، الصفحة ٦١، آخر الفقرة (١١) من شرح المادة ٨.

(٢٧٠) تجري اللجنة في شروحها أيضاً تحليلاً مهماً للعلاقة بين المحاكم الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، وهو ما يرد بحثه بمزيد من التفصيل في الفصل الثالث، الفرع باء أدناه.

(٢٧١) المرجع نفسه، الصفحة ٦٠، الفقرة (١٠) من شرح المادة ٨.

(٢٧٢) انظر المبدأ السادس (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٨٥، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١٣، الفقرة ٤٥).

(٢٧٣) حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحات ٨٧ وما بعدها، المواد ١٦ إلى ٢٠. وانظر أيضاً المادة ٢ من مشروع مدونة عام ١٩٥٤ (حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٤، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحتان ١٥١ و ١٥٢).

(٢٧٤) حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠١، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٣١، الفقرة ٧٦.

ذلك، تورد اللجنة في شروحيها عناصر يمكن أن تكون مفيدة لهذه الدراسة، من حيث إنها تساعد على وضع الجرائم التي ينص عليها القانون الدولي في سياقها الأنسب ضمن النظام القانوني الدولي. وتتجلى هذه العناصر أساساً فيما يلي:

- ١' تقرير أسبقية القواعد الآمرة؛
- ٢' تأكيد وجود التزامات تجاه المجتمع الدولي ككل؛
- ٣' تحديد نموذج مضبوط لمعالجة الحالات التي تنطوي على إخلال جسيم بالتزام ناشئ بموجب قاعدة آمرة؛
- ٤' تصنيف أخطر الجرائم بموجب القانون الدولي باعتبارها إخلالاً بالقواعد الآمرة.

١٣٥ - وتتناول اللجنة المسألة الأولى في سياق شرحها للمادة ٢٦ (الامتثال للقواعد الآمرة)، التي تسعى إلى المحافظة على سمو هذه القواعد، حتى في الحالات التي يوجد فيها "ما ينفي صفة عدم المشروعية"^(٢٧٥). وفي هذا السياق، تعالج اللجنة العلاقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة غير الآمرة، وتخلص إلى أن القاعدة الأولى هي التي يجب أن تكون لها الأسبقية. وترى اللجنة أن هذه الأسبقية تبدو جلية عندما يكون هناك تعارض بين القواعد الأولية، ولكنها تكون صحيحة أيضاً عندما يكون التنازع بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية، الأمر الذي يؤدي - كما قالت اللجنة - إلى كون تطبيق القواعد الثانوية (فيما يتعلق بالقواعد النافية لعدم المشروعية) "لا تجيز أو تبرر أي خروج عن قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام"^(٢٧٦). وضربت اللجنة مثالا في هذا الصدد لا يخلو من دلالة، حيث قالت: "لا يجوز للدولة التي تتخذ تدابير مضادة للخروج عن قاعدة من هذا النوع: فارتكاب جريمة إبادة جماعية، مثلاً، لا يبرر ارتكاب جريمة إبادة جماعية مضادة"^(٢٧٧).

١٣٦ - وتورد اللجنة في تحليلها عنصراً آخر على قدر كبير من الأهمية فيما يتعلق بأسبقية القواعد الآمرة، إذ لاحظت أن التعارض بين القواعد الأولية في بعض الأحيان لا ينبغي تسويته عن طريق القواعد الثانوية المتعلقة بالمسؤولية. بل على العكس من ذلك، "عندما

(٢٧٥) نص هذه المادة أنه "ليس في هذا الفصل ما ينفي صفة عدم المشروعية عن أي فعل من أفعال الدولة لا يكون متفقاً مع التزام ناشئ بمقتضى قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام" (المرجع نفسه، الصفحة ١٠٩).

(٢٧٦) المرجع نفسه، الصفحة ١١٠، الفقرة (٤) من شرح المادة ٢٦.

(٢٧٧) المرجع نفسه.

يكون هناك تعارض واضح بين قواعد أساسية، أحدها واقع على الدولة مباشرة بموجب قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام، فمن الجلي أن الأسبقية يجب أن تكون لمثل هذا الالتزام. ويُفترض أن تحل عمليتا التفسير والتطبيق هذا النوع من المسائل “بالنظر إلى أن ”القواعد الأمرة للقانون الدولي العام تولد مبادئ تفسيرية قوية ستحل جميع أوجه التعارض الظاهرة، أو معظمها“^(٢٧٨). ولذلك يمكن أن تكون لهذا النوع من ”التفسير المطابق“ أهمية خاصة فيما يتعلق بموضوع هذا التقرير، بغرض إيجاد التوازن المناسب بين مختلف القواعد الأولية.

١٣٧ - ثانياً، ينبغي الإشارة إلى أن اللجنة تشير في شرحها للفصل الثالث من الجزء الثاني من المواد (الإخلالات الخطيرة بالالتزامات بمقتضى القواعد القطعية للقانون الدولي العام) إلى وجود ”تميز نوعي بين مختلف الإخلالات بالقانون الدولي“^(٢٧٩) وإلى وجود ”مفهوم الالتزامات القائمة تجاه المجتمع الدولي ككل“^(٢٨٠)، وكلاهما من الأمور التي عالجها الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية. ولا تتخذ اللجنة موقفاً بشأن ما إذا كانت ”القواعد القطعية للقانون الدولي العام والالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل ... جانبيين لفكرة أساسية واحدة أم لا“، ولكنها تخلص إلى أنه يوجد بين المفهومين ”على أقل تقدير، تداخل جوهري“، ذلك أن الأمثلة التي ساقتها المحكمة على الالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل ”يتعلق جميعها بالالتزامات ناشئة، حسب فكرة مقبولة عموماً، بموجب قواعد قطعية للقانون الدولي العام“^(٢٨١). وعلى أية حال، فاللجنة ترى أن ”الالتزامات المشار إليها في المادة ٤٠ ناشئة عن قواعد السلوك الأساسية التي تحظر التصرفات التي بات غير مسموح بها، لما تمثله من خطر على بقاء الدول وشعوبها وعلى أبسط القيم الإنسانية الأساسية“^(٢٨٢).

١٣٨ - وجدير بالذكر أيضاً أن اللجنة تشير في شروحها إلى وجود تمييز مقصود بين مفهومي القواعد الأمرة (القطعية) والالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل، وهو ما يستحق التكرار هنا:

”فلئن كانت القواعد القطعية للقانون الدولي العام تركز على النطاق والأولوية اللذين ينبغي إسباغهما على عدد معين من الالتزامات الأساسية، فإن

(٢٧٨) المرجع نفسه، الفقرة (٣) من شرح المادة ٢٦.

(٢٧٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٤، الفقرة (٢) من شرح الفصل الثالث.

(٢٨٠) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٤، الفقرة (٣) من شرح الفصل الثالث.

(٢٨١) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٥، الفقرة (٧) من شرح الفصل الثالث.

(٢٨٢) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٦، الفقرة (٣) من شرح المادة ٤٠.

تركيز الالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل ينصب بصفة رئيسية على ما لجميع الدول من مصلحة قانونية في الامتثال، وهو في حالة هذه المواد الحق في الاحتجاج بمسؤولية أي دولة أخرى أحلت بالتزام دولي^(٢٨٣).

١٣٩ - إن النظر في الطبيعة الخاصة للالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل التي تنشأ بموجب القواعد القطعية (الأمرة) يقود اللجنة إلى تحديد نظام مختلف فيما يتعلق بالإجراءات القانونية التي يتعين اتخاذها رداً على الإخلالات الخطيرة بالتزامات بمقتضى قواعد القانون الدولي الأمرة، وهو ما يمكن تلخيصه على النحو التالي: (أ) "[هذه] الإخلالات (...). يمكن أن تستتبع عواقب إضافية لا للدولة المسؤولة وحدها، بل لجميع الدول الأخرى أيضاً" (المادة ٤١)؛ و (ب) "يحق لجميع الدول أن تحتج بالمسؤولية عن الإخلال بالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل" (المادة ٤٨)^(٢٨٤). وهذا الجانب الثالث من تحليل اللجنة مهم أيضاً لهذا التقرير، لا سيما وأن اللجنة تشير إلى إمكانية إنشاء نظام قانوني مختلف لحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية عندما يتم التذرع بهذه الحصانة فيما يتعلق بالأعمال التي يمكن وصفها بأنها إخلالات بالتزامات تجاه المجتمع الدولي ككل من منظور قواعد القانون الدولي الأمرة (القطعية).

١٤٠ - وأخيراً، فيما يتعلق بهذه المواد، تدرج اللجنة ضمن "القواعد الأمرة المقبولة والمعترف بها على نحو واضح" عدة أنواع من السلوك المحظور التي تقابل الأعمال التي أثّرت فيها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٢٨٥)، وهي: "حظر كل من

(٢٨٣) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٥، الفقرة (٧) من شرح الفصل الثالث. واللجنة لا تعرف مفهوم "المجتمع الدولي ككل"، ولكن مجرد استخدام المفهوم يكتسي أهمية كبيرة، ذلك أنه يشدد على البعد الجماعي للقيم والمصالح التي ينبغي حمايتها. وتشير اللجنة، علاوة على ذلك، إلى أن هذه العبارة شاع استخدامها في المعاهدات وغيرها من الصكوك الدولية (المرجع نفسه، الصفحة ١٠٨، الفقرة (١٨) من شرح المادة ٢٥)، وتورد اللجنة قائمة مهمة من المعاهدات التي تستخدم هذه العبارة، وهي: "الفقرة الثالثة من ديباجة اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها؛ والفقرة الرابعة من ديباجة الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن؛ والفقرة الخامسة من ديباجة اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية؛ والفقرة الثالثة من ديباجة اتفاقية سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها؛ والفقرة العاشرة من ديباجة الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل؛ والفقرة التاسعة من ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ والفقرة التاسعة من ديباجة الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب" (المرجع نفسه، الصفحة ١٠٨، الحاشية ٤٠٤).

(٢٨٤) المرجع نفسه، الصفحتان ١٤٥ و ١٤٦، الفقرة (٧) من شرح الفصل الثالث.

(٢٨٥) انظر الوثيقة A/CN.4/686، الفقرات ٤٩ إلى ٦٠.

(...) الإبادة الجماعية والرق والتمييز العنصري والجرائم ضد الإنسانية والتعذيب^(٢٨٦)، إلى جانب القواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني المنطبق في النزاعات المسلحة^(٢٨٧) و ”المبادئ والقواعد المتعلقة بحقوق الإنسان الأساسية“^(٢٨٨). وقد تود اللجنة أن تأخذ في اعتبارها هذه القائمة من الجرائم، وهي قائمة وضعتها اللجنة نفسها في عام ٢٠٠١، في تحديد الجرائم التي يمكن تصنيفها جرائم دولية لغرض تحديد الاستثناءات التي تخضع لها الحصانة.

الفصل الثالث

القيود والاستثناءات في إطار السياق القانوني العام للحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية: مسائل منهجية ومفاهيمية

١٤١ - بعد تحليل الممارسة وقبل تحليل العوامل التي يمكن من شأنها أن تحول دون تطبيق الحصانة في حالة معينة، من الضروري في هذه المرحلة النظر في بعض العناصر المنهجية والمفاهيمية التي ستمكننا من وضع حدود أوضح للسياق الذي ينبغي أن تفهم في إطاره مشاريع المواد الواردة في هذا التقرير. ولهذا الغاية، نورد أدناه تحليلاً للمسائل العامة التالية: (أ) الطابع القانوني للحصانة وعلاقته بالولاية القضائية والمسؤولية الجنائية؛ (ب) التعامل مع مسألة الحصانة في المحاكم الوطنية والمحاكم الجنائية الدولية وأثر ذلك على القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة؛ (ج) مفهوم القيود والاستثناءات.

١٤٢ - ويُنظر في هذه العناصر على أساس منظور للقانون الدولي باعتباره نظاماً شاملاً يتضمن، في أحد أجزائه أو عناصره، مؤسسة حصانة مسؤولين الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ويتطلب هذا النهج تحليل الحصانة لا بمعزل عن بقية المعايير والمؤسسات التي تشكل النظام وإنما في سياقها. ومن هذا المنظور، تكون حصانة مسؤولي الدول مؤسسة مفيدة وضرورية لضمان احترام قيم ومبادئ قانونية معينة في النظام القانوني الدولي، ولا سيما مبدأ المساواة في السيادة. إلا أنه ينبغي في الوقت نفسه أن تفسر حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الدولية، باعتبارها عنصراً في هذا النظام، بطريقة نظامية لضمان ألا تحدث هذه المؤسسة آثاراً سلبية على عناصر أخرى في النظام المعاصر للقانون

(٢٨٦) حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠١، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١١٠، الفقرة (٥) من شرح المادة ٢٦.

(٢٨٧) المرجع نفسه، الصفحتان ١٤٦ و ١٤٧، الفقرة (٥) من شرح المادة ٤٠.

(٢٨٨) المرجع نفسه، الصفحتان ١٦٤ و ١٦٥، الفقرة (٩) من شرح المادة ٤٨.

الدولي. بمفهومه الكلي أو تلغي تلك العناصر^(٢٨٩). ويتطلب هذا النهج النظامي مراعاة المؤسسات الأخرى المتصلة أيضاً بمبدأ السيادة، ولا سيما الحق في ممارسة الولاية القضائية، إلى جانب قطاعات أخرى من النظام القانوني الدولي تعكس وتجسد قيما ومبادئ أخرى للمجتمع الدولي ككل، ولا سيما القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي. ونظراً لأن القانون الدولي هو نظام شارع حقيقي، فإن وضع اللجنة لمجموعة من مشاريع المواد تهدف إلى مساعدة الدول في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي، فيما يتعلق بمسألة خلافية ولكن على درجة كبيرة من الأهمية للمجتمع الدولي، لا يمكن (ولا ينبغي له) أن يتسبب في إحداث اختلالات في قطاعات مهمة من النظام القانون الدولي تطورت على مدى العقود الأخيرة وأصبحت الآن من خصائصه المميزة.

ألف - الطابع القانوني للحصانة

١٤٣ - من الأفكار النازمة التي تنبثق عن تحليل للمناقشات التي أجرتها اللجنة حتى الآن وجود ثلاثة عناصر ثابتة تتصل بطابع الحصانة في حد ذاته، ولها تأثير على مسألة القيود والاستثناءات، وهي: (أ) فهم الحصانة باعتبارها حقاً قائماً بذاته أو استثناءً من ممارسة دولة المحكمة للحق في ممارسة الولاية القضائية؛ (ب) تعريف الحصانة باعتبارها مؤسسة إجرائية حصراً لا تؤثر على المسؤولية الجنائية الفردية لمسؤولي الدول؛ (ج) فكرة أن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية منفصلة عن الأشكال الأخرى للحصانة السيادية، ولا سيما حصانة الدولة. ومع أن بعض هذه المسائل قد نوقشت في التقارير السابقة للمقرررة الخاصة، فإنه من الضروري في هذه المرحلة أن نعود إليها لكي نحلل بإيجاز العلاقة بين ثلاثة أزواج من المفاهيم، حتى نستعين بذلك على فهم موضوع القيود والاستثناءات ونستخدمه في سياق هذا الموضوع حصراً، وهي: (أ) الحصانة والولاية القضائية؛ (ب) الحصانة والمسؤولية؛ (ج) حصانة الدولة وحصانة مسؤولي الدولة.

١ - العلاقة بين الحصانة والولاية القضائية

١٤٤ - سبق أن ناقشت اللجنة في سياق أعمالها العلاقة بين الحصانة والولاية القضائية. فقد وجهت المقرررة الخاصة الانتباه في تقريرها الثاني إلى التفاعل بين هذين العنصرين، ولا سيما عدم وجود الحصانة في فراغ وعدم إمكانية الاحتجاج بها إلا في سياق ولاية قضائية

(٢٨٩) أعرب بوضوح عن الحاجة إلى ضمان التوازن بين القيم والمعايير المختلفة للنظام، وذلك في الرأي المنفصل المشترك للقضاة هيجيتز وكواجمانز وبويرغنتال في [قضية مذكرة التوقيف] *Arrest Warrant, I.C.J. Reports* 2002، وخصوصاً في الفقرات ٧١ إلى ٧٩.

قائمة^(٢٩٠). ويتمشى ذلك مع الحثيات التي استندت إليها محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة التوقيف (Arrest Warrant).

١٤٥ - وعلى ذلك يكون وجود ولاية قضائية هو نقطة الانطلاق التي تقوم عليها الحصانة؛ وهذه ملاحظة لم تدحضها الممارسة ولا الفقه. ويكفي أن نتذكر أنه، كقاعدة عامة، عندما تتخذ المحاكم الوطنية قرارات بشأن المطالبات بالحصانة، فهي لا تخلص إلى أنها تفتقر إلى الولاية القضائية بالمعنى المجرد، وإنما إلى عدم قدرتها على ممارستها إزاء مسؤول دولة ثالثة يتمتع بالحصانة. ولذلك كانت هناك حالات قامت فيها المحاكم الوطنية، بمجرد زوال الظرف المنشئ للحصانة، بممارسة الولاية القضائية على نفس الأعمال ونفس الأشخاص، ولم تنشأ صعوبات فيما يتعلق بالاختصاص.

١٤٦ - والوجود المسبق للولاية القضائية ضرورة منطقية لا تنتقص من أهمية الحصانة كأداة ضرورية ومفيدة لحماية قيم ومبادئ قانونية معينة لدى المجتمع الدولي، ولا سيما مبدأ المساواة في السيادة بين الدول والحفاظ على استقرار العلاقات الدولية؛ كما أنه، في المقابل، لا يمكن أن يُفهم أن المقصود منها هو أن حق ممارسة الولاية القضائية له أولوية مطلقة على الحصانة في جميع الظروف. بل إن الغرض من الحصانة، على العكس، هو تحديداً تجريد أو منع ممارسة الولاية القضائية في ظروف معينة، وأحياناً بصورة مؤقتة ليس إلا. ومن ثم، يمكن في الممارسة العملية أن تسمو الحصانة على الولاية القضائية في حالة معينة.

١٤٧ - وبالرغم من ذلك، فإن النظر إلى الولاية القضائية باعتبارها سلطة موجودة مسبقاً من سلطات الدولة، تسبق الحصانة بالضرورة، تترتب عليها حتماً نتائج معينة كبيرة الأهمية على الصعيد المنهجي. ويمكن إيجاز هذه النتائج على النحو التالي:

(أ) تُفهم الحصانة من البداية باعتبارها تقييداً لممارسة الولاية القضائية؛ ومن ثم فهي تشكل في حد ذاتها قيداً أو استثناء تخضع له الولاية القضائية التحكيمية لدولة المحكمة؛

(ب) ينبغي أن تُفهم الحصانة في ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله، شأنها في ذلك شأن أي قيد أو تقييد لسلطة من السلطات السيادية للدولة: فالحصانة يعترف بها من أجل حماية قيم ومصالح ومبادئ للمجتمع الدولي تتجسد في هذه الحالة في مبدأ المساواة في السيادة، والممارسة السليمة لوظائف الدولة دون تدخل لا موجب له من طرف ثالث، واستقرار العلاقات الدولية؛

(٢٩٠) انظر الوثيقة A/CN.4/661، الفقرات ٣٥ إلى ٤٢.

(ج) نظراً لأن الحصانة تشكل تقييداً لسلطة سيادية موجودة مسبقاً، فإن تحديد نطاقها وتفسيرها يجب أن يظلاً ضمن الحدود التي تفرضها الغايات المنشودة. وعلى وجه الخصوص، لا يمكن الاحتجاج بها إلا لتحقيق مصلحة الدولة التي تدعي أنها تحافظ على مساواتها في السيادة، ولغرض وحيد هو حماية الحقوق والمصالح المشروعة للدولة، التي ينص القانون الدولي على حمايتها؛

(د) بناءً على ذلك، يجب أن تفسر العلاقة بين ممارسة الولاية القضائية والحصانة من منظور جدلي، من أجل تحقيق توازن سليم بين حقوق ومصالح دولة المحكمة وحقوق ومصالح دولة المسؤول. وتعتمد مسألة تغليب ممارسة الولاية القضائية أو الحصانة في كل حالة على حدة على الحقوق والمصالح المعرضة للمخاطر وعلى مجموعة المعايير والقيم والمبادئ القانونية التي تستند إليها تلك الحقوق والمصالح.

٢ - العلاقة بين الحصانة والمسؤولية

١٤٨ - جرت العادة على تحليل الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية استناداً إلى مبدأ أنها أداة إجرائية لا موضوعية، لا يعني تطبيقها ضمناً انتفاء المسؤولية، التي هي في هذه الحالة المسؤولية الجنائية التي يمكن أن تنشأ عن السلوك غير القانوني. وهذه النظرة للحصانة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطريقة التي تعمل بها الحصانة في الممارسة العملية، إذ يتمثل هدفها الأول في إيقاف ومنع ممارسة الولاية القضائية الجنائية في قضية معينة من جانب محاكم دولة المحكمة لدى سعيها إلى اتخاذ إجراء ضد مسؤول دولة ثالثة. ومن الناحية النظرية البحتة، لا يمكن إنكار هذا الوصف العام للحصانة ويجب قبوله باعتباره نقطة الانطلاق لأي تحليل يزعم أنه يساهم في الجهد الرامي إلى تحديد الطابع القانوني للحصانة.

١٤٩ - وهذه النظرة إلى الحصانة باعتبارها مجرد حاجز إجرائي تكررت في مؤلفات الفقهاء وفي الاجتهاد القضائي، لا سيما على الصعيد الدولي، على النحو الذي بينه تحليل الممارسة الوارد أعلاه. ومن هذا المنظور، لا يمكن الخلط بين الحصانة والمسؤولية، ولا يمكن افتراض أن الحصانة تؤدي إلى الإفلات من العقاب. بل على العكس، كما أوضحت محكمة العدل الدولية، من الممكن تقرير المسؤولية الجنائية الفردية برغم الحصانة بوسائل غير ممارسة الولاية القضائية من جانب محاكم دولة المحكمة. ونتيجة لذلك، يبدو أن للحصانة من الولاية القضائية أثراً وحيداً هو منع تقرير المسؤولية عن طريق قناة قانونية محددة، مما يترك المجال مفتوحاً أمام إمكانية تقرير تلك المسؤولية من خلال آليات إجرائية أخرى أكثر ملاءمة للغرض.

١٥٠ - ومع ذلك، من الصعب تأييد هذا الوصف للحصانة باعتبارها مجرد حاجز إجرائي وتأييد التمييز الجوهرى بين الحصانة والمسؤولية تأييداً مطلقاً، ولا سيما في مجال القانون الجنائي. ويؤدي تحليل الممارسة والتفسير الغائي اللازم للحصانة إلى استنتاجات أكثر دقة. وأحد الأمثلة التي تتبادر إلى الذهن هو الخط الرفيع الذي يفصل بين الاحتجاج بالمنصب الرسمي باعتباره دفاعاً موضوعياً لتجنب المسؤولية وبين الاحتجاج به باعتباره دفاعاً إجرائياً لتجنب ممارسة الولاية القضائية. ويكفي أن نذكر كيف استخدمت محكمة نورنبرغ العبارة بكلا المعنيين وكيف أن الاستخدام المتعدد المعاني لعدم الاعتداد بالمنصب الرسمي وجد طريقه إلى كل من الاجتهاد القضائي وبضعة من الصكوك الدولية التي يرد تحليل لها في هذا التقرير.

١٥١ - وأدى الاعتراف بهذه المسألة حتى إلى دفع محكمة العدل الدولية إلى عرض نموذج بديل لتقرير المسؤولية يحترم الحصانة ويتجنب عدم الإفلات من العقاب. إلا أن جهود المحكمة لإزالة اللبس بين الحصانة والإفلات من العقاب ليست مقنعة تماماً لغرض الاستدلال على وجود تمايز جوهري بين الحصانة والمسؤولية. ولا يثير هذا التمييز أية مشاكل على الإطلاق حيثما توجد وسائل انتصاف حقيقية ومتاحة لتقرير المسؤولية الجنائية لمسؤول معين بالدولة حين يتعذر تقرير تلك المسؤولية أمام محكمة خاصة بسبب الاحتجاج بالحصانة. أما في الحالات التي لا توجد فيها وسائل الانتصاف البديلة المذكورة أو لا تكون فعالة في تحقيق هذا الغرض، فإن التمييز بين الحصانة والإعفاء من المسؤولية الجنائية، وحتى بين الحصانة والإفلات من العقاب، سيصبح حتماً أقل وضوحاً.

١٥٢ - ومن ثم، فإن الطابع الإجرائي المحض لحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، حتى عند اعتباره نقطة انطلاق، يمثل قيوداً معينة في الممارسة العملية يجب مراعاتها على النحو الواجب في تحليل مسألة القيود والاستثناءات. وهذه الفكرة مهمة بوجه خاص في حالة الحصانة الموضوعية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأعمال التي يمكن أن تنشئ المسؤولية الجنائية لمسؤول والتي تستمر حتى بعد أن ينهي مسؤول الدولة ولايته أو يفقد مركزه كمسؤول. وينبغي أيضاً النظر في الطابع الدائم لهذا النوع من الحصانة، نظراً لأنه يمكن أن تترتب عليه في بعض الظروف نتائج إضافية فيما يتعلق بالتمييز بين الحصانة والإفلات من العقاب.

٣ - العلاقة بين حصانة الدولة وحصانة مسؤولي الدولة

١٥٣ - العنصر الأخير الذي ينبغي تناوله في هذه المرحلة هو التمييز بين حصانة مسؤولي الدولة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية وحصانة الدولة بالمعنى الضيق. وقد ورد تحليل مفصل لهذه المسألة في التقرير الرابع للمقرررة الخاصة، ولا سيما فيما يتعلق بصلته بالنهج

المسمى "عمل واحد ومسؤولية مزدوجة" والطابع الجنائي للولاية القضائية الذي يمكن الاستناد إليه في الاحتجاج بحصانة مسؤولي الدولة^(٢٩١).

١٥٤ - ورغم أن لكل من العنصرين تأثيراً على مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، فليس من الضروري العودة إلى ذلك الموضوع في هذه المرحلة. ولأغراض هذا التقرير، يكفي أن نكرر أدناه الاستنتاجات الرئيسية الواردة في تقرير عام ٢٠١٥:

(أ) إن إسناد عمل ما إلى الدولة هو نقطة الانطلاق لتحديد ما إذا كان ذلك العمل قد نفذ بصفة رسمية. إلا أن هذا الإسناد لا يكفي في حد ذاته لاستنتاج أن مسؤول الدولة يتمتع بالحصانة فيما يتعلق بذلك العمل؛

(ب) يمكن أن يفضي عمل واحد إلى نوعين متميزين من المسؤولية: المسؤولية الدولية في حالة الدولة، والمسؤولية الجنائية في حالة الفرد. ويعني وجود نوعين من المسؤولية وجود نوعين من الحصانة (حصانة الدولة وحصانة مسؤول الدولة)؛

(ج) في حين تنشأ كلتا الفئتين من الحصانة غرضاً واحداً هو حماية مصالح الدولة، فإنه لا يمكن الخلوص إلى أنهما تخضعان لظروف متطابقة أو لنفس النظام القانوني.

١٥٥ - وبناء على ذلك، يمكن أيضاً أن يتميّز نظام القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة تبعاً لما إذا كانت الحصانة موضوع المسألة هي حصانة الدولة أو حصانة مسؤولي الدولة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، دون إمكانية نقل الأولى إلى الثانية أو العكس على سبيل المحاكاة^(٢٩٢).

باء - المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الوطنية والدولية

١٥٦ - ثمة عنصر عام ثانٍ ينبغي النظر فيه عند معالجة مسألة القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة، وهو وجود محاكم جنائية دولية مكلفة بإجراء المحاكمات في القضايا المتعلقة بالجرائم ذات التأثير الدولي الأكبر. ورغم أن هذه المحاكم ظلت خارج نطاق هذا الموضوع،

(٢٩١) انظر الوثيقة A/CN.4/686، الفقرات ٩٦ إلى ١١٧.

(٢٩٢) انظر في هذا الصدد المادة الرابعة من قرار معهد القانون الدولي بشأن الحصانة من الولاية القضائية للدولة وحصانة الأشخاص الذين يتصرفون نيابة عن الدولة في حالة الجرائم الدولية، المعتمدة في عام ٢٠٠٩ في الدورة المعقودة في نابولي: "الأحكام الواردة أعلاه لا تخل بمسألة ما إذا كانت الدولة تتمتع أو لا تتمتع بالحصانة من الولاية القضائية أمام المحاكم الوطنية لدولة أخرى، أو عندما تتمتع الدولة فعلياً بهذه الحصانة، وذلك في الدعاوى المدنية المتصلة بجريمة دولية ارتكبتها وكيل للدولة الأولى (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Naples session, vol. 73, p. 230)."

فإن لها علاقة واضحة بالمحاكم الجنائية الوطنية، وتترتب على هذه العلاقة نتائج عملية بالنسبة للاحتجاج بالحصانة. ومن ثم، فلا غرض تعريف القيود والاستثناءات السارية على الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، من المفيد تحليل الأثر الذي يمكن أن تحدثه المحاكم الجنائية الدولية على مؤسسة الحصانة.

١٥٧ - ويمكن تناول هذه المسألة من وجهتي نظر متقابلتين. فوجهة النظر الأولى تفترض أن إنشاء محاكم جنائية دولية وعدم إمكانية الاحتجاج بالحصانة أمام هذه المحاكم لا يؤثر على النظام الساري على حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ووفقاً لوجهة النظر هذه، فإن اختلاف طابع هذين النوعين من المحاكم يعني وجود نظامين مختلفين للحصانة. ويعني ذلك أنه على الرغم من عدم إمكانية الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية أمام المحاكم الدولية، فإن الحصانة تظل صحيحة تماماً ويمكن الاحتجاج بها في المحاكم الوطنية. أما النهج الثاني، في المقابل، فإنه يستند إلى وحدة الأهداف والمبادئ المنطبقة على الملاحقة القضائية عن الجرائم الدولية، بغض النظر عما إذا كان مرتكبوها يحاكمون أمام محكمة جنائية دولية أو محكمة محلية. ولما كانت كلتا الولايتين القضائيتين تخدمان نفس الغرض وهو تقرير المسؤولية الجنائية الفردية والحيلولة دون الإفلات من العقاب على أخطر الجرائم الدولية، فإنه يجب تطبيق القواعد المتعلقة بالحصانة وفقاً لنفس المعايير. وبالتالي فإن مجرد وجود محاكم جنائية دولية وعدم إمكانية الاحتجاج بأي نوع من الحصانة أمامها ينبغي أن يعني ضمناً أنه يستحيل على شخص، بمن فيهم مسؤولو الدول، الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية أمام محاكم أي دولة.

١٥٨ - ويركز هذان النهجان على عنصرين مختلفين هما الطابع الإجرائي للحصانة، في الحالة الأولى، والطابع الموضوعي للمسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب جرائم دولية، في الثانية. وعلاوة على ذلك، كثيراً ما تساق حجج تكميلية لدعم كل من وجهتي النظر المذكورتين، ولا سيما الفرق بين المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية من حيث علاقة كل منهما بمبدأ السيادة، ومسألة ما إذا كان يمكن أو لا يمكن تقرير المسؤولية الجنائية من خلال وسائل بديلة. وكما هو مشار إليه أعلاه، فإن هذه الحجج كلها قد وردت حتى في قرارات اعتمدها محاكم دولية، من بينها محكمة العدل الدولية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الخاصة لسيراليون.

١٥٩ - إلا أن النهجين المبينين أعلاه نهجان نظريان إلى حد بعيد، ويغفلان بعض العناصر المهمة للغاية التي تميز الترابط بين المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية. ومن أبرز هذه العناصر تماثل طبيعة الأعمال الإجرامية أو السلوك المخطور الذي يتناوله النوعان من المحاكم، وتعريف

نظام لتقسيم الاختصاصات فيما بين الولايات القضائية المتنافسة، وإنشاء آليات للتعاون المتبادل والمساعدة القضائية المتبادلة بين هاتين الفئتين من المحاكم الجنائية.

١٦٠ - على أن أهمية نموذج الترابط هذا ليست نظرية؛ ذلك أنه تترتب عليه نتائج عملية مهمة في مجال التعاون بين المحاكم، على النحو الذي ظهر بوضوح مؤخراً في سياق محاولة إلقاء القبض على الرئيس البشير في جنوب أفريقيا تنفيذاً لمذكرة توقيف أصدرتها المحكمة الجنائية الدولية. غير أن هذا المثال وإن كان هو الأبرز من حيث التغطية الإعلامية فإنه ليس الوحيد. ومن المهم أيضاً أن نضع في الحسبان ظاهرة المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية المختلطة والمدوّلة، وصعوبة تصنيفها كهيئات قضائية محلية أو دولية، وما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة لمؤسسة حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية^(٢٩٣). وينبغي الإشارة أيضاً إلى أن ممارسة الحصانة أمام المحاكم المحلية يمكن أن تؤثر على نظام توزيع الاختصاصات في حالة وجود ولايات قضائية متنافسة، لا سيما في إطار مبدأ التكامل الذي أرسى في نظام روما الأساسي.

١٦١ - وبالنظر إلى هذه العناصر، فإنه يتعين النظر إلى العلاقة بين المحاكم الجنائية الوطنية والمحاكم الجنائية الدولية على نحو أكثر دقة وتوازناً يأخذ في الاعتبار التمييز بين الولاية القضائية الوطنية والولاية القضائية الدولية دون أن تغيب عن البال أيضاً الصلات المشار إليها أعلاه. وسيتعين أيضاً مراعاة هذه العلاقة في هذا التقرير، ولكن بدون تبديل نطاق الموضوع الذي وافقت عليه اللجنة.

١٦٢ - ولهذه الغاية، من المفيد أن نحلل أولاً نظام الحصانة المنطبق أمام المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الدولية، ولا سيما المحكمة الجنائية الدولية، والمحكمة الدولية ليوغوسلافيا سابقاً، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون، والمحكمة الخاصة للبنان، والدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية، وهيئات كوسوفو، وهيئات الخاصة المعنية بالجرائم الخطيرة في تيمور الشرقية، والدوائر الأفريقية الاستثنائية في إطار النظام القضائي السنغالي، ودائرة جرائم الحرب في محكمة الدولة في البوسنة والهرسك. ونظراً لأن لدى جميع هذه المحاكم ولاية قضائية متخصصة للملاحقة القضائية عن الجرائم الدولية، فإن طريقة تطبيق الحصانة أمامها يمكن أن تلقي الضوء على القيود أو الاستثناءات المحتملة في حالات الجرائم المنصوص عليها في القانون الدولي في سياق هذا الموضوع.

(٢٩٣) انظر في هذا الصدد Sarah Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, Hart Publishing, pp. 326-348.

١٦٣ - وكما ذكر آنفاً، فإن المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الدولية ليوغوسلافيا سابقا والمحكمة الخاصة لسيراليون حكمت بأن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية لا تنطبق أمامها^(٢٩٤). ومع ذلك، فإن نظام روما الأساسي هو الوحيد الذي يتضمن إشارة صريحة إلى مسألة الحصانة، وذلك في مادته ٢٧^(٢٩٥)؛ وقد اتبعت هذا النموذج فيما بعد الهيئات الخاصة المعنية بالجرائم الخطيرة في تيمور الشرقية^(٢٩٦). وفي الوقت نفسه، لا تحتوي الأنظمة الأساسية للمحاكم المخصصة سوى حكم عام بشأن عدم الاعتداد بالمنصب الرسمي أو الأوامر الصادرة عن موظف أعلى رتبة كسبب للإعفاء من المسؤولية الجنائية الفردية أو تقييد نطاقها^(٢٩٧)؛ واتبعت هذه الصياغة أيضاً كل من المحكمة الخاصة لسيراليون^(٢٩٨)، والدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية^(٢٩٩)، ودائرة جرائم الحرب في محكمة الدولة في البوسنة والهرسك^(٣٠٠)، والدوائر الأفريقية الاستثنائية في إطار النظام القضائي السنغالي^(٣٠١). أما القواعد التي تنظم عمل الهيئات الخاصة المعنية بجرائم الحرب في كوسوفو^(٣٠٢) والمحكمة الخاصة للبنان^(٣٠٣) فلا تتضمن أية أحكام بشأن الصفة الرسمية؛ وإنما تذكر فقط أنه لا يمكن الاحتجاج بالأوامر الصادرة عن قادة عسكريين أو موظفين أعلى رتبة. وهذا الفرق في القواعد المنطبقة تفسره إلى حد ما زيادة أو نقصان احتمالات مثول مسؤولي الدولة الأجنبية أمام هذه المحاكم، عدا في حالة المحاكم المخصصة، التي يمثل ذلك فيها بحكم التعريف إمكانية حقيقية، ولكنها لا تشير مع ذلك إلى الحصانة (وهو ما لم يمنعها من النظر في عدم جواز الاحتجاج بها). وعلى أي حال، فحتى في القواعد التي تنظم عمل المحكمة الجنائية الدولية والهيئات الخاصة المعنية بتيمور الشرقية، تقرر استبعاد الحصانة في ضوء الصلة الوثيقة بالفقرة المتعلقة بعدم الاعتداد بالمنصب الرسمي.

(٢٩٤) انظر الفصل الثاني، الفرع جيم، أعلاه.

(٢٩٥) انظر الفصل الثاني، الفرع ألف، أعلاه.

(٢٩٦) انظر المادة ١٥-٢ من لائحة إدارة الأمم المتحدة الانتقالية في تيمور الشرقية رقم ١٥/٢٠٠٠.

(٢٩٧) انظر النظام الأساسي للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا سابقا، المادة ٧، الفقرتان ٢ و ٤؛ والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، المادة ٦، الفقرتان ٢ و ٤.

(٢٩٨) النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون، المادة ٦، الفقرتان ٢ و ٤.

(٢٩٩) قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية، المادة ٢٩.

(٣٠٠) القانون الجنائي، المادة ١٨٠.

(٣٠١) الاتفاق المبرم بين الاتحاد الأفريقي والسنغال، المادة ١٠-٣ من النظام الأساسي المرفق بالاتفاق.

(٣٠٢) انظر UNMIK/REG/2003/25، المادة ١٠.

(٣٠٣) النظام الأساسي للمحكمة الخاصة للبنان، المادة ٣-٣.

١٦٤ - ويجب ألا يغيب عن البال أن تفسير القاعدة التي تنص على عدم جواز الاحتجاج بالحصانة أمام المحاكم الجنائية الدولية ليس بمنأى عن الخلاف. فرغم أن هذه القاعدة من الناحية النظرية سمة مميزة لهذه الولايات القضائية، من المفيد الإشارة في هذا الصدد إلى النقاش الذي دار حول تفسير الفقرة ١ من المادة ٩٨ من نظام روما الأساسي وعلاقتها بالمادة ٢٧^(٣٠٤)، والذي اكتسب أهمية خاصة في سياق قضية البشير نتيجة لعدد من القرارات التي اتخذتها بعض البلدان الأفريقية بعدم التعاون وقرارات المحكمة الجنائية الدولية بشأن عدم التعاون التي جرى تحليلها أعلاه في الاستعراض العام للممارسة القضائية الدولية^(٣٠٥). وعلى أي حال، ينبغي الإشارة إلى أن الفقرة ١ من المادة ٩٨، بمعناها الدقيق، إنما تقيد الالتزام بالتعاون مع المحكمة فيما يتعلق بتسليم شخص يتمتع بالحصانة بموجب القانون الدولي، وأن هذا التقييد، علاوة على ذلك، لا ينطبق إلا على طلب يقدم لتسليم شخص يكون من رعايا دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي^(٣٠٦). ومن هذا المنطلق، فإن التقييد الذي تنص عليه

(٣٠٤) تنص الفقرة ١ من المادة ٩٨ من نظام روما الأساسي على أنه "لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم أو مساعدة يقتضي من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو يتنافى مع التزاماتها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بمحاصنات الدولة أو الحصانة الدبلوماسية لشخص أو ممتلكات تابعة لدولة ثالثة، ما لم تستطع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون تلك الدولة الثالثة من أجل التنازل عن الحصانة".

(٣٠٥) فيما يتعلق بنطاق الخلاف بين الاتحاد الأفريقي والمحكمة الجنائية الدولية، انظر Maurice Kamto, "L'Affaire Al Bashir et les relations de l'Afrique avec la Cour pénale internationale", in Maurice Kamga and Makane Moïse Mbengue (eds.), *L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisation internationale: Liber amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, 2013, pp. 147-170 و Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, "The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir", in Marcelo Kohen and others (eds.), *Perspectives of international law in the 21st century. Liber amicorum Professor Christian Dominicé in honour of his Dire Tladi*, "Immunity in the Era of 80th birthday, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 397-442 'Criminalisation': The African Union, the ICC, and International Law", Japanese Yearbook of Joana Abrisketa Uriarte, "Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, No. 1 (2016), pp. 19-47.

(٣٠٦) انظر: Concepción Escobar Hernández, "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional", in Mercedes García Arán and others (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción* Dapo Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law* (AJIL), vol. 98, No. 3 (July 2004), pp. 407-433 و "Irrelevance of Official Capacity" – Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement (Article 98)", in Isabelle Buffard and others (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff,

الفقرة ١ من المادة ٩٨ لا يؤثر بالمعنى الحرفي على عدم إمكانية الاحتجاج بالحصانة من الولاية القضائية للمحكمة، وإنما على إمكانية الاحتجاج بتلك الحصانة فيما يتعلق بالتدابير التي يجب أن تتخذها المحاكم الوطنية من أجل الوفاء بالالتزام بالتعاون مع المحكمة. وعلاوةً على ذلك، تبين الممارسة أن الجدل إنما أثير حصراً في سياق رؤساء الدول (الرئيسان البشير وكينياتا)، وهو ما يعني أن المسألة تتصل أساساً بموضوع الحصانة الشخصية. وتلك كانت باختصار المسألة التي أثّرت أمام محاكم جنوب أفريقيا في سياق إلقاء القبض على الرئيس البشير^(٣٠٧)، مما يكشف عن العلاقة الوثيقة بين ممارسة الحصانة أمام المحاكم الوطنية وأمام المحاكم الدولية والحاجة إلى وجود تفسير منهجي لكلتا الحالتين^(٣٠٨).

١٦٥ - وزاد من تعقيد هذا الموضوع اعتماد الاتحاد الأفريقي في عام ٢٠١٥ لبروتوكول مالابو الذي يقضي بإنشاء قسم القانون الجنائي الدولي في المحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان. ويهدف هذا البروتوكول إلى حل المشاكل التي تنشأ على الصعيد الإقليمي عن الخلاف في تفسير الفقرة ١ من المادة ٩٨ من نظام روما الأساسي فيما يتعلق باثنين من رؤساء الدول الأفارقة العاملين عن طريق إدراج المادة التالية في النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية:

”لا يجوز الشروع أو الاستمرار في رفع دعاوى أمام المحكمة توجه فيها اتهامات لأي من الرؤساء العاملين للدول أو الحكومات الأعضاء في الاتحاد الأفريقي، أو لأي شخص يتصرف أو يحق له التصرف بهذه الصفة، أو لأي من كبار مسؤولي الدول الآخرين على أساس مهامهم، أثناء فترة توليهم المنصب“^(٣٠٩).

C. Kress, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, in Morten Bergsmo and Yan Ling (eds.), State Sovereignty and International Criminal Law, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 223-265.

(٣٠٧) انظر، الفصل الثاني، الفرع دال، أعلاه.

(٣٠٨) انظر: Dire Tladi, “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender Al-Bashir under South African and International Law: Attempting to Make a Collage from an Incoherent Framework”, University of Pretoria, 2015 (الذي سينشر في Journal of International Criminal Justice). وقد حصلت المقررة الخاصة على هذا النص على سبيل المجاملة من المؤلف.

(٣٠٩) بروتوكول مالابو، المادة ٤٦ ألف مكرراً. وتنص المادة ٤٦ بء على مبدأ عدم الاعتداد بالمنصب الرسمي، مع عدم الإخلال بأحكام النظام الخاص المنصوص عليها في المادة ٤٦ ألف مكرراً. ولم يدخل هذا البروتوكول حيز النفاذ.

١٦٦ - وأدت هذه المبادرة إلى استحداث نموذج للولاية القضائية الجنائية الإقليمية يحدث قطيعة، وإن كانت جزئية فقط، مع القاعدة التي تقول إن مسؤولي الدول لا يمكنهم الاحتجاج بالحصانة من ممارسة المحاكم الجنائية الدولية للولاية القضائية. فبالرغم من أنه من غير الضروري تحليل ذلك الحكم لأغراض هذا التقرير^(٣١٠)، فإن مجرد اعتماده يبين كيف أن ممارسة الولاية القضائية الجنائية الدولية قد تواجه، من الناحية العملية، مشاكل تتعلق بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية. ومن ثم، يبدو أن تعديل النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية يمكن أن يمثل نقطة تحول في تصور الولاية القضائية الجنائية الدولية باعتبارها بديلاً لممارسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية فيما يتعلق بالجرائم الدولية.

١٦٧ - وعلى أية حال، لم تكن هذه المحاولة الوحيدة لإيجاد حل على الصعيد الأفريقي لمسألة محاكمة رؤساء دول حاليين أو سابقين بتهمة ارتكاب جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية. فعلى العكس من ذلك، يقدم إنشاء الدوائر الأفريقية الاستثنائية ضمن النظام القضائي السنغالي مثالا آخر أكثر قابلية للمقارنة بحالات المحاكم المختصة والمحاكم ذات الطابع الدولي. وهذا الترتيب، الذي أمكن بموجبه لمحكمة داخل النظام القضائي السنغالي أن تحاكم رئيس دولة سابقا لارتكابه، في جملة أمور، جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب، أكد أن الحصانة لا يمكن الاحتجاج بها في الحالات التي تنطوي على هذه الجرائم. ويتبين ذلك من كون الحكم الصادر ضد حسين حبري، والذي أدين بموجبه بارتكاب هذه الجرائم وحُكم عليه بالسجن مدى الحياة، لم يشر إلى الحصانة^(٣١١).

١٦٨ - وتكتسب فقرة ديباجة نظام روما الأساسي التي تذكر بأن "من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية"^(٣١٢) أهمية خاصة في هذا السياق. إذ ترسي هذه العبارة أساس مبدأ التكامل المنصوص عليه في نظام روما الأساسي كأداة لتحديد كيفية توزيع الاختصاصات بين المحكمة الجنائية الدولية

(٣١٠) للاطلاع على الشرح المتعلق بهذا الحكم، انظر: Manisuli Ssenyonjo and Saidad Nakitto, "The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?", *International Criminal Law Review*, vol. 16 (2016), pp. 71-102 و Dire Tladi, "The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13 (2015), pp. 3-17.

(٣١١) صدر الحكم ضد حسين حبري في ٣٠ أيار/مايو ٢٠١٦. انظر: [ملخص منطوق الحكم HH 20160528 (620786) "Prononcé-résumé du jugement HH 20160528 (620786)", متاح على الموقع الشبكي للدوائر الأفريقية الاستثنائية: www.chambresafraicaines.org.

(٣١٢) الفقرة السادسة من الديباجة.

والمحاكم الوطنية. وتمشيا مع هذا المبدأ، لا ينبغي التقليل من أهمية دور المحاكم الوطنية أو تجاهله^(٣١٣). بل على العكس من ذلك، يمثل تعزيز قدرة المحاكم الوطنية على البت في القضايا التي تنطوي على جرائم دولية حاليا عنصرا أساسيا من النموذج الجديد للعدالة الجنائية الدولية، بل إنه أدى أيضا إلى نشوء مفهوم ”التكامل الإيجابي“^(٣١٤).

١٦٩ - وإزاء هذه الخلفية، يشكل الاعتراف بالدور الأساسي للمحاكم المحلية في مكافحة الجرائم الدولية والحاجة إلى ضمان فعالية إجراءاتها القضائية عاملين لا يمكن للجنة تجاهلهما. ولذلك، قد تجد اللجنة أنه من المفيد أن تأخذ هذين العاملين في الاعتبار في مداولاتها بشأن موضوع القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٣١٥).

جيم - مفهوم القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة

١٧٠ - في هذا التقرير الخامس كله، تستخدم عبارة ”القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة“ كما لو أنها تمثل فئة واحدة، للإشارة إلى الحالات التي لا تنطبق فيها حصانة مسؤول دولة أمام محاكم دولة أخرى. ومع ذلك، وكما هو مشار إليه في التقرير الرابع، تمثل كلمتا ”قيود“ و ”استثناءات“ مفهومين منفصلين. فكلمة ”قيد“ تشير إلى أي عنصر يرسم نطاق مؤسسة معينة؛ ومن ثم يجب أن يقع داخل هذه المؤسسة، لأنه يكون مرتبطا بالعناصر التي تشكلها. أما ”الاستثناء“، فيقع خارج المؤسسة؛ وعلى الرغم من أن المؤسسة تواصل الاحتفاظ بنطاقها، فقد لا تنطبق، في ظروف معينة، بسبب وجود عناصر خارج المؤسسة.

(٣١٣) فيما يتعلق بمبدأ التكامل، انظر، من بين مراجع أخرى: Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005 و Concepción Escobar و Hernández, “El principio de complementariedad”, in Juan Yáñez-Barnuevo (ed.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Madrid, Casa de América, 2001, pp. 78-100.

(٣١٤) نوقش هذا المفهوم، الذي طرحته جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في مؤتمر كمبالا لاستعراض النظام الأساسي، وأدى إلى عدد من مبادرات المتابعة داخل الجمعية نفسها.

(٣١٥) تذكر كيتنر Keitner هذه الفكرة في عدد من الأوراق التي تشدد فيها على ما تسميه الإنفاذ الأفقي: “Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement”. ويمكن العثور على نفس النهج في المساهمة التي قدمتها مؤخرا إلى الندوة المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول التي نظمتها الجمعية الأمريكية للقانون الدولي: “Horizontal Enforcement and the ILC’s Proposed Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), pp. 161-166.

١٧١ - وإذا نحن طبقنا هذا التمييز على القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، فإن القيود تكون لها بالضرورة علاقة بالعناصر المعيارية التي تحدد كل فئة من فئات الحصانة، في حين أن الاستثناءات تحددها عناصر خارجية قد تُستمد من مكونات أخرى للنظام القانوني الدولي تؤدي فيها العناصر المعيارية دورا ثانويا. ومن هذا المنظور، ينبغي اعتبار المستفيدين من الحصانة ومفهوم الأعمال المنفذة بصفة رسمية والبعد الزمني للحصانة عناصر تُقرر في ضوءها القيود التي تخضع لها الحصانة. وعلى النقيض من ذلك، من شأن الامتثال للقيم والمبادئ القانونية للقانون الدولي ككل والقيام بما يلزم حتى لا تترتب على الحصانة آثار غير مرغوب فيها في مجالات أخرى من مجالات القانون الدولي (مثل القانون الجنائي الدولي، أو القانون الدولي الإنساني، أو القانون الدولي لحقوق الإنسان) أن يشكل نقطة الانطلاق لتحديد الاستثناءات التي تخضع لها الحصانة.

١٧٢ - ولكن هذا التمييز النظري لا يظهر بهذه الدرجة من الوضوح في الممارسة العملية. فكما هو مبين في الفصل الثالث من هذا التقرير، لا تستخدم كلمتا "قيد" و "استثناء" بشكل منتظم من قبل المحاكم الدولية، أو في تعليقات الدول وبياناتها، أو في الممارسة القضائية أو التشريعية أو التعاهدية. ففي معظم الحالات، لا تستخدم الجهات التي تُعنى بظاهرة الحصانة، من دول وعاملين في المجال القانوني، الكلمتين نفسيهما، بل هي أحيانا لا تؤكد أن هناك قيودا أو استثناء تخضع لهما الحصانة؛ وتكتفي بتأكيد أن الحصانة لا تنطبق، أو أنه لا يمكن الاحتجاج بها في المحاكم الوطنية. ومن ناحية أخرى، تجدر الإشارة إلى أن استخدام كلتا الكلمتين فيما يتصل بنفس الفعل لم يكن ثابتا أو قطعيا، بما في ذلك في الحالات التي أشار فيها العاملون في المجال القانوني بوضوح إلى التمييز بين القيود والاستثناءات. وفي هذا الصدد، تكتسي حالة التعذيب أو الجرائم الدولية عموما أهمية كبرى: فلئن كانت هذه الجرائم تشكل قيودا بالنسبة لبعض العاملين في المجال القانوني، فإن آخرين يعتبرونها استثناء. غير أنه في جميع تلك الحالات، الهدف النهائي هو نفسه: الإعلان عن أن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لا يمكن الاحتجاج بها فيما يتعلق بنوع معين من السلوك. وبعبارة أخرى، فإن كلتا الحالتين تنطويان على "عدم انطباق" نظام الحصانة، وهو ما لا يترتب عليه أي تغيير في الولاية القضائية لدولة المحكمة.

١٧٣ - بيد أن هذه المسألة ليست جديدة أو حتى مقتصرة على هذا الموضوع. وفي هذا الصدد، يكفي التذكير بالممارسة السابقة كما تظهر في بعض الاتفاقيات التي تتناول الحصانة، والتي وُضعت باستخدام مشاريع مواد اعتمدها اللجنة في وقت سابق. فاتفاقية فيينا للعلاقات

الدبلوماسية، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، واتفاقية البعثات الخاصة، واتفاقية فيينا المتعلقة بتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي - حتى لا نذكر هنا سوى الاتفاقيات الأوثق صلة بموضوعنا - لا تقرر أي تمييز بين القيود والاستثناءات. فهي تكتفي بإدراج الحالات التي لا تنطبق فيها بعض الحصانات التي تنظمها تلك الصكوك. ويظل أهم مثال على ذلك هو اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، التي لا تميز بين القيود والاستثناءات، وتتناول تحت العنوان نفسه (الجزء الثالث من الاتفاقية) أسباب عدم الانطباق بناء ليس فقط على أساس أعمال الدولة، بل أيضا على عواقب تلك الأعمال، أو الممتلكات التي تُلتمس ممارسة الولاية القضائية عليها، أو وجود آليات خاصة لتسوية المنازعات متفق عليها بين الطرفين.

١٧٤ - ولأغراض هذا الموضوع، لا يبدو ضروريا القيام بتمييز قطعي بين القيود والاستثناءات. وإضافة إلى ذلك، وكما لوحظ في التقرير الرابع، يمكن أن تكون للاختيار بين مفهومي القيود والاستثناءات فيما يتعلق بحالات معينة آثار تتجاوز بكثير نظام الحصانة، وبخاصة في حالة الجرائم الدولية والآثار التي قد تترتب عن وصف هذه الجرائم بأنها قيد أو استثناء في نظام المسؤولية الدولية للدولة^(٣١٦). وبناء على ذلك، ترى المقررة الخاصة أنه من المعقول أكثر (والمطابق بشكل أفضل للممارسة العملية) النظر في الموضوع من المنظور العام للحصانة الذي يقول إنه لا يمكن الاحتجاج بها في ظروف محددة، وخاصة منها حالات الجرائم بموجب القانون الدولي. وهذا ما سيكون محور مشروع المادة ٧ المدرج في هذا التقرير.

١٧٥ - وعلى أية حال، تجدر الإشارة إلى أن القيود والاستثناءات لا تُعامل على أنها عناصر منفصلة في هذا التقرير، والغرض الوحيد من ذلك هو كفالة أن تشمل مشاريع المواد المقترحة كلا المفهومين. ومع ذلك، فإن للتمييز بين القيود والاستثناءات أهمية منهجية، ولا سيما في ضوء المعايير التأويلية التي يجب استخدامها لإثبات وجود قيد أو استثناء تخضع لهما الحصانة. فعلى سبيل المثال، يجب أن تكون معايير تعيين القيود مرتبطة ارتباطا عضويا بالعناصر المعيارية للحصانة، وبخاصة الأعمال التي يجوز أن تشملها الحصانة، ويجب أن تفسر أساسا في ضوء العلاقة القائمة بين الحصانة والولاية القضائية. غير أنه في حالة الاستثناءات،

(٣١٦) انظر الوثيقة A/CN.4/686، الفقرات ١٢٢ إلى ١٢٦. وللاطلاع على رأي مخالف، انظر: William S. Dodge, "Foreign Official Immunity in the International Law Commission: the Meaning of "Official Capacity", Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), pp. 161-166.

ليست العناصر المعيارية للحصانة الأساس الوحيد لإثبات عدم انطباق الحصانة؛ فيمكن أن يكون عدم الانطباق مبنياً على عناصر أخرى خارج تلك المؤسسة مستمدة، كما لوحظ أعلاه، من النظام القانوني الدولي ككل. ولئن وجب إثبات عدم انطباق الحصانة باتباع طريقة استقرائية في الحالة الأولى، فيمكن إثباته باتباع طريقة استدلالية في الحالة الثانية. ويجب أخذ الطريقتين معا في الاعتبار على النحو الواجب في هذا التقرير.

١٧٦ - ويجب النظر في الاعتبارات المنهجية المذكورة أعلاه في تناول أسس القيود والاستثناءات، التي يرد تحليلها في الفصل أدناه.

الفصل الرابع

الحالات التي لا تنطبق فيها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية

١٧٧ - في ضوء التحليل المقدم أعلاه، يهدف هذا الفصل إلى تعيين نطاق القيود أو الاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من منظورين: (أ) تحديد المجالات الملموسة التي يمكن أن تنطبق فيها هذه الاستثناءات؛ (ب) تحديد ما إذا كان يمكن الاحتجاج بهذه الاستثناءات عموماً فيما يتعلق بكل من الحصانة الشخصية والحصانة الموضوعية، أو فقط هذه الأخيرة (الفرع دال). وفيما يتعلق بالنقطة الأولى، سوف تدرّس السيناريوهات التالية، كل واحد على حدة: الجرائم الدولية (الفرع ألف)؛ الضرر المتسبب فيه في إقليم دولة المحكمة (الفرع باء)؛ الفساد (الفرع جيم)؛ ومشروع المادة ٧ (الفرع هاء)، الذي يتناول الحالات التي لا تنطبق فيها الحصانة.

ألف - الجرائم الدولية

١٧٨ - كما ذكر سابقاً في هذا التقرير، يظل ارتكاب الجرائم الدولية مسألة محورية في المناقشة المتعلقة بالقيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، ويعزى ذلك بلا شك إلى عاملين هما: العلاقة بين الجرائم الدولية والقواعد الآمرة، من جهة، والمقارنة الحتمية بين الحصانة ومكافحة الإفلات من العقاب، من جهة أخرى. وترتبط وتتأثر أهمية الجرائم الدولية في النقاش بشأن الاستثناءات من الحصانة أيضاً بعملية إضفاء الطابع المؤسسي على القانون الجنائي الدولي التي تجرى منذ نهاية القرن العشرين، كما يتجلى ذلك أساساً في إنشاء المحاكم والهيئات القضائية الجنائية الدولية.

١٧٩ - وتبين الممارسة الوارد تحليلها أعلاه كيف عاجلت المحاكم الوطنية بشكل من الأشكال الجرائم الدولية في سياق الحصانة. وتكشف الممارسة، رغم تنوعها، اتجاهها واضحا نحو اعتبار ارتكاب الجرائم الدولية مانعا من موانع تطبيق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، إما لأن هذه الجرائم لا تعتبر أعمالا رسمية، أو لأنها تعتبر استثناء من الحصانة، بالنظر إلى خطورتها أو تقويضها للقيم والمبادئ التي يعترف بها المجتمع الدولي ككل. ومن ناحية أخرى، وعلى الرغم من أن المحاكم الوطنية اعترفت في بعض الأحيان بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بالجرائم الدولية، يجب ألا يغيب عن البال أنها فعلت ذلك دائما في سياق الحصانة الشخصية، ولم تفعل ذلك إلا في ظروف استثنائية فقط فيما يتعلق بالحصانة الموضوعية. وعلى أية حال، تجدر الإشارة إلى أن المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الدولية لم تعترف قط، في إطار ممارسة ولايتها القضائية، بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

١٨٠ - وبالتالي، يمكن أن يستنتج بصورة أولية أن القانون الدولي المعاصر يعترف بقيد أو استثناء تخضع لهما حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية حينما يُشتبه في أن موظف الدولة ارتكب جريمة دولية، وإن كان لبعض فقهاء القانون رأي مختلف^(٣١٧). وهناك أيضا بعض الأمثلة العملية التي اعترفت فيها المحاكم الوطنية بحصانة المسؤولين من الولاية القضائية الجنائية، بما في ذلك في قضايا اهتموا فيها بارتكاب جرائم دولية. ونقوم في الفرع أدناه بتحليل الصلة بين الجرائم الدولية وحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، وذلك من منظورين منفصلين: (أ) وجود عرف دولي يرسم معالم هذا القيد أو الاستثناء؛ (ب) الاعتراف المنتظم بالجرائم الدولية باعتبارها قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة. وبالرغم من الترابط الوثيق بين السيناريوهين، فإنهما يُتناولان منفصلين في هذا التقرير توخيا للوضوح. ويختتم هذا الفرع الجزئي باستعراض للجرائم الدولية التي يمكن أن تشكل قيدا أو استثناء تخضع لهما ممارسة الحصانة.

١ - القيد أو الاستثناء المبني على ارتكاب جرائم دولية كقاعدة عرفية

١٨١ - على الرغم من أن تحليل الممارسة في الفصل الثاني أعلاه، الذي يركز على الممارسة التشريعية والقضائية الوطنية دون الاقتصار عليها، يبين أن الجرائم الدولية عادة ما تعتبر قيدا

(٣١٧) انظر: Roger O'Keefe, "An 'International Crime' Exception to Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Not Currently, Not Likely", in Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), pp. 167-172.

أو استثناءً تخضع له ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، فهناك شكوك بشأن ما إذا كانت هذه الممارسة متسقة وموحدة بما فيه الكفاية لكي تشكل ركنا ماديا لعرف دولي. وقد تساءل البعض أيضا عما إذا كانت هذه الممارسة مصحوبة بشعور بالالتزام القانوني يمكن أن يشكل اعتقادا بالإلزام. وأشار آخرون إلى أن هناك اجتهدا قضائيا دوليا متسقا يشير إلى أن استثناء من هذا القبول غير موجود، وأن للاجتهد القضائي الدولي الأسبقية على الاجتهاد القضائي الوطني في تحديد عرف يقضي بأن ارتكاب الجرائم الدولية يعتبر قيدا أو استثناءً تخضع له الحصانة. وباختصار، ما يجري التشكيك فيه هو وجود قاعدة عرفية تعتبر بموجبها الجرائم الدولية استثناءً أو قيدا تخضع لهما حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(٣١٨).

١٨٢ - وليس بالمهمة السهلة القول هل يوجد عرف من هذا القبيل أم لا يوجد، ولا يمكن تجاهل الجدال الدائر حول هذه المسألة. وتحليل المسألة في هذا التقرير ضروري ومفيد، لأنه يمكن أن يؤثر في قرار اللجنة بشأن ما إذا كان ينبغي أم لا إدراج هذا القيد أو الاستثناء في مشاريع المواد التي تقوم بوضعها حاليا. وهذا القرار هو بلا شك أحد أكثر جوانب عملنا حساسية وصعوبة، ولكنه يكتسي أيضا أهمية بالغة بالنسبة للدول والمجتمع الدولي ككل.

١٨٣ - ومن المفيد إجراء هذا التحليل في ضوء ما تقوم به اللجنة من أعمال بشأن تحديد العرف، ولا سيما في ضوء مشاريع الاستنتاجات التي اعتمدها لجنة الصياغة مؤقتا^(٣١٩)، والتي أحاطت اللجنة علما بها في القراءة الأولى التي أجريت خلال الجزء الأول من الدورة الحالية. ويمكن أن تُستخلص من مشاريع الاستنتاجات العناصر التالية ذات الصلة بأغراض هذا التقرير:

(أ) للقول بوجود عرف دولي يتعين التحقق من وجود "ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام)"^(٣٢٠)؛

(ب) الممارسة ذات الصلة هي "ممارسة الدول [...] أساسا"^(٣٢١)، التي تتألف [...] من سلوك الدولة، سواء كانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم وظائف أخرى"^(٣٢٢)؛

(٣١٨) انظر: O'keefe, "An 'International Crime'", ومن جهة أخرى، قامت بيدريتي Pedretti بدراسة مهمة خلصت منها إلى أن هذا العرف موجود؛ انظر كتابها *Immunity of Heads of State*، الصفحات ٥٧ إلى ٩٨.

(٣١٩) انظر A/CN.4/L.872.

(٣٢٠) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٢.

(ج) ”قد تتخذ الممارسة أشكالاً متعددة ومتنوعة. وقد تشمل، في ظروف معينة، الامتناع عن فعل“^(٣٢٣). وتجدر الإشارة إلى الأشكال التالية لأغراض هذا التقرير: ”الأعمال [...] الدبلوماسية؛ والسلوك المرتبط بقرارات تتخذها منظمة دولية أو تُعتمد في مؤتمر حكومي دولي؛ والسلوك المرتبط بالمعاهدات؛ [...] والقوانين التشريعية والإدارية؛ وقرارات المحاكم الوطنية“^(٣٢٤)؛

(د) يتعين أن تؤخذ في الحسبان جميع الممارسات المتاحة الخاصة بدولة معينة، وأن تُقيم بأكملها^(٣٢٥)، بالنظر إلى أنه ”ليست هناك تراتبية مُسبقة لشتى أشكال الممارسة“^(٣٢٦)؛

(هـ) في أي حال من الأحوال، ”يجب أن تكون الممارسة [...] عامة، وهذا يعني وجوب أن يكون لها ما يكفي من الانتشار والتمثيلية، فضلاً عن الاتساق“^(٣٢٧)؛

(و) لكي تشكل الممارسة عرفاً دولياً، يجب أن تقترن ”بوجود حس بالحق القانوني أو الالتزام القانوني“^(٣٢٨)؛

(ز) عند تقييم الممارسة والاعتقاد بالإلزام، ”يجب مراعاة السياق العام، وطبيعة القاعدة، والظروف الخاصة“ التي استخدم فيها كل ركن من ”الركنين المنشئين“^(٣٢٩) لذلك الغرض؛

(ح) ”قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، ولا سيما محكمة العدل الدولية [...] هي مصدر احتياطي لتحديد“ القواعد العرفية^(٣٣٠)، ولكنها ليست ممارسة ينتج عنها عرف دولي^(٣٣١).

(٣٢١) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٤، الفقرة ١.

(٣٢٢) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٥.

(٣٢٣) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٦، الفقرة ١.

(٣٢٤) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٦، الفقرة ٢.

(٣٢٥) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٧، الفقرة ١.

(٣٢٦) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٦، الفقرة ٣.

(٣٢٧) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٨، الفقرة ١.

(٣٢٨) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٩، الفقرة ١.

(٣٢٩) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ٣، الفقرة ١.

(٣٣٠) المرجع نفسه، مشروع الاستنتاج ١٣، الفقرة ١.

١٨٤ - وفي ضوء هذه المبادئ التوجيهية الصادرة عن اللجنة، ترى المقررة الخاصة أن هناك عناصر كافية تشير إلى وجود قاعدة عرفية تعترف بالجرائم الدولية باعتبارها قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة، وذلك للأسباب التالية:

(أ) على الرغم من تنوع المواقف التي اتخذها المحاكم الوطنية في الحالات التي تم تحليلها أعلاه، يمكن تحديد اتجاه لصالح الاستثناء، وبخاصة، على سبيل المثال لا الحصر، المواقف المتخذة من المحاكم الوطنية في سياق الولاية القضائية الجنائية؛

(ب) في الحالات التي طبقت فيها المحاكم الوطنية أي شكل من أشكال القيود أو الاستثناءات بناء على ارتكاب جرائم دولية، قامت دائما بذلك بالإشارة إلى تعارض تلك الجرائم مع القواعد أو المبادئ القائمة في القانون الدولي المعاصر؛ ولذلك، يمكن التأكيد على أن قرارات المحاكم الوطنية تستند إلى اقتناع منها بأنها تتصرف وفقا للقانون الدولي وليس في إطار ممارسة سلطة تقديرية مطلقة، الأمر الذي لا يكاد يتوافق مع الاصطلاح بالوظيفة القضائية. ويكتسي هذا الاستنتاج أهمية أكبر بالنسبة للقرارات التي اتخذتها الهيئات القضائية في بلدان لم تكن لديها، وقت اتخاذ القرار، قواعد محددة تشير إلى ممارسة الحصانة، أو حتى عندما وُجدت هذه القواعد فهي لم تكن تشير صراحة إلى استثناء ممكن للجرائم الدولية. وهذا الاستنتاج هام أيضا بالنسبة للحالات التي مارست فيها المحاكم الوطنية ولايتها القضائية دون أي إشارة إلى حصانة مسؤولين مخصوصين من مسؤولي الدول بينما كان ينبغي لها أن تفعل ذلك لو أنها رأت وجها لإعمال تلك الحصانة، إما لأنها أشارت إلى حصانة مسؤولين آخرين من مسؤولي الدول (وهي بذلك تعترف بهذه الحصانة)، في الحكم المعني، أو لأنها أشارت في أحكام أخرى إلى هذه الحصانة فيما يتعلق بجرائم دولية يدعى أن مسؤولي دول قد ارتكبوها؛

(ج) إن عدم انطباق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في القضايا التي تنطوي على ارتكاب جرائم دولية لا ينعكس فقط في الممارسة القضائية، بل أيضا في القوانين الوطنية المعتمدة على مدى العقدين الماضيين، والتي أدخلت تدريجيا وصراحة هذا القيد أو الاستثناء في القوانين المحلية؛

(د) تبين ممارسة الدول خارج الساحتين القضائية والتشريعية، لا سيما في إطار المنظمات الدولية، أيضا أن معظم الدول تتخذ الموقف الذي يرى أن الجرائم الدولية تشكل

(٣٣١) في هذا الصدد، انظر كيف تشير الفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ٦، والفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ١٠، والفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ١٣، إلى دور قرارات المحاكم الوطنية والطريقة المحدودة التي تشير بها الفقرة ١ من مشروع الاستنتاج ١٣ إلى قرارات المحاكم الدولية (المرجع نفسه).

قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة، كما يتجلى على وجه الخصوص في البيانات التي أدلت بها الدول في اللجنة السادسة فيما يتعلق بهذا الموضوع وفي الإسهامات الخطية المقدمة من الدول ردا على أسئلة لجنة القانون الدولي في إطار هذا الموضوع؛

(هـ) تم الاعتراف أيضا بوجود قيد أو استثناء تخضع له الحصانة مبني على ارتكاب جرائم دولية في كتابات فقهاء القانون التي يجب اعتبارها "مصدرا احتياطيا" لتحديد العرف. وفي هذا الصدد، يستحق مركز القانون الدولي ثناء خاصا، حيث أشار إلى وجود استثناء من هذا القليل في العديد من قراراته منذ بداية القرن الحالي.

١٨٥ - ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن من فقهاء القانون والدول من قدم حججا بالغة الأهمية للطعن في الاستنتاجات الواردة أعلاه، منها (أ) أن هناك أيضا ممارسة مهمة تنافي إخضاع الحصانة لقيد أو استثناء بناء على ارتكاب جرائم دولية؛ (ب) أن الاجتهاد القضائي الدولي، ولا سيما قرارات محكمة العدل الدولية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لم يعترف بوجود قيد أو استثناء تخضع له الحصانة بناء على ارتكاب جرائم دولية؛ (ج) أن ممارسة الدول التي يفترض أنها تُتخذ أساسا لأي قاعدة عرفية لا تندرج في فئة الممارسة العامة، كما أنها لا تتسم بالاتساق والتمثيلية الكافيين. ورغم أن أهمية هذه الحجج لا يمكن تجاهلها أو التقليل منها، ترى المقررة الخاصة أنه ينبغي تقييمها تقييما دقيقا.

١٨٦ - وتجدر الإشارة إلى أن الاعتراض الأول المذكور أعلاه مبني على الممارسة العامة التي لا تشير إلى حصانة مسؤولي الدول فحسب، ولكن أيضا، وهو أمر أهم، إلى حصانة الدولة. ومن المشكوك فيه أن هذه الحجج يمكن أن تعتبر ذات أهمية لأغراض المناقشة الحالية لأنه من غير المرجح أن تأخذ في الاعتبار "السياق العام، وطبيعة القاعدة، والظروف الخاصة" (٣٣٢) لطريقة التحديد المذكورة أعلاه.

١٨٧ - ثانيا، على الرغم من أن لقرارات محكمة العدل الدولية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أهمية كبرى في النظام القانوني الدولي، لا يمكن اعتبارها سوى "مصادر احتياطية" لإثبات وجود ممارسة مصحوبة بالاعتقاد بالإلزام تكون مهمة باعتبارها دليلا على وجود قاعدة عرفية، ولا يمكن أبدا أن تحل محل قرارات المحاكم الوطنية في عملية نشأة العرف. وعلاوة على ذلك، فإن دور المحاكم الوطنية يكتسي أهمية خاصة بالنسبة للموضوع قيد النظر، لأنه يحتج دائما بالحصانة أمام المحاكم الوطنية وقراراتها عنصر لا غنى عنه في تحديد ما تعتبره دولة معينة قانونا دوليا. وكما ذكر أعلاه، تشير قرارات محكمة العدل الدولية

(٣٣٢) A/CN.4/L.872، مشروع الاستنتاج ٣-١.

والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، اللتين عادة ما تُعتبران مرجعا في هذا الباب، مباشرة إلى حصانة الدولة، وعندما تشير إلى حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، فإنها تكون محدودة النطاق (لا سيما قرارات محكمة العدل الدولية)، لأنها تهم الحصانة الشخصية حصرا.

١٨٨ - وللحجج المتعلقة بالطبيعة غير العامة للممارسة التي تستخدم لإثبات وجود قيد أو استثناء تخضع له الحصانة. وفي هذا الصدد، صحيح أن قرارات المحاكم الوطنية والقواعد المحلية والأنواع الأخرى للبيانات التي تدلي بها الدول إنما هي محدودة من حيث عددها ولا يكون محتواها متسقا أو موحدا بالكامل في بعض الأحيان. ومع ذلك، وكما اعترفت بذلك اللجنة نفسها للتو في عملها المتعلق بتحديد القانون الدولي العرفي، يجب تقييم أهمية حجم الممارسة في ضوء المجال الذي تحدث فيه^(٣٣٣). ففي الحالة قيد النظر، هذا المجال هو بالضرورة محدود بحكم الطابع الخاص للأعمال التي يشير إليها (الجرائم الدولية)، لأن هذه الأعمال، على الرغم من خطورتها، تنفذ حصرا في المجتمع الدولي. وإضافة إلى ذلك، فإن العدد المحدود للنظم الوطنية التي تسمح برفع دعاوى تتعلق بهذه الجرائم عندما ترتكب على أرض أجنبية أو على يد رعايا أجنبية يحد أيضا من حجم الممارسة. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن وجود أحكام تطبق شكلا من أشكال القيد أو الاستثناء إلى جانب أحكام تطبق الحصانة حتى عند وجود جرائم دولية ليس أمرا منفصلا تماما عن العملية التي تمر منها نشأة العرف الدولي. ونظرا للطبيعة غير الرسمية والتلقائية لهذه العملية، فهي تتيح وجود ممارسات متباينة في نفس الوقت، على الأقل خلال المراحل الأولى من نشأة القاعدة، دون أن يحول ذلك دون ظهور القاعدة. وأخيرا، وفيما يتعلق بالطابع غير التمثيلي للممارسة، تجدر الإشارة إلى أن مظاهر الممارسة يمكن تحديدها في مناطق إقليمية مختلفة، وأن التشكيك في العلاقة بين الحصانة والجرائم الدولية في منطقة إقليمية معينة لا يمس بانطباق قيد أو استثناء على أي شكل من أشكال الحصانة، باستثناء الحصانة من الاختصاص القائم على صفة الشخص المعني. فالمناقشة التي جرت في أفريقيا على مدى السنوات الأخيرة، والتي ذكرت أعلاه^(٣٣٤)، مثال جيد على ذلك. وفي جميع الأحوال، حتى في الحالة التي قد تكون فيها شكوك فيما يتعلق بوجود ممارسة عامة ذات صلة تؤدي إلى نشأة عرف دولي، لا يبدو أنه من الممكن في أي حال من الأحوال إنكار وجود اتجاه واضح من شأنه أن يعكس عرفا ناشئا.

(٣٣٣) فيما يتعلق بالطابع "العامة" للممارسة، انظر التقرير الثاني بشأن تحديد العرف الدولي، الوثيقة A/CN.4/672، ولا سيما الفقرات ٥٢ إلى ٥٧.

(٣٣٤) انظر الفصل الثالث، الفرع باء.

١٨٩ - ولذلك ترى المقررة الخاصة أنه يجوز فعلاً اعتبار ارتكاب الجرائم الدولية قيوداً أو استثناء تخضع له حصانة الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية بناءً على قاعدة من قواعد القانون العرفي الدولي.

٢ - التصنيف المنهجي للجرائم الدولية باعتبارها استثناء من الحصانة

١٩٠ - سواء وُجدت أم لم توجد قاعدة عرفية تحدد الجرائم الدولية بوصفها قيوداً أو استثناءات تخضع لها الحصانة، فإن تحليلاً منهجياً للعلاقة بين الحصانة والجرائم الدولية، في سياق القانون الدولي المعاصر، يُظهر وجود حجج متعددة لصالح هذه القاعدة.

(أ) حماية قيم المجتمع الدولي ككل: القواعد الآمرة ومكافحة الإفلات من العقاب

١٩١ - كما ذُكر سابقاً، تقدم الممارسة القضائية الوطنية أمثلة على التعامل مع الجرائم الدولية بوصفها قيوداً أو استثناءات تخضع لها الحصانة. ففي النوع الأول من الحالات، لا تشمل الحصانة ارتكاب الجرائم الدولية، لأن هذه الأعمال لا يمكن إدخالها ضمن الأعمال التي تنفذ في إطار الصفة الرسمية. وفي النوع الثاني من الحالات، يشكل ارتكاب الجرائم الدولية استثناء تخضع له الحصانة حتى لما تُرتكب هذه الجرائم في إطار سياسة الدولة أو فيما يتصل بأداء أنشطة الدولة، ومن ثم يمكن اعتبارها أعمالاً تنفذ في إطار الصفة الرسمية. وعلى أي حال، فإن كلا النوعين من الحالات يُسفر عن النتيجة نفسها: لا يمكن أن تنطبق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في حالة الجرائم الدولية.

١٩٢ - وتعد الأسباب المقدمة في كلتا الحالتين ذات طابع موضوعي، وترتبط بتصنيف الجرائم الدولية كأعمال مخالفة للقيم والقواعد والمبادئ القانونية الأساسية للمجتمع الدولي. وفي نهاية المطاف، فإنها ترتبط أيضاً بالتأكيد على أن هذه الجرائم تنتهك القواعد الآمرة التي لا يمكن التحلل منها. وفي كلتا الحالتين، فإن توصيف الجرائم الدولية باعتبارها قيوداً أو استثناء تخضع له الحصانة مرتبط أيضاً بالالتزامات الناشئة عن كون المجتمع الدولي ككل قد اعتبر الإفلات من العقاب على ارتكاب أخطر الجرائم الدولية ظاهرة غير مرغوب فيها، وبالتالي فهو يتعاون للقضاء على الظاهرة.

١٩٣ - وما لا جدال فيه أن الجرائم الدولية تتعارض مع القيم والقواعد والمبادئ القانونية الأساسية للمجتمع الدولي؛ وهذا ما يسلم به حتى أولئك الذين يعتبرون أن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية يمكن تطبيقها في حالة الجرائم الدولية. وعلى أي حال، تشكل هذه الفكرة أساساً لمكافحة الإفلات من العقاب باعتبار ذلك أحد القيم والأهداف التي يقوم عليها المجتمع والقانون الدولي اليوم. ومع ذلك، وعلى الرغم من أن هذا الأمر

بديهي ولم يشكك فيه أحد، فقد شكك في المركز القانوني لكلا المقولتين، وتم التوصل إلى خلاصة مفادها أن كليهما يشكلان مجرد قيم واتجاهات لم تُكرس في قواعد القانون الدولي. غير أن هذا التشكيك في المركز القانوني للمقولتين لا يدعمه تحليل منهجي للظاهرة في سياق القانون الدولي المعاصر.

١٩٤ - وعلى الرغم من أن مفهومي الإفلات من العقاب ومكافحة الإفلات من العقاب لهما بعد اجتماعي لا مجال إلى تجاهله، فإنه لا يمكن إنكار أن كليهما قد أصبحا أيضاً مفهومي قانونيين نتيجة تطور القانون الدولي منذ الحرب العالمية الثانية. وقد اكتسب المفهومان بعداً قانونياً نتيجة لتعزيز مجالين رئيسيين من مجالات القانون الدولي المعاصر، هما القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي^(٣٣٥).

١٩٥ - وقد اكتسب مفهوم "الإفلات من العقاب" بعداً قانونياً لأن قيماً اجتماعية أصبح لها طابع القواعد القانونية. واعتباراً للأغراض الحالية، أضيف هذا البعد القانوني أساساً من خلال تضمين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني مجموعة من الالتزامات ذات الصلة بالحقوق المتأصلة في الكرامة الإنسانية، في أوقات الحرب كما في أوقات السلم، والتي تكون لها آثار قانونية على الدولة وعلى الأفراد إن هي لم تُحترم. ويمكن أن تُستشف هذه الآثار بداية من خلال القواعد المتصلة بالمسؤولية الدولية التي يمكن أن تتحملها الدول عند انتهاك حقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي الإنساني، وثانياً من خلال تعريف الجرائم الدولية التي يمكن أن يتحمل مرتكبوها المسؤولية الجنائية الفردية. وكلتا الحالتين تعبر عن مفهوم عام للمسؤولية، يُعبّر عنه في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي بمصطلح "المساءلة". ويتعارض مفهوم الإفلات من

(٣٣٥) ليس من المستغرب، إذن، أن العلاقة بين الحصانة والجرائم الدولية، في إطار كل من القانون الجنائي الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، قد تم تحليلها في دراسات صدرت في السنوات العشرين الماضية. وفي هذا الصدد، انظر: Van Alebeek, *The immunity of States...*؛ وعن عنصر حقوق الإنسان من المناقشة، انظر:

Stacy Humes-Schulz, "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21, No. 1 (Winter 2008), pp. 105-142

Beth Stephens, "Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (November 2011), pp. 1163-1183.

وينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أيضاً أن التقرير الذي أعدته السيدة فوكس Lady Fox لمعهد القانون الدولي، والذي شكل الأساس في اعتماد قرار نابولي (٢٠٠٩)، كان يحمل عنوان "[حقوق الأساسية للفرد والحصانة من الولاية القضائية في القانون الدولي]" (The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law).

العقاب، الذي يُعبّر عنه بعبارات سلبية تحيل إلى "انعدام المساءلة"، مع مفهوم المساءلة القانوني وله بعد قانوني مثلما أن للمساءلة بعدها القانوني^(٣٣٦). وبالإضافة إلى ذلك، فإن العناصر التي تنطبق عليها "المساءلة"، ثم تُترك دون حماية نتيجة "الإفلات من العقاب"، هي أيضاً قيم قانونية: تلك هي حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، والقواعد الأساسية لحماية الضحايا في حالات النزاع المسلح، وحظر بعض وسائل وأساليب القتال. فلا أحد اليوم يشكك في أن هذه القيم من قواعد القانون الدولي.

١٩٦ - وبالإضافة إلى ذلك، اتخذ مفهوم "مكافحة الإفلات من العقاب" أيضاً بعداً قانونياً، لا سيما من خلال إنشاء آليات للتعاون الدولي كانت الغاية منها في البداية تحديد مسؤولية الدولة عن انتهاك القواعد المذكورة آنفاً، لتصبح غايتها بعد ذلك تحديد المسؤولية الجنائية الفردية. وتعمل هذه الآليات على الصعيد الدولي من خلال إنشاء هيئات من مختلف الأنواع، بما فيها الهيئات القضائية، من أجل حماية حقوق الإنسان الدولية، ومن خلال إنشاء المحاكم الجنائية الدولية.

(٣٣٦) بالنسبة للمساءلة والإفلات من العقاب، انظر: Daniel W. Van Ness, "Accountability", in Jennifer J. Llewellyn and Daniel Philpott, eds., *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding* (Oxford, Oxford University Press, 2014)؛ و Paul Craig, "Accountability", in Damian Chalmers and Anthony Arnall, eds., *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford, Oxford University Press, 2015) (الذي قال إن المساءلة قد تكون لها عناصر سياسية وقانونية ومالية)؛ و Ramesh Thakur and Peter Malcontent, eds., *From Sovereign Impunity to International Accountability: the Search for Justice in a World of States* (Tokyo, United Nations University Press, 2004)؛ و Andrea Bianchi, "Serious violations of human rights and foreign states' accountability before municipal courts", in Lal Chand Vohrah et al., eds., *Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese* (The Hague, Kluwer, 2003), pp. 149-182. وقد أكدت الجمعية العامة أهمية دور المساءلة في سيادة القانون. فقد ورد في إعلان الاحتماع الرفيع المستوى للجمعية العامة بشأن سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي أن الدول تلتزم "بكفالة عدم السماح بإفلات المسؤولين عن جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية أو عن انتهاكات القانون الإنساني الدولي والانتهاكات الجسيمة لقانون حقوق الإنسان من العقاب والتحقيق في هذه الانتهاكات على النحو الواجب وإنزال العقوبات المناسبة. بمرتكبيها، بسبل منها تقديم مرتكبي أي من هذه الجرائم إلى العدالة عن طريق الآليات الوطنية أو، حيثما اقتضى الأمر، عن طريق الآليات الإقليمية أو الدولية، وفقاً للقانون الدولي، ولهذا الغرض، [تشجع] الدول على تعزيز نظمها ومؤسساتها القضائية الوطنية" (الفقرة ٢٢)، وتؤكد "أهمية اتباع نهج شامل فيما يتعلق بالعدالة في المرحلة الانتقالية يكفل اتخاذ مجموعة كاملة من التدابير القضائية وغير القضائية لكفالة المساءلة وتحقيق العدالة وتوفير سبل الانتصاف للضحايا والتعافي والمصالحة ووضع رقابة مستقلة على النظام الأمني واستعادة الثقة بمؤسسات الدولة والنهوض بسيادة القانون. و[تؤكد] في هذا الصدد أن عمليات تقصي الحقائق، بما فيها العمليات التي يجري فيها التحقيق في أنماط انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي في الماضي وأسبابها وعواقبها، أدوات هامة يمكن أن تكون مكملة للإجراءات القضائية" (الفقرة ٢١) (قرار الجمعية العامة ١/٦٧ المؤرخ ٢٤ أيلول/سبتمبر ٢٠١٢).

١٩٧ - غير أن التعاون الدولي لا يقتصر على إنشاء الهيئات والإجراءات الدولية. بل على العكس، ينبغي الإشارة إلى أن معظم المعاهدات الدولية المنشئة لنظم حماية حقوق الإنسان تفرض على الدول الالتزام بوضع الحلول المناسبة لهذا الغرض في قوانينها الداخلية^(٣٣٧). ويبدو هذا الأمر أكثر وضوحاً في حالة التعاون الرامي إلى المعاقبة على ارتكاب الجرائم الدولية: ففي إطار النموذج الموحد الذي سبق إنشاء المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الدولية، كانت المعاقبة على الجرائم الدولية حكراً على الدول (ومحاكمها) عن طريق اللجوء إلى قوانينها ومؤسساتها الداخلية. ولا يزال هذا النموذج قائماً اليوم إلى حد كبير من خلال تضمين المعاهدات الدولية المتصلة بالجرائم الدولية أحكاماً تلزم الدول بتمكين محاكمها الوطنية، في إطار القوانين الداخلية، من الولاية القضائية التي تتيح لها المعاقبة على هذه الجرائم^(٣٣٨).

١٩٨ - ولذلك، فإن لمفهوم الإفلات من العقاب ومفهوم مكافحة الإفلات من العقاب بعداً قانونياً لا لبس فيه. بموجب كل من القانون الدولي والقوانين الداخلية للدول. وكون العبارتين لهما معانٍ متعددة، بالإضافة إلى المعنى الاجتماعي الواضح، لا ينفي عنهما البعد القانوني أو يجعلهما مجرد مفهومي غير قانونيين أو مفهوميين قبل - قانونيين.

١٩٩ - وينعكس الطابع القانوني لهذين المفهومين أيضاً في الربط بينهما وبين القواعد الآمرة. ويكفي القول إنه من المسلم به عموماً أن العديد من هذه القواعد التي تقر بحقوق الإنسان، أو التي تحظر بعض أشكال السلوك، تمثل بشكل لا لبس فيه قواعد أمرة. وبالنسبة للأغراض الحالية، فإن هذا ينطبق بصفة خاصة على جريمة الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة

(٣٣٧) على الصعيد الدولي، انظر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة ٢ (٣) (أ) والمادة ١٤ (انظر أيضاً التعليق العام رقم ٣٢، المعتمد في عام ٢٠٠٧) [تقرير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ٤٠، المجلد الأول (A/62/40 (Vol. I))، المرفق السادس]؛ واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المادة ٢ (ج). وعلى الصعيد الإقليمي، انظر الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، المادتان ٦ و ١٣؛ وميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، المادة ٤٧؛ والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المادتان ٨ و ٢٥؛ والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة ٧. وأكد مجلس حقوق الإنسان من جانبه الحاجة إلى أن "تكفل، في جملة أمور، المساءلة، وإقامة العدل، وتوفير سبل الانتصاف للضحايا": قرار مجلس حقوق الإنسان ٢٧/٣ بشأن المقرر الخاص المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمانات عدم التكرار (A/HRC/RES/27/3)، المؤرخ ٣ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤.

(٣٣٨) انظر اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، المادة الخامسة؛ واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المادتان ٥ و ٦؛ والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادة ٦؛ والاتفاقية الدولية بشأن قمع جريمة الفصل العنصري ومعاقبة مرتكبيها، المادة الرابعة.

ضد الإنسانية وأخطر جرائم الحرب والتعذيب، وهي الجرائم التي يشار إليها عادة بالانتهاكات الماسة بالقواعد الآمرة. وينبغي أيضاً ألا يغيب عن البال أن لجنة القانون الدولي نفسها قد أضفت هذه الصفة على تلك الجرائم في عملها السابق بشأن قانون المعاهدات، وفي مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، وفي المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً. وبما أن الجرائم الدولية تشكل انتهاكات لقواعد القانون الدولي الآمرة، فإنه ليس من المستغرب أن ترى بعض المحاكم الوطنية أن هذا الواقع كافٍ لاستنتاج أن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لا تنطبق في الحالات التي تُرتكب فيها جرائم دولية. وهذا يفسر لماذا تنص المادة ٢٧ من نظام روما الأساسي على أن الصفة الرسمية والحصانات الوطنية والدولية لا يمكن الاحتجاج بها أمام المحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم لا يمكن استخدامها كآلية للدفاع الإجرائي للحيلولة دون ممارسة المحكمة لولايتها القضائية.

٢٠٠ - وهذا الفهم للقواعد الآمرة باعتبارها أساساً لرفع الحصانة قبلت به العديد من المحاكم الوطنية وغير قليل من الدول، على النحو المبين في تحليل الممارسات الوارد في الفصل الثاني أعلاه. ومع ذلك، ينبغي ألا يغيب عن البال أن محكمة العدل الدولية رفضت هذا التفسير صراحة في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية، على أساس أن القواعد الآمرة والقواعد التي تحكم حصانة الدول هي مجموعتان مختلفتان من القواعد. وإضافة إلى ذلك، استندت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى حجج مماثلة لكي تستنتج أن حصانة الدولة من الولاية القضائية المدنية لا تُرفع في حالة أعمال التعذيب، على الرغم من أن هذه الأعمال يُعترف صراحة بأنها من الانتهاكات الماسة بقواعد القانون الدولي الآمرة.

٢٠١ - وبالنسبة لتقييم هذا الحكم فيما يتعلق بتأثيره على تعريف القواعد الآمرة، وهو أمر لا ضرورة إلى تناوله في السياق الحالي،^(٣٣٩) تجدر الإشارة إلى أن المحكمة لم تتناول في

(٣٣٩) بخصوص هذه المسألة، انظر، من بين مصادر أخرى: Onder Bakircioglu, “Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law”, *International Human Rights Law Review*, vol. 1 (2012), pp. 93-109 و Craig Barker, “International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) Judgment of 3 February 2012”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (July 2013), pp. 741-752 و Andrea Bianchi, “Gazing at the crystal ball (again): state immunity and *jus cogens* beyond Germany v. Italy”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, pp. 1-19 و François Boudreault, “Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), pp. 1003-1012 و Alexander Orakhelashvili, “Jurisdictional Immunities of the State, ICJ, Feb. 3 2012”, *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 609-

حكمها الأثر التفسيري لهذا النوع من القواعد، وهي نقطة ذات أهمية خاصة كانت اللجنة نفسها قد وجهت الانتباه إليها في الماضي. وعلى نحو ما سبق أن أشارت إليه اللجنة، فإن التضارب بين القواعد الأولية، كما في القضية قيد النظر حالياً، لا ينبغي بالضرورة أن يُحلّ عن طريق تحديد المسؤولية؛ بل ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن جميع القواعد الآمرة لها أثر تفسيري يتيح حل التناقضات المحتملة دون الحاجة إلى النظر في الأمر من حيث علاقته بقواعد المسؤولية.

٢٠٢ - وينبغي أن يؤخذ هذا الأثر التفسيري في الاعتبار عند تناول العلاقة بين حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية وبين الجرائم الدولية. وبالتالي، وبقدر ما تعتبر الجريمة الدولية انتهاكاً لقاعدة آمرة، كما هو الحال بلا جدال فيما يتعلق بالتعذيب، ينبغي أن يأخذ أهل القانون هذا الظرف في الاعتبار من أجل التوصل إلى تفسير يوفق بين القاعدتين. ومثل هذه التفسيرات ينبغي اعتمادها على أساس كل حالة على حدة، ولكن من حيث المبدأ، سيكون من الممكن رفع الحصانة من الولاية القضائية الجنائية إما على أساس أن هذه الجرائم لا يمكن اعتبارها أعمالاً ارتكبت بصفة رسمية أو على أساس أن الحصانة يجب أن تُرفع في بعض الظروف البالغة الجسام حيث تُقوض القيم القانونية الأساسية للمجتمع الدولي.

٢٠٣ - وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي ألا يغيب عن البال أن استنتاج محكمة العدل الدولية فيما يتعلق بحصانة الدول لا يمكن أن ينطبق تلقائياً ومن جميع النواحي على العلاقة بين حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية وبين القواعد الآمرة. وكما ذكرت المحكمة في الحكم الصادر عام ٢٠١٢، لا يوجد تناقض بين الحصانة والقواعد الآمرة لأن الحصانة مسألة إجرائية في حين أن القواعد الآمرة هي موضوعية بطبيعتها. وبالتالي، فإن مجرد وضع حاجز دون ممارسة الولاية القضائية لا يعفي الدولة من تحمل المسؤولية من خلال قناة أخرى، وبالتالي فهو لا يسفر عن التحلل من القاعدة الآمرة؛ وبذلك تُصان إحدى السمات الأساسية للقواعد الآمرة، ألا وهي استحالة التحلل من هذه القواعد بموجب أي قاعدة من قواعد القانون الدولي، باستثناء قاعدة آمرة أخرى.

٢٠٤ - وبالنظر إلى أن المحكمة تشير إلى الحصانة من الولاية القضائية المدنية، فإن مسؤولية الدولة، وفي المقام الأول الآثار القانونية المترتبة على ذلك (رد الحقوق إلى أصحابها، أداء التعويضات، التعويض عن الضرر، وما إلى ذلك) يمكن تحديدها من خلال قناة أخرى، تكون

٦١6 و Jure Vidmar, "Rethinking *Jus Cogens* After *Germany v. Italy*: Back to Article 53?", *Netherlands International Law Review*, vol. 60, No. 1 (May 2013), pp. 1-25.

إما محلية (محاكم الدولة التي يُزعم أنها تتحمل المسؤولية المدنية) وإما دولية (المحاكم الدولية، متى أمكن ذلك؛ أو ممارسة الحماية الدبلوماسية؛ أو التحكيم؛ أو التفاوض، من بين أمور أخرى). وبالتالي، فإن قول المحكمة بأن الحصانة هي مؤسسة إجرائية حصرياً أمر لا يمكن الطعن فيه من منطلق قانوني بحت.

٢٠٥ - غير أن هذا الاستنتاج لا يمكن تطبيقه بالمطلق على نوع الحصانة المشار إليه في هذا التقرير. فحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لها سمتان خاصتان ينبغي أخذهما بعين الاعتبار: (أ) فهي تُمارَس أمام المحاكم الجنائية؛ (ب) ولها تأثير يؤدي إلى عرقلة أي إجراء قانوني يكون الغرض منه تحديد المسؤولية الجنائية الفردية عن نوع معين من الجرائم. فبالنسبة لثاني السمتين، لا أحد يستطيع أن ينكر أن الطريقة الوحيدة لتحديد هذه المسؤولية الجنائية والوصول إلى النتائج اللازمة (إعلان البراءة أو الإدانة، وفرض العقوبة عند الاقتضاء) هي المرور من الإجراءات الجنائية التي لا يمكن الاستعاضة عنها بأي من الآليات البديلة المشار إليها في الفقرة السابقة، وبخاصة التحكيم أو الحماية الدبلوماسية أو التفاوض بين الدول. وبالتالي، فإن الحصانة لن تستوفي بالكامل المعايير التي تتيح اعتبارها "حاجزاً إجرائياً" إلا حين يتاح اللجوء إلى آلية للقانون الجنائي غير محاكم دولة المحكمة من أجل إثبات المسؤولية الجنائية الممكنة لمسؤول من مسؤولي الدولة، سواء كانت هذه الآلية هي المحاكم الجنائية لدولة المسؤول أو محكمة جنائية دولية مختصة أو محكمة وطنية أخرى تكون لها صلاحية محاكمة مسؤول الدولة، من خلال تطبيق قواعد خاصة، دون إمكانية الاحتجاج بالحصانة أمام هذه المحكمة. ومع ذلك، لا يمكن بالمطلق ضمان رفع الدعوى أمام محكمة من هذه المحاكم البديلة، لأن ذلك يتوقف على العديد من الظروف، من قبيل وجود قواعد خاصة في دولة المسؤول تحول دون محاكمته، أو عدم امتلاك المحكمة الدولية للولاية القضائية، أو وجود قواعد تعاقدية تتيح بشكل لا لبس فيه تدخل دولة ثالثة. وإذا لم يكن بإمكان أي من هذه المحاكم البديلة محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، تنشأ آنذاك الظاهرة التي سبق تحليلها في الفرع ألف من الفصل الثالث أعلاه: إذ تفقد الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية طابعها الإجرائي المحض وتتطلب عنصراً موضوعياً لكي تصبح "حاجزاً إجرائياً" و "حاجزاً موضوعياً" في الوقت نفسه. ولم يتطرق حكم محكمة العدل الدولية في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية لهذه الإمكانية، وبالتالي لا يمكن أن يُستنتج أن قول المحكمة بعدم التعارض بين الحصانة والقواعد الآمرة إنما هو قول ينطبق على حالة حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بارتكاب الجرائم الدولية.

(ب) الاحتكام إلى القضاء وحق الضحايا في جبر الضرر

٢٠٦ - يرتبط بشكل وثيق بالحجج الواردة في الفقرات السابقة القول بأن تطبيق الحصانة من الولاية القضائية فيما يتعلق بالجرائم الدولية يشكل إنكاراً لحق الضحايا في الاحتكام إلى القضاء والحصول على الجبر عن الجرائم التي تعرضوا لها.

٢٠٧ - ولقد جرت العادة أن يُعتبر إنكار الحق في الاحتكام إلى القضاء من الحجج التي تُستخدم للحد من نطاق أي شكل من أشكال الحصانة^(٣٤٠). ولهذا الحق بلا شك ميزة أنه حق أساسي بدونه يصبح الحق في الحماية القضائية الفعلية وفي المحاكمة العادلة مجرداً من أي معنى^(٣٤١). ولكن، وكما ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣٤٢)، يخضع حق الاحتكام إلى القضاء لقيود، وهو يتطلب في حالة العلاقة بين هذا الحق والحصانة اتباع نهج هادف، يأخذ في الاعتبار أن الحصانة دورها، بحكم تعريفها، هو "حجب" الدعاوى القضائية، وهي من ثم تنطوي بالضرورة على تقييد الحق في الاحتكام إلى القضاء.

٢٠٨ - وعلاوةً على ذلك، للحق في الاحتكام إلى القضاء، في سياق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، خصائص محددة ينبغي أن تراعى على النحو الواجب. وأول هذه الخصائص أن الدعاوى الجنائية لا يرفعها بالضرورة من وقعت عليهم الجريمة، وأن عملية تحريك الدعوى ضد مسؤولي دولة ثالثة لارتكابهم جرائم دولية يمكن أن تخضع لقيود معينة تحددها القوانين الوطنية التي تسمح لأجهزة الدولة بالتحكم في ممارسة الولاية القضائية. بمسوغ الدفاع عن المصالح العامة للدولة من حيث المبدأ. ثانياً، لا يكون الهدف الوحيد من رفع الدعوى هو الدفاع عن مصالح الضحايا وحقوقهم الفردية، وإنما ترفع أيضاً للحفاظ على النظام العام الوطني والدولي، بغية كفالة الامتثال للمعايير التي يعتبرها المجتمع الدولي ككل معايير أساسية. وأخيراً، يكون الغرض من الدعوى هو على وجه الدقة تحديد المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الدولية، وهو غرض لا سبيل لتحقيقه إلا من خلال القنوات القضائية، سواء كانت تلك القنوات محاكم دولة المحكمة، أو محاكم دولة المسؤول، أو محكمة جنائية دولية. وفي هذا السياق، ليس من السهل تحديد المقصود

(٣٤٠) انظر التعليق على حكم المحكمة الدستورية الإيطالية المؤرخ ٢٢ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤ (الفقرة ١٢٢ أعلاه).

(٣٤١) انظر: [حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية غولدر ضد المملكة المتحدة]، European Court of Human Rights, case of *Golder v. United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, *Series A*, No. 18, paras. 28-36.

(٣٤٢) انظر الفصل الثاني، الفرع باء-٢.

بالحق في الاحتكام إلى القضاء والظروف التي لا يُكفل فيها هذا الحق بسبب انطباق الحصانة من الولاية القضائية الجنائية، حتى في الحالات التي تُرتكب فيها جرائم دولية.

٢٠٩ - ومن الواضح أن حق الفرد في اللجوء إلى المحاكم لإيداع شكوى أو اتهام بشأن ارتكاب جريمة دولية يقيد تطبيق الحصانة. ويتعثر هذا الحق أيضاً حين ترفع السلطات المختصة في الدولة الدعوى الجنائية فتتوقف هذه الدعوى بسبب تطبيق الحصانة. ولكي يجعل هذا القيد الحصانة متعارضة مع حق الاحتكام إلى القضاء، لا بد فيه، كما تذكر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، من أن يفضي إلى فقدان هذا الحق في حد ذاته. وبعبارة أخرى، يجب ألا تكون هناك أي وسيلة أخرى للحصول على قرار من محكمة تقول فيه هل ارتكبت جريمة دولية أم لم ترتكب، فإذا قالت بارتكاب الجريمة، فهل تقع المسؤولية على مسؤول الدولة. فإذا لم تُتَّح طريقة للانتصاف من هذا القيد، فإن الأثر المترتب على الحصانة لن يقتصر على الحرمان من حق الاحتكام إلى القضاء بل سيسمح أيضاً بإدامة حالة مردّها في الأساس إلى عمل يتعارض مع قواعد القانون الدولي الآمرة، ألا وهو الجريمة الدولية. ومن هذا المنظور، وفي هذه الظروف الخاصة للغاية، يمكن أن يشكل حق الاحتكام إلى القضاء أساساً قانونياً كافياً للخلوص إلى أن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية لا تنطبق في حالة الجرائم الدولية.

٢١٠ - وأما بخصوص حق ضحايا الجرائم الدولية في جبر الضرر، فليس لأحد أن ينكر أن هذا الحق هو من التطورات الأكثر تقدماً في القانون الجنائي الدولي المعاصر: فارتكاب الجرائم الدولية لا يمكن أن تكون عاقبته الوحيدة معاقبة مرتكبي تلك الجرائم؛ بل ينبغي أن يكون هناك أيضاً نظام لجبر الضرر الذي لحق بالضحايا. وهذا البعد من العدالة الجنائية موجود لدى عدد من البلدان التي تنص قوانينها على حق ضحايا الجريمة في جبر الأضرار. ويمارس هذا الحق إما تتويجاً للدعوى الجنائية ذاتها أو كنتيجة لدعوى مدنية غرضها الوحيد هو الحصول على جبر الضرر الذي تسببت فيه الجريمة، سواء صدر حكم جنائي أم لم يصدر.

٢١١ - والحق في جبر الضرر هو أيضاً مفهومٌ مألوف في القانون الدولي. فعلى سبيل المثال، توجد قرارات صادرة عن هيئات دولية شتى تعترف لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان والجرائم الدولية بالحق في جبر الضرر^(٣٤٣). بل إن الحق في جبر الضرر قد طُلب به أيضاً

(٣٤٣) انظر قرار الجمعية العامة ١٤٧/٦٠ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بالمبادئ الأساسية والخطوط التوجيهية بشأن حق ضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي في الانتصاف والجبر؛ وقرار مجلس حقوق الإنسان ٣/٢٧ المؤرخ ٣ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤ بشأن المقرر الخاص المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة والجبر وضمائم عدم التكرار (A/HRC/RES/27/3)؛ والتعليق العام رقم ٣ للجنة مناهضة التعذيب المؤرخ ١٣ كانون

أمام محكمة العدل الدولية في قضية حصانات الدولة من الولاية القضائية (Jurisdictional Immunities of the State)، وإن لم تبت المحكمة في تلك الجزئية^(٣٤٤). وعلى أي حال، فإن حق ضحايا الجرائم الدولية في جبر الضرر معترف به صراحةً في المادة ٧٥ من نظام روما الأساسي، وهو ما أدى إلى تطورات مهمة على الصعيدين المؤسسي^(٣٤٥) والفقه^(٣٤٦).

٢١٢ - على أن وصف حق الضحايا في جبر الضرر باعتباره أساساً للاستثناء من الحصانة في حالة الجرائم الدولية يتطلب تحليلاً دقيقاً يتناول في الأساس إمكانية رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض. وفي هذا السياق، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أن هذه المطالبة يمكن أن تقدم في المحاكم الجنائية أو المدنية، وأنها ليست مشروطة في القضايا المدنية بأن تكون مسبقة بإدانة جنائية. وفي كلتا الحالتين، يترتب على حق الضحية في جبر الضرر أثر مختلف على القيد أو الاستثناء الذي تخضع له الحصانة. ومن الواضح أنه ينبغي أن يؤخذ هذا الأمر في الحسبان باعتباره أساساً للقيد أو الاستثناء عندما لا يكون ممكناً الحصول على جبر الضرر

الأول/ديسمبر ٢٠١٢ (تقرير لجنة مناهضة التعذيب، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ٤٤ (A/68/44)، الصفحة ٣٣٦. وفيما يتعلق بحق في جبر الضرر في كتابات الفقهاء، انظر في، جملة مراجع، Luis M. Cruz, "El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos", *Revista de Derecho Político*, No. 77 (January-April 2010), pp. 185-209.

(٣٤٤) انظر الفصل الثاني، الفرع جيم-١، أعلاه.

(٣٤٥) لهذا الغرض، أنشأت جمعية الدول الأطراف الصندوق الاستئماني لصالح الضحايا، الذي يضطلع بدور مهم في النظام العام للمحكمة. وانظر في هذا الصدد القرار ICC-ASP/1/Res.6 المؤرخ ٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢ (إنشاء صندوق لصالح ضحايا الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وأسرههم)، في ICC-ASP/1/3، والقرار ICC-ASP/4/Res.3 (لائحة الصندوق الاستئماني للضحايا).

(٣٤٦) انظر: [قرار المحكمة الجنائية الدولية، الدائرة الابتدائية الأولى، الذي يحدد المبادئ والإجراءات التي ستطبق على جبر الضرر، المؤرخ ٧ آب/أغسطس ٢٠١٢]، International Criminal Court, Trial Chamber I,

Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations of 7 August 2012 (ICC-01/04-01/06-2904). وانظر أيضاً [الحكم في الاستئناف المقدم ضد "القرار الذي يحدد المبادئ والإجراءات التي ستطبق على جبر الضرر"، المؤرخ ٧ آب/أغسطس ٢٠١٢ مع الأمر المعدل للجبر، المؤرخ ٣ آذار/مارس ٢٠١٥]، Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations of 3 March 2015 (ICC-01/04-01/06-3129). وقد خلصت دائرة الاستئناف في هذا الحكم إلى أن حق الضحايا في جبر الضرر ينبثق من المسؤولية الشخصية للشخص المدان، وأصدرت تعليمات إلى الصندوق الاستئماني بمنح تعويضات جماعية. وانظر: Fernando Val Garijo, *Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal* (Madrid, UNED, 2007) (thesis).

بغير الإجراءات الجنائية، فتصبح من ثم هذه الإجراءات شرطاً أساسياً للحصول على جبر الضرر. وفي هذه الحالة، يكون الأثر الذي يمكن أن تحدثه الحصانة على حق الضحايا في جبر الضرر مكماً للحجة المشار إليها أعلاه بشأن البعد الموضوعي للحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

٢١٣ - إلا أن هذا الاستنتاج لا يكون بنفس الوضوح في الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على جبر الضرر إلا من خلال إجراءات أمام المحاكم المدنية، لأنه يمكن في هذه الحالات استعمال الآليات البديلة المشار إليها أعلاه. وعلاوةً على ذلك، يمكن أن تتحدد في هذه الحالات احتمالات الخلط بين حصانة مسؤول الدولة وحصانة الدولة، ذلك أن الدولة يمكن أن تُلقى عليها المسؤولية المدنية الفرعية.

٢١٤ - ونتيجة لذلك، وبصرف النظر عن الجدل بشأن حق الضحايا في جبر الضرر، فإنه لا يبدو من الممكن الخلوص إلى أن الحق في جبر الضرر يمكن أن يشكل لوحده وفي حد ذاته أساساً قانونياً مستقلاً لأي استثناء من حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وعلى أي حال، لا يحول هذا الأمر دون النظر في الحق في جبر الضرر باعتباره حجة قانونية تكميلية تؤيد ذلك الاستثناء. وفي هذا السياق، تكون لممارسات بعض الدول أهمية خاصة؛ فالولايات المتحدة وكندا، على سبيل المثال، تعترفان في قانونهما المحليين باستثناء من الحصانة من الولاية القضائية المدنية في حالة بعض المطالبات بالتعويضات عن الأضرار الناشئة عن ارتكاب جرائم دولية. ومن جهة أخرى، ينبغي أيضاً أن يؤخذ في الاعتبار العمل الذي اضطلع به معهد القانون الدولي؛ ففي قراره بشأن الولاية القضائية المدنية العالمية فيما يتعلق بجبر الضرر الناجم عن الجرائم الدولية، أعلن حق الضحايا في جبر الضرر، والحق في الوقوف أمام العدالة بالفعل للمطالبة بجبر الضرر (المادة ١، الفقرتان ١ و ٢).

(ج) الالتزام بمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية

٢١٥ - لقد دفعت حسامة الجرائم الدولية إلى اعتماد عدد من المعاهدات التي تفرض على الدول الأطراف الالتزام بممارسة الولاية القضائية على هذه الجرائم. وقد اعتبر بعض المؤلفين أن هذا الالتزام التعاهدي هو الأساس القانوني للقول بأن ارتكاب الجرائم الدولية يسفر عن قيد أو استثناء تخضع له الحصانة^(٣٤٧)، مشيرين في هذا الصدد بدرجة ما إلى التجربة

(٣٤٧) انظر Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 4 (2011), pp. 815-852 و Pierre d'Argent, "Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute", in Anne Peters et al., eds., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Leiden, Brill/Nijhoff, 2015), pp. 244-266.

المستخلصة من قضية بينوشيه (Pinochet). وبناء على ذلك، فإن واجب الدول الأطراف في تقرير ولايتها القضائية على جرائم دولية معينة يلزمها بممارسة الولاية القضائية على أي شخص يرتكب جرائم تشملها تلك المعاهدات، دون أن يكون لها خيار تطبيق الحصانة. وبمعنى آخر، تتنازل الدول الأطراف ضمناً عن الحق في ممارسة الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بهذه الجرائم.

٢١٦ - وإنه تفسير جدير بالاهتمام هذا الذي يسعى إلى الحفاظ على واجب المحاكم الوطنية في متابعة مرتكبي الجرائم الدولية دون الحاجة إلى التأثير على العناصر الأساسية للحصانة من الولاية القضائية، ولا سيما اعتبار الحصانة حقاً مستقلاً للدولة، ودون الحاجة إلى إبداء الرأي في وصف الجرائم الدولية بأنها أعمال تؤدي بصفة رسمية. ومن مزاياه أيضاً أنه يستند إلى واجب تعاهدي ملزم لكل من دولة المحكمة ودولة المسؤول، وهو بذلك يغني عن الحاجة إلى الجدل بشأن مسألة ما إذا كانت هناك قاعدة عرفية تشكل أساس القيود أو الاستثناءات التي تخضع لها الحصانة. إلا أن قيمته محدودة كأساس للقيود أو الاستثناءات، نظراً لأنه لا ينطبق إلا على الجرائم الدولية التي تحكمها المعاهدات ولا يأخذ في الاعتبار وجود معاهدات أخرى لا تتضمن الالتزام بتقرير الولاية القضائية. إلا أنه وفوق ذلك كله، يصعب التوفيق بينه وبين نموذج العلاقة القائمة بين الولاية القضائية والحصانة على النحو المبين أعلاه، بحيث لا يمكن تطبيق الحصانة إلا بإزاء ولاية قضائية قائمة سلفاً، ومن ثم ليس من المنطقي القول بأن الحصانة لا تنطبق لعللة محددة هي أن الدولة سبق لها أن قررت ولايتها القضائية على الجرائم الدولية. وعلى أي حال، لهذا الرأي ميزة التأكيد على ما للمعاهدات التي تتناول ظاهرة الجرائم الدولية من دور هام في تعريف القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية والتأكيد على أن هذه القيود والاستثناءات يمكن أن تستند في بعض الحالات إلى أساس تعاهدي.

٢١٧ - وإجمالاً، توضح الحجج موضوع التحليل أعلاه أن في القانون الدولي المعاصر ما يكفي من المبررات لاستنتاج أن ارتكاب الجرائم الدولية يمكن أن يشكل قيداً أو استثناء تخضع له حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ولذلك ترى المقررة الخاصة أنه توجد مسوغات لإدراج هذا القيد أو الاستثناء في مشاريع المواد، سواء خلص التحليل إلى أن العرف الدولي يكرس هذا القيد أو الاستثناء أو لم يخلص إلى ذلك.

٣ - الجرائم الدولية التي تشكل قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة

٢١٨ - لتعريف القيد أو الاستثناء الذي تخضع له الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، يتعين تعريف مفهوم "الجريمة الدولية" وتحديد الأعمال الجنائية التي يمكن إدراجها ضمن هذا المفهوم.

٢١٩ - وبادئ ذي بدء، تجدر الإشارة إلى أن عبارة "الجريمة الدولية" تشير إلى سلوك إجرامي يثير انشغالا دوليا، إما لأنه يحدث في سياق دولي وله بعد عبر وطني أو عابر للحدود، أو لأنه يخل بالقيم القانونية الدولية، بصرف النظر عن مكان حدوثه. وفي كلتا الحالتين، تخضع هذه الجرائم للإطار التنظيمي الدولي. وتشمل الفئة الأولى جرائم من قبيل القرصنة والاتجار بالمخدرات والاتجار بالبشر والفساد وسائر أشكال الجريمة المنظمة الدولية. وتشمل الفئة الثانية جريمة الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان والتعذيب والاختفاء القسري والفصل العنصري. ورغم أن كلتا الفئتين تتألفان بوجه عام من جرائم تخل بقيم ومصالح الدول والمجتمع الدولي، فإن الفئة الثانية وحدها هي التي يمكن أن تعتبر، بعبارة أدق، "جرائم دولية" أو "جرائم بموجب القانون الدولي" تخل بالقيم القانونية الأساسية للمجتمع الدولي ككل.

٢٢٠ - وعلاوة على ذلك، يتبين من استعراض الممارسة التي تناولها التحليل في الفصل الثاني من هذا التقرير أن هناك عددا قليلا للغاية من الجرائم التي تنص القوانين الوطنية على أنها تشكل استثناءات تخضع لها الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ويوجد بالمثل عدد قليل للغاية من قرارات المحاكم الوطنية التي لم يعتد فيها بالحصانة في سياق ارتكاب أي من الجرائم الدولية المنصوص عليها. ويمكن ملاحظة نفس النمط في الممارسات التعاقدية وفي الأعمال السابقة للجنة القانون الدولي فيما يتعلق بمواضيع أخرى.

٢٢١ - وبعد تحليل تلك الممارسة، يمكن الخلوص إلى أن الجرائم الدولية التي تشكل قيدا أو استثناء يخضع له تطبيق الحصانة هي عموما الجرائم التي يرى المجتمع الدولي أنها يمكن أن تفضي إلى رفع دعاوى جنائية في المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الدولية، لا سيما المحكمة الجنائية الدولية. ونتيجة لذلك، ينبغي تصنيف هذه الجرائم في نفس الفئة مع جريمة الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب.

٢٢٢ - وفي المقابل، يصعب لأغراض هذا التقرير التوسع في هذا الوصف ليشمل جريمة العدوان، وإن كانت هي أيضا جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. ومرد هذا إلى عدة أسباب: فالولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية على هذه الجريمة اختيارية وليست تلقائية، مثلما هي الحال بالنسبة للجرائم الدولية الأخرى؛ وقد سبق للجنة القانون

الدولي نفسها أن بينت في مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها لعام ١٩٩٦ أن جريمة العدوان يجب أن يعهد بها في المقام الأول إلى المحاكم والهيئات القضائية الجنائية الدولية، لما قد يكون لها من آثار سياسية يمكن أن تخل باستقرار العلاقات بين الدول؛ كذلك، ثم إن التشريعات الجنائية الوطنية التي تتناول هذه الجريمة قليلة للغاية؛ وأخيراً، لا يبدو أن في ممارسات الدول حالات تصنف فيها جريمة العدوان باعتبارها قيدا أو استثناء تخضع له ممارسة الحصانة، سواء على الصعيد التشريعي أو القضائي.

٢٢٣ - ولا يوجد ما يمنع من القيام، عن طريق معاهدة، بتقرير الاستثناء تخضع له الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بالفئة الأولى من الجرائم الدولية المحددة أعلاه. إلا أنه لا يوجد سند في الممارسة لإدراج هذه الجرائم في فئة الجرائم التي تفضي إلى تعريف القيد أو الاستثناء على أساس القواعد العرفية.

٢٢٤ - وأخيراً، يجب ألا يغيب عن البال أن الاجتهاد القضائي الوطني الذي أفضي إلى القيد أو الاستثناء الذي جرى تحليله في هذا الفرع هو مأخوذ أساساً من عدد كبير من قضايا التعذيب. ورغم أن جريمة التعذيب جريمة يمكن من حيث المبدأ تصنيفها ضمن فئة الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، فإن هذا التصنيف ليس ممكناً في جميع الحالات، لا سيما عندما لا تكون أعمال التعذيب المعنية جزءاً من خطة أو سياسة مرسومة. ومع ذلك، فإن المحاكم الوطنية لم تأخذ في بعض الأحيان بالحصانة من الولاية القضائية في حالات من التعذيب لم تكن دائماً تستوفي هذا المعيار. ومن ثم، فنظراً لخطورة هذه الجريمة ونظراً لأن حظرها ظل على الدوام يعتبر من القواعد الآمرة، فإنه يبدو من المعقول إدراج جريمة التعذيب بشكل صريح في فئة الجرائم الدولية التي تشكل قيدا أو استثناء تخضع له حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ولا يختلف الوضع بالنسبة لحالات الاختفاء القسري، وإن كانت ممارسات الدول بهذا الخصوص أكثر محدودة. وعلى أي حال، فإن جريمة التعذيب وصفت، لخطورتها، بأنها "جريمة بموجب القانون الدولي" في معاهدات شتى عندما ترتكب بصورة خطيرة أو منهجية. وفي ضوء هذه الظروف، يبدو من المناسب إدراج جريمة التعذيب في قائمة جرائم القانون الدولي التي تشكل قيدا أو استثناء تخضع له الحصانة من الولاية القضائية موضوع هذا التقرير.

باء - "الاستثناء للضرر الإقليمي"

٢٢٥ - يعود أصل مفهوم "الاستثناء للضرر الإقليمي" إلى قانون الحصانات الدبلوماسية ثم مدد لاحقاً إلى حصانة الدول. وقد أدمج في جميع القوانين الوطنية التي تنظم الحصانة، عدا قوانين باكستان، كما أدمج في اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية

القضائية. ويجوز القول إن مضمون هذا الاستثناء مبين في المادة ١٢ من الاتفاقية (انظر الفقرة ٢٧ أعلاه).

٢٢٦ - وكما بينت اللجنة في شرحها للمادة ١٢، يبرر هذا الاستثناء الطبيعة التفضيلية للولاية القضائية للدولة التي ترتكب الأعمال في إقليمها. وإضافةً إلى ذلك، يتيح هذا الاستثناء وسيلة انتصاف للأشخاص الذين تضرروا من أعمال ارتكبتها مسؤول دولة ويتعذر عليهم في الظروف العادية اللجوء إلى أي وسيلة أخرى من وسائل الانتصاف القانونية^(٣٤٨). وقد ورد تحليل لهذا الاستثناء أيضا في مذكرة الأمانة العامة لعام ٢٠٠٧^(٣٤٩) وفي التقرير الثاني للمقرر الخاص، السيد كولودكين، الذي انتهى إلى أنه يمكن أن يشكل استثناء من الحصانة الموضوعية، شريطة أن تكون الأعمال قد ارتكبتها في إقليم دولة المحكمة مسؤول أجنبي كان موجودا في إقليم تلك الدولة دون موافقة صريحة من الدولة على اضطراره بمهامه الرسمية^(٣٥٠).

٢٢٧ - وفي حين كان المقصود من الاستثناء المذكور أعلاه أن يُطبق أساسا في سياق العلاقات الدبلوماسية ثم جرى توسيعه ليشمل أعمال وكلاء المنظمات الدولية ومسؤوليها وحصانة الدولة، فإنه من الممكن بالتأكيد أن نجد في ممارسات الدول على أمثلة اعتمدت فيها محاكم دولة المحكمة على مفهوم "الاستثناء للضرر الإقليمي" لتستنتج أن الحصانة من الولاية القضائية لا يمكن أن تنطبق على مسؤولي دولة أجنبية. فهذه حالات طبقت فيها المحاكم الوطنية الاستثناء للضرر الإقليمي على أعمال وقعت فيها إصابات أو اغتيال سياسي أو تجسس أو تخريب ارتكبتها مسؤولو دولة أجنبية في إقليم دولة المحكمة^(٣٥١). وقد رفضت

(٣٤٨) انظر الفصل الثاني، الفرع ألف أعلاه.

(٣٤٩) انظر حويلة لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٨، المجلد الثاني، الجزء الأول، الإضافة ٢، الوثيقة A/CN.4/596، الفقرات ١٦٢ إلى ١٦٥.

(٣٥٠) انظر الوثيقة A/CN.4/631، الفقرات ٨١ إلى ٨٦.

(٣٥١) انظر ما يلي: [الحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا، الحكم المؤرخ ١٥ أيار/مايو ١٩٩٥ (عدم منح الحصانة لمسؤولي المخابرات في جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة)] (Federal Constitutional Court of Germany, judgment of 15 May 1995 (immunity denied to intelligence officials of the former German Democratic Republic)؛ وقضية راء ضد مافار وبريور (سفينة رينبو واريور، المرحلة القضائية) (R v. Mafart and Prieur (Rainbow Warrior, judicial phase)، نيوزيلندا، المحكمة العليا في أوكلاند، الحكم الصادر في ٢٢ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٥ (هجوم على سفينة تابعة لمنظمة غرين بيس أدى إلى مقتل مواطن هولندي وغرق السفينة؛ ولم تثر المحكمة مسألة الحصانة)؛ وقضية [أبو عمر، إيطاليا]، Abu Omar (مذكورة في "Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar", Rivista di diritto internazionale, vol. 89, 2006, pp. 126-130 (اختطاف شخص ونقله بطريقة غير قانونية)؛ وقضية [لوتوليه ضد شيلي]، Letelier v. Chile, US, 748 F.2d 790.

المحاكم إقرار الحصانة في هذه القضايا، على الرغم من الاعتراف للشخص المعني بصفة مسؤول الدولة وإثبات الصلة بين دولة المسؤول والعمل موضوع النظر.

٢٢٨ - وفي بعض الحالات، انتهت المحاكم إلى أن الحصانة ستظل برغم كل شيء واجبة التطبيق، وعللت هذا الاستنتاج بكون الأعمال المعنية تندرج ضمن الأعمال السيادية وباعتبار الحصانة حصانة الدولة وليس حصانة مسؤوليها. وذلك ما حدث في حالة قرار المحكمة الأيرلندية في قضية ماكلهيني ضد أيرلندا (*McElhinney v. Ireland*) وفي قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن الوقائع نفسها. وبالمثل، تجدر الإشارة إلى قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (*Jurisdictional Immunities of the State*) التي رفضت فيها محكمة العدل الدولية مطالبات إيطاليا فيما يتعلق بتطبيق هذا الاستثناء، على أساس أنه، نظراً لأن الأعمال التي تسببت في الإصابات ارتكبتها جنود نازيون أثناء نزاع مسلح، فإنه كان ينبغي اعتبارها أعمالاً سيادية.

٢٢٩ - ومجمل القول إن ممارسات الدول وإن كانت محدودة تبدو متسقة في الاعتراف بتطبيق هذا القيد أو الاستثناء على حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وترى المقررة الخاصة أن هذا الاستنتاج، إلى جانب الأهمية التي ينبغي إيلاؤها لمبدأ الإقليمية في هذه الحالة، يبرر إدراج "الاستثناء للضرر الإقليمي" باعتباره قيداً أو استثناء تخضع له الحصانة من الولاية القضائية في مشاريع المواد التي يجري صياغتها حالياً.

Jiménez v. [خيمينيز ضد أريستيغيستا وآخرين]، (Second Circuit, 1984), ILR, vol. 79, p. 561
Jane Doe I, et al. [قضية *Aristeguieta et al.*, 311 F.2d 547 (US, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1962)
v. Liu Qi, et al., Plaintiff A, et al. v. Xia Deren, et al., United States District Court, N.D. California (C 02-0695 CW, C 02-0672 CW؛ وقضية [خورتس بات ضد قاضي التحقيقات في المحكمة الاتحادية الألمانية، إنكلترا]، *Khurts Bat v. Investigating judge of the German Federal Court*, England, [2011] EWHC2029 (Admin) (اختطاف شخص في ألمانيا ونقله بطريقة غير قانونية) (يتضمن هذا القرار تحليلاً جديراً بالاهتمام لمسألة الاستثناءات في الفقرات ٨٦ إلى ١٠١). وقبلت محاكم إيطاليا واليونان أيضاً هذا الاستثناء في قضية [فيريبي ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية]، *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italy, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004, ILR vol. 128, p. 674
 جمهورية ألمانيا الاتحادية]، *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Greece, Court of Cassation, judgment of 4 May 2000, ILR, vol. 129 513
 قضية [حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل) (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*). وأشارت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة أيضاً إلى هذا الاستثناء في قضية [المدعي العام ضد تيهومير بلاشكيتش]، *Prosecutor v. Tihomir Blaškić, case IT-95-14-AR108 bis*, طلب جمهورية كرواتيا إعادة النظر في قرار الدائرة الابتدائية الثانية المؤرخ ١٨ تموز/يوليه ١٩٩٧، حكم دائرة الاستئناف المؤرخ ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٧، الفقرة ٤١ (Appeals Chamber judgment of 29 October 1997, para. 41).

جيم - الفساد باعتباره قيداً أو استثناءً تخضع له الحصانة

٢٣٠ - كما سبق أن ذكر في تقرير المقررة الخاصة الرابع، احتُج بالحصانة في بعض الأحيان أمام المحاكم الوطنية بخصوص أشكال معينة من السلوك تبدو ظاهرياً وكأنها نُفذت بصفة رسمية لكنها نُفذت لجلب منفعة خالصة لمسؤول الدولة المطلوب ممارسة الولاية القضائية بشأنه. واحتج أيضاً مسؤولو الدول بالحصانة في سياق إجراءات جنائية تتعلق بأنشطة لا تمت لمهام الدولة بأي صلة (مثل إساءة التصرف في الأموال وغسل الأموال وما إلى ذلك) غير أنها لم تكن لتتم لولا الصفة الرسمية التي يحملها الفاعل باعتباره مسؤولاً، إلى جانب كون هذه الأنشطة تتسبب عادة في أضرار اقتصادية لدولة المسؤول. وفي مثل هذه الحالات، كان رد المحاكم الوطنية ينحصر عموماً في رفض الاعتراف بالحصانة^(٣٥٢). وتشكل هذه الأنشطة فئة واسعة يدخل فيها اختلاس الأموال العامة وتحويل وجهتها وإساءة التصرف فيها، وغسل الأموال، وغير ذلك من مظاهر الفساد.

٢٣١ - ويمكن بشكل عام الجزم، في ضوء المعايير التي أرساها التقرير الرابع، بأن هذه القضايا كلها لا تنطوي على أعمال يمكن أن تعتبر من الأعمال المنفذة بصفة رسمية. ومن ثم لا يبدو، من حيث المبدأ، أن الحاجة تستدعي الآن تحليل هذه القضايا من منظور القيود أو الاستثناءات. غير أن الممارسة تُظهر أنه لم يكن من السهل في عدد من هذه القضايا القول عن يقين هل العمل محل الخلاف كان عملاً رسمياً أم عملاً خاصاً، لا سيما وأن هذا العمل لم يكن ليتسنى القيام به لولا الصفة الرسمية لمن قام به وقدرته على استغلال هيكل الدولة، وهو ما كان يتم أحياناً عن طريق أعمال تبدو في ظاهرها أعمالاً رسمية. غير أنه حتى في مثل هذه القضايا التي لليست الخطوط الفاصلة واضحة فيها، انتهت المحاكم الوطنية عموماً إلى عدم انطباق الحصانة، حيث استندت في معظم القضايا إلى نية مرتكبي هذه الأعمال،

(٣٥٢) انظر بوجه خاص القضايا التالية: [سويسرا، آدموف] Switzerland, Adamov (انظر الحاشية ٢٣١ أعلاه)؛ و [شيلي، المحكمة العليا، قضية فوجيموري] Chile, Fujimori, Supreme Court, judge of first instance, judgment of 11 July 2007, case No. 5646-05, paras. 15-17 (تم اتخاذ القرار فيما يتعلق بطلب تسليم بسبب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والفساد)؛ و [فرنسا، قضية تيودورو نغيما أوبيانغ مانغ] France, Teodoro Nguema Obiang Mangue, Court of Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, judgment of 13 June 2013؛ و [محكمة الاستئناف في باريس، الدائرة السابعة] Appeal of Paris, Pôle 7, Second Investigating Chamber, application for annulment, judgment of 16 April 2015. والبيان المستشهد به أصدرته المحكمة بعد إعادة النظر في الحجج والبيانات التي تضمنها الحكم الصادر في ١٣ حزيران/يونيه ٢٠١٣؛ والقضية (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW) في كاليفورنيا. غير أن محكمة سويسرية أيدت الاحتجاج بالحصانة حتى في قضية متعلقة باختلاس أموال عامة، وهي: قضية مار كوس ومار كوس ضد إدارة الشرطة الاتحادية (انظر الحاشية ٢٣٩ أعلاه).

ألا وهي استخدام مناصبهم الرسمية لجلب منفعة خالصة لهم، ملحقين بذلك ضررا بالدولة التي يحملون فيها صفة مسؤول أو كانوا يحملون فيها هذه الصفة. ولذلك، فإن مثل هذه القضايا تجسد بوضوح مسألة تقييد الحصانة بالشكل الموصوف أعلاه، حيث إن عدم جواز الاحتجاج بالحصانة في هذه القضايا نابع من عدم اتساق العمل المزعوم مع عنصر من عناصر الحصانة المعيارية، الأمر الذي يترتب عليه السعي إلى ممارسة الولاية القضائية.

٢٣٢ - ويتضح ذلك بصفة خاصة في سياق الأعمال التي يمكن أن تندرج تحت مصطلح "الفساد"، حيث تكون أعمال مسؤول الدولة غير قانونية (إخلال بالولاية المنوطة به) أو متجاوزة لسلطته (خارج نطاق الولاية المنوطة به). وكما ذكر في التقارير السابقة، عندما يكون العمل الذي قام به الموظف غير قانوني فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن الموظف غير مشمول بالحصانة، إذا أمكن الجزم بأن هذا العمل، مع كونه غير قانوني، قد نُفذ بصفة رسمية، أي في إطار أداء مهام تخص الدولة. بيد أن الأعمال المتجاوزة لنطاق الولاية لا يمكن من حيث المبدأ أن تكون مشمولة بالحصانة، فالمفترض أن هذه الأعمال، بحكم تعريفها، لم تُنفذ في إطار ممارسة مهام تخص الدولة، وبالتالي لا يمكن أبدا أن تكون قد نُفذت بصفة رسمية.

٢٣٣ - غير أن هذه الاستنتاجات تثير عددا كبيرا من الأسئلة مع أنه لا خلاف عليها من الناحية النظرية، ويلزم في كل الأحوال أن تتوصل إليها المحكمة الوطنية المختصة على أساس كل حالة على حدة. ويضيف ذلك قدرا من الريبة في مجال يعتبر محط انشغال بالغ من الدول، هو الفساد في أوساط الموظفين العموميين، وهو ما يتجلى في إبرام معاهدات دولية تعالج هذه المسألة الخطيرة على الصعيدين العالمي والإقليمي. ولئن كانت هذه المعاهدات لا تشير عموما إلى مسألة الحصانة بقصد الحيلولة دون تطبيقها في حالات الفساد التي يتورط فيها الموظفون العموميون الأجانب، فإنها أرست مجموعة من المبادئ التي تهدف في المقام الأول إلى تمكين الدول من ممارسة الولاية القضائية فعليا من أجل قمع هذا السلوك^(٣٥٣).

٢٣٤ - ولذلك، وفي ضوء الممارسة القضائية، ولأن قمع الفساد على الصعيدين الوطني والدولي من الأهداف الرئيسية للتعاون الدولي^(٣٥٤)، فرمما كان من الملائم أن يُدرج في

(٣٥٣) في هذا الصدد، انظر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادة ٤٢ والمواد ٤٤ إلى ٤٦؛ واتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد، المادة ١٧ والمواد ٢٥ إلى ٢٧؛ واتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد، المادة الخامسة؛ واتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المواد ١٣ و ١٥ و ١٨ و ١٩.

(٣٥٤) ثمة تطور وثيق الصلة بهذا التقرير تجدر الإشارة إليه وهو أن الاتحاد الأفريقي وضع الفساد ضمن الجرائم الداخلة في اختصاص قسم القانون الجنائي الدولي التابع للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان. وعلى المستوى الأعم، ظهر الاهتمام الدولي بالفساد وبضرورة مكافحته في أنشطة شتى اضطلع بها كل من منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة. وقد أكدت

مشاريع المواد حكم يُعرّف صراحةً الفساد باعتباره من القيود أو الاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

دال - القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة الشخصية والموضوعية

٢٣٥ - بعد الانتهاء من تحديد الظروف التي يمكن أن تشكل قيوداً أو استثناء تخضع له الحصانة، يلزم النظر في هذه الظروف هل تنطبق عموماً على حصانة مسؤولي الدول بجميع أنواعها من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية (الحصانة الشخصية والموضوعية) أو تنطبق على نوع واحد فقط (الحصانة الموضوعية). والهدف هنا هو الفصل في أمر رؤساء الدول والحكومات ووزراء الخارجية هل يسري عليهم، في أثناء فترة توليهم لمناصبهم، بما سبق تناوله من القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة.

٢٣٦ - وبمناسبة الفصل في هذه المسألة، لا بد من مراعاة الاعتبارات الثلاثة التالية: (أ) طريقة تناول هذه المسألة في الممارسة العملية؛ (ب) الغرض من الحصانة الشخصية

الجمعية العامة ضرورة اتباع نهج يضمن عدم التسامح إزاء الفساد، بما في ذلك داخل الأمم المتحدة نفسها، حيث شددت على أن "نهج عدم التسامح إطلاقاً إزاء أعمال الغش والفساد (...) نهج لا غنى عنه في تعزيز المساءلة على جميع المستويات" (قرار الجمعية العامة ٢٥٥/٧٠ المؤرخ ١ نيسان/أبريل ٢٠١٦: التقدم المحرز نحو إنشاء نظام للمساءلة في الأمانة العامة للأمم المتحدة، الفقرة ٤). وقد انعكس هذا الانشغال أيضاً في كتابات الفقهاء. انظر: Martine Boersma, *Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2012; American Society of International Law, *Proceedings of the Annual Meeting. April 3-6, 2013*, Panel on "Anti-corruption Initiatives in a Multipolar World" (Nicola Bonucci, "The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward?", pp. 247-252, Susan Rose-Ackerman, "International anti-corruption policies and the U.S. national interest", pp. 252-255, and Pascale Hélène Dubois, "Remarks", pp. 255-259; José Luis de la Cuesta Arazmendi, "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore*, No. 17 (December 2003), pp. 5-26; Radha Ivory, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Francisco Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Albolote (Granada), Comares, 2015; Ndiva Kofele-Kale, "Sed quis custodiet ipsos custodies? (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law", *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. XIX (2013), pp. 1-16; Kolawole Olaniyan, *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford, Hart Publishing, 2014; José Miguel Olivares Tramón, "Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional", in Juan José Romero Guzmán and others (eds.), *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Eds. Derecho UC, 2009, pp. 319-339.

والحصانة الموضوعية والممتلكات التي تدخل في حمايتها؛ (ج) الاختلافات بين العناصر المعيارية الضابطة لكل نوع من نوعي الحصانة، ولا سيما العنصر الزمني. والمحتوى الموضوعي لأي من القيود أو الاستثناءات التي تناولها التحليل لا يوفر المعلومات اللازمة للتوصل إلى قرار بشأن القيد أو الاستثناء هل ينطبق أو لا ينطبق على كل نوع من الحصانة. ومن حيث الجوهر، تستوي الجرائم التي يشملها القانون الدولي والفساد والضرر الذي يلحق بالأشخاص والممتلكات في درجة خطورتها بصرف النظر عن كون مرتكبها.

٢٣٧ - ومع ذلك، تُظهر الممارسة أن المحاكم الوطنية تعترف عموماً بحصانة رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية في جميع الظروف، دون أن تأخذ في الاعتبار احتمال وجود قيد أو استثناء مما نوقش أعلاه. ويتضح هذا بصفة خاصة في حالة الجرائم الدولية، حيث تعترف المحاكم الوطنية عموماً بحصانة أصحاب المناصب الثلاثة. فقد اعترفت بهذه الحصانة على أعلى المستويات القضائية؛ وحتى عندما يحدث أن تقضي محكمة ابتدائية بعدم انطباق الحصانة في حالة ارتكبت فيها جريمة دولية، تعتمد المحاكم الأعلى درجة إلى القرار فتبطله وتقول إن الحصانة تنطبق^(٣٥٥). وبالمثل، لم يتسن العثور على قضايا أعلنت فيها محكمة وطنية عدم انطباق الحصانة على رئيس دولة أو رئيس حكومة أو وزير خارجية أثناء مدة ولايته محتجة في ذلك بالاستثناء للضرر الإقليمي أو أعمال الفساد، فيما عدا حالة واحدة تتعلق بالفساد وهي الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف في باريس في قضية تيودورو نغيمبا أو بيانغ مانغي.

٢٣٨ - والقوانين الوطنية التي تنص على قيود أو استثناءات تخضع لها الحصانة فيما يتعلق بالجرائم الدولية هي عموماً لا تطبق هذه القيود أو الاستثناءات على أصحاب المناصب الثلاثة أثناء فترة ولايتهم. والقوانين الوطنية التي لا تميز بين رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية وغيرهم من مسؤولي الدولة فيما يتعلق بالاستثناءات التي تخضع لها الحصانة إنما تفعل ذلك عموماً لغرض وحيد هو كفالة التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية. ويبدو أن قوانين كل من أيرلندا وبوركينا فاسو وجزر القمر وجنوب أفريقيا وموريشيوس هي وحدها التي تنص على الاستثناء في الحالات التي يشملها قانون الجرائم الدولية الذي يسري على جميع مسؤولي الدول، بغض النظر عن رتبته^(٣٥٦).

(٣٥٥) انظر قضية القذافي (Gaddafi) المنظورة أمام المحاكم الفرنسية والمشار إليها في الفصل الثاني، الفرع دال أعلاه.

(٣٥٦) انظر الفصل الثاني، الفرع باء أعلاه.

٢٣٩ - وإضافةً إلى ذلك، قالت محكمة العدل الدولية صراحةً بوجود قاعدة عرفية تعترف بتمتع وزراء الخارجية بحصانة كاملة أو مطلقة، وهي حصانة تسري أيضاً على رؤساء الدول والحكومات، ولا تسمح بأي استثناء حتى مع ارتكاب أخطر الجرائم، مثل الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب. ويؤيد أغلب فقهاء القانون العام قصر هذا الاستثناء على الحصانة الموضوعية عند ارتكاب جرائم دولية، ومن أبرز المؤيدين لذلك معهد القانون الدولي، حسبما يتضح من قراره الصادر عام ٢٠٠٩.

٢٤٠ - ولذلك، فقد تعذر الاستدلال من الممارسة على وجود قاعدة عرفية تسمح بإخضاع الحصانة الشخصية لقيود أو استثناءات، أو الاستدلال على وجود اتجاه مؤيد لقاعدة من هذا القبيل. ومن جهة أخرى، فإن القيود والاستثناءات التي تخضع لها حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية تنطبق على مسؤولي الدول في سياق الحصانة الموضوعية.

٢٤١ - غير أن هذا التقييد لا يمكن أن يفسر على أنه شكل من أشكال الحصانة. ومع ذلك، فلا بد من الإشارة إلى أن الحصانة الشخصية يطغى عليها الطابع الزمني، على النحو المبين في مشروع المادة ٤ الذي اعتمدته اللجنة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٣. فموجب ذلك الحكم، يتمتع رؤساء الدول سابقاً ورؤساء الحكومات سابقاً ووزراء الخارجية سابقاً، بعد نهاية فترة ولايتهم، بالحصانة الموضوعية فيما يتعلق بالأعمال التي قاموا بها بصفته الرسمية أثناء فترة ولايتهم. وبالتالي، فبعد أن تنتهي فترة توليهم المنصب، يصبحون خاضعين تماماً لنظام الحصانة الموضوعية، بما في ذلك القيود والاستثناءات المنطبقة عليها. وبعبارة أخرى، فإن استبعاد رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية من نظام القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة يتسم بطابع زمني، ويرجع ذلك أساساً إلى الدور الذي يؤديه هؤلاء بوصفهم ممثلين للدولة في الشؤون الدولية.

٢٤٢ - غير أنه يصح في ظروف معينة أن يكون الاستثناء دائماً وليس مؤقتاً، ولا سيما في حالة الملوك، الذين يظلون في مناصبهم مدى الحياة ولا يمكن إزاحتهم عنها، ورؤساء الدول والحكومات الذين يكلفون بولايات تستمر طوال حياتهم، لأسباب متنوعة. ورغم أن القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة لا تكون منطبقة في هذه الحالات أيضاً، سيكون من المفيد التوصية بأن تنظر الدول المعنية في إمكانية رفع الحصانة عن مسؤوليها عند الطلب، ولا سيما في حالة أخطر الجرائم الدولية. ومع ذلك، ينبغي تناول هذه التوصية بالتحليل في التقرير السادس، في سياق الجوانب الإجرائية للحصانة.

هاء - مشروع المادة

٢٤٣ - استنادا إلى التحليل الذي يتضمنه هذا التقرير الخامس، يرد أدناه مشروع مادة مقترح بشأن القيود والاستثناءات التي تخضع لها الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وإضافة إلى الحجج المعروضة أعلاه، نظرت المقررة الخاصة في عدد من النقاط الأخرى عند صياغة مشروع المادة.

٢٤٤ - أولا، كان التمييز بين القيود والاستثناءات مثيرا للجدل من الناحية المعيارية وإن كان مفيدا من الناحية المنهجية، ومرد ذلك أساسا إلى الاختلاف بشأن العمل الواحد هل يُصنف في فئة القيود أو فئة الاستثناءات وفقا للتحليل الوارد أعلاه؛ ويتجلى ذلك بصفة خاصة في حالة الجرائم الدولية. وقد واجهت لجنة القانون الدولي موقفا مماثلا عند صياغة مشاريع المواد المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها. وقد اختارت اللجنة وقتها أن تضع صياغة حذرة تتجنب فيها مصطلحي "القيود" و "الاستثناء"، وأشارت بعبارات عامة إلى "الدعاوى التي لا يجوز [...] فيها الاحتجاج] بالحصانة". واستخدمت المقررة الخاصة الصيغة نفسها في مشروع المادة المقترح في هذا التقرير.

٢٤٥ - ثانيا، لا يشمل مشروع المادة الحالات التي تتنازل فيها دولة المسؤول عن الحصانة. ونظرا إلى أن هذه المسألة يطغى عليها الطابع الإجرائي، ينبغي تناولها في التقرير السادس الذي سيتم إعداده بمجرد الانتهاء من معالجة المسائل الموضوعية، حسبما ورد في برنامج العمل الذي كانت المقررة الخاصة قد اقترحتة. ويتسق اتباع هذا النهج في التعامل مع حالات التنازل عن الحصانة مع الدراسة التي أجرتها الأمانة العامة، كما يتسق مع التقرير الثالث للمقرر الخاص السابق، السيد كولودكين؛ وهو نهج منسجم أيضا مع النهج الذي سارت عليه اللجنة في إعداد مشاريع المواد المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية.

٢٤٦ - ثالثا، من المسلم به أنه لا يوجد ما يمنع الدول من القيام، عن طريق معاهدات دولية، بتحديد الظروف التي لا تنطبق فيها الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وقد تحقق هذا بالفعل في الممارسة وهو يتسق تماما مع قانون المعاهدات. ولذلك أُدرجت في مشروع المادة المقترح إشارة محددة إلى هذه الإمكانية. وللسبب نفسه، أُدرجت أيضا إشارة محددة إلى واجب التعاون مع المحاكم أو الهيئات القضائية الجنائية الدولية.

٢٤٧ - وأخيرا تود المقررة الخاصة أن تؤكد أن تطبيق مشروع المادة ينبغي أن يُفهم في ضوء ما قد يُسن مستقبلا من قواعد إجرائية تتعلق بتطبيق الحصانة. وحتى وإن لم يكن من شأن القواعد الإجرائية أن تغير من المضمون الموضوعي لمشروع المادة فيما يتعلق بتحديد الحالات

التي لا تنطبق فيها الحصانة، فسوف يكون من الممكن حينئذٍ وضع شروط إجرائية محددة تهدف إلى ضمان مراعاة كافة الضمانات الإجرائية التي تحمي الدول والأفراد على السواء. ومع ذلك، لا يبدو من الضروري في الوقت الحالي أن تُضاف إلى مشروع المادة إشارة محددة لهذه المسألة.

٢٤٨ - في ضوء هذه الاعتبارات، تقترح المقررة الخاصة مشروع المادة التالي:

مشروع المادة ٧

الجرائم التي لا تنطبق الحصانة بشأنها

١ - لا تنطبق الحصانة بشأن الجرائم التالية:

١' الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب والتعذيب والاختفاء القسري؛

٢' الجرائم المتصلة بالفساد؛

٣' الجرائم التي تسبب ضرراً للأشخاص، بما في ذلك الوفاة والإصابات الخطيرة، أو في الممتلكات، عندما تُرتكب هذه الجرائم في إقليم دولة المحكمة ويكون مسؤول الدولة موجوداً في هذا الإقليم وقت ارتكاب هذه الجرائم.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الشخصية أثناء فترة توليهم المنصب.

٣ - لا تخل الفقرتان ١ و ٢ بما يلي:

١' أي حكم يترتب عليه عدم انطباق الحصانة ويكون منصوصاً عليه في معاهدة ملزمة لكل من دولة المحكمة ودولة المسؤول؛

٢' الالتزام بالتعاون مع محكمة أو هيئة قضائية دولية الذي يتطلب امتثال دولة المحكمة في كل الأحوال.

الفصل الخامس

خطة العمل المستقبلي

٢٤٩ - وفقاً لبرنامج العمل الذي كانت المقررة الخاصة قد اقترحتة، سيتناول تقريرها السادس الجوانب الإجرائية لحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

كما سيتناول من جديد مفهومي الولاية القضائية والحصانة اللذين اقترحتهما المقررة الخاصة لأول مرة في تقريرها الثاني. وسيلزم تحليل هذين المفهومين من منظور إجرائي بغرض الإحاطة على وجه التحديد بالإجراءات الخاصة بالتحقيق في أي جريمة من الجرائم التي تنطبق عليها الحصانة وبالملاحقة القضائية على هذه الجرائم.

٢٥٠ - وتحليل الجوانب الإجرائية للحصانة هو آخر مسألة في برنامج العمل الأولي؛ ولذلك ستكون اللجنة في وضع يسمح لها بأن تحتتم نظرها في هذا الموضوع وتعتمد مشاريع المواد في قراءة أولى في عام ٢٠١٧. ومن ثم، سيكون بمقدور اللجنة، بعد انقضاء الفترة اللازمة لكي تقدم الدول تعليقاتها الخطية، أن تستعرض أي تعليقات تقدم إليها ومقترحات المقررة الخاصة في عام ٢٠١٩، وأن تشرع في الاعتماد النهائي لمشاريع المواد في قراءة ثانية، إذا اقتضى الأمر ذلك.

٢٥١ - وعلى أي حال، ستبقى خطة العمل هذه مرهونة بالقرارات التي سيتخذها في الفترة الخمسية القادمة أعضاء اللجنة الذين ستنتخبهم الجمعية العامة في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٦.

المرفق الأول

مشاريع المواد التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة

الباب الأول

مقدمة

مشروع المادة ١

نطاق مشاريع المواد

١ - تسري مشاريع المواد هذه على حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية لدولة أخرى.

٢ - لا تخل مشاريع المواد هذه بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الممنوحة بموجب قواعد خاصة في القانون الدولي، ولا سيما الحصانة التي يتمتع بها الأشخاص ذوو الصلة بالبعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية والبعثات الخاصة والمنظمات الدولية والقوات العسكرية للدول.

مشروع المادة ٢

استخدام المصطلحات

لأغراض مشاريع هذه المواد:

[...]

(هـ) يُقصد بـ "مسؤول الدولة" أي فرد يمثل الدولة أو يمارس وظائف الدولة.

الباب الثاني

الحصانة الشخصية

مشروع المادة ٣

الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الشخصية

يتمتع رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية بالحصانة الشخصية من ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

مشروع المادة ٤

نطاق الحصانة الشخصية

- ١ - يتمتع رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية بالحصانة الشخصية أثناء شغلهم المنصب فقط.
- ٢ - تغطي هذه الحصانة الشخصية جميع الأفعال التي يقوم بها رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية، بصفة شخصية أو رسمية، قبل شغلهم المنصب أو أثناءه.
- ٣ - لا يخل وقف الحصانة الشخصية بتطبيق قواعد القانون الدولي المتعلقة بالحصانة الموضوعية.

الباب الثالث

الحصانة الموضوعية

مشروع المادة ٥

الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الموضوعية

يتمتع مسؤولو الدول الذين يتصرفون بهذه الصفة بالحصانة الموضوعية تجاه ممارسة الولاية القضائية الأجنبية.

المرفق الثاني

مشاريع المواد التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في الدورة السابعة والستين للجنة القانون الدولي، في عام ٢٠١٥

الباب الأول

مقدمة

مشروع المادة ٢

استخدام المصطلحات

لأغراض مشاريع هذه المواد:

[...]

(و) يُقصد بـ "العمل المنفذ بصفة رسمية" العمل الذي يقوم به مسؤول الدولة في ممارسة سلطة الدولة.

الباب الثالث

الحصانة الموضوعية

مشروع المادة ٦

نطاق الحصانة الموضوعية

١ - يتمتع مسؤولو الدول بالحصانة الموضوعية حصراً فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها بصفة رسمية.

٢ - تظل الحصانة الموضوعية فيما يتعلق بالأعمال المنفذة بصفة رسمية قائمة بعد زوال صفة مسؤول الدولة عن الأفراد المعنيين.

٣ - تظل حصانة الأفراد الذين كانوا يتمتعون بالحصانة الشخصية وفقاً لمشروع المادة ٤ قائمة بعد انتهاء فترة ولايتهم فيما يتعلق بالأعمال التي نفذوها بصفة رسمية أثناء فترة الولاية المذكورة.

المرفق الثالث

مشروع المادة المقترح أن تنظر فيها اللجنة في دورتها الثامنة والستين،
في عام ٢٠١٦

مشروع المادة ٧

الجرائم التي لا تنطبق الحصانة بشأنها

١ - لا تنطبق الحصانة بشأن الجرائم التالية:

‘١’ الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب والتعذيب والاختفاء القسري؛

‘٢’ الجرائم المتصلة بالفساد؛

‘٣’ الجرائم التي تسبب ضرراً للأشخاص، بما في ذلك الوفاة والإصابات الخطيرة، أو في الممتلكات، عندما تُرتكب هذه الجرائم في إقليم دولة المحكمة ويكون مسؤول الدولة موجوداً في هذا الإقليم وقت ارتكاب هذه الجرائم.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الشخصية أثناء فترة توليهم المنصب.

٣ - لا تخل الفقرتان ١ و ٢ بما يلي:

‘١’ أي حكم يترتب عليه عدم انطباق الحصانة ويكون منصوصاً عليه في معاهدة ملزمة لكل من دولة المحكمة ودولة المسؤول؛

‘٢’ الالتزام بالتعاون مع محكمة أو هيئة قضائية دولية الذي يتطلب امتثال دولة المحكمة، في كل الأحوال.