

Distr.: General
10 June 2010
Arabic
Original: Russian

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الثانية والستون

جنيف، ٣ أيار/مايو - ٤ حزيران/يونيه
و ٥ تموز/يوليه - ٦ آب/أغسطس ٢٠١٠

التقرير الثاني عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية

بقلم رومان أناتوليفيتش كولودكين، المقرر الخاص

المحتويات

الصفحة

٢	أولا - مقدمة
١١	ثانيا - نطاق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية
١١	ألف - الاعتبارات الأولية
١٤	باء - الحصانة الموضوعية
٢٦	جيم - الحصانة الشخصية
٢٧	دال - أعمال الدولة الممارسة للولاية القضائية التي تحول حصانة المسؤول دون القيام بها
٣٥	هاء - النطاق الإقليمي للحصانة
٣٧	واو - هل توجد استثناءات للقاعدة المتعلقة بالحصانة؟
٣٧	١ - الاعتبارات الأولية
٤٠	٢ - الأسس المنطقية للاستثناءات
٧٣	٣ - استنتاجات بشأن الاستثناءات
٧٥	زاي - موجز

* أُعيد إصدارها لأسباب فنية بتاريخ ١٥ شباط/فبراير ٢٠١١.



أولا - مقدمة

١ - أُدرج موضوع "حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية" في برنامج العمل الطويل الأجل للجنة القانون الدولي (المشار إليها فيما يلي باسم "اللجنة") في دورتها الثامنة والخمسين (٢٠٠٦) بناء على اقتراح أعده مؤلف هذا التقرير^(١). وقررت اللجنة في دورتها التاسعة والخمسين (٢٠٠٧) أن تدرج هذا الموضوع في برنامج عملها الحالي^(٢). وفي الدورة نفسها، عُين مقرر خاص لهذا الموضوع^(٣)، وقُدِّم طلب إلى الأمانة العامة لإعداد دراسة أساسية بشأنه^(٤).

٢ - وفي الدورة الستين للجنة حقوق الإنسان، قُدِّم تقرير أولي (أو بعبارة أدق، الجزء الأول وبداية الجزء الثاني منه)^(٥) ومذكرة من الأمانة العامة بشأن هذا الموضوع^(٦).

٣ - وتضمن الجزء الأول وبداية الجزء الثاني من التقرير الأولي لمحة تاريخية وجيزة عن دراسة اللجنة ومعهد القانون الدولي (المشار إليه فيما يلي باسم "المعهد") لمسألة حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الأجنبية، وعرضا وجيزا لمجموعة المسائل المقترحة لكي تنظر فيها اللجنة في المرحلة الأولى من أعمالها المتعلقة بهذا الموضوع. وشملت هذه المسائل أسس حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، ومسألة مضمون مفاهيم "الحصانة" و "الولاية القضائية" و "الولاية القضائية الجنائية" و "الحصانة من الولاية القضائية الجنائية" والعلاقة بين الحصانة والولاية القضائية؛ ومسألة تصنيف حصانات مسؤولي الدول، الحصانة الشخصية (*ratione personae*) والحصانة الموضوعية (*ratione materiae*)؛ والأساس المنطقي الذي تقوم عليه الحصانة الممنوحة لمسؤولي الدول والعلاقة بين حصانة المسؤولين وحصانة الدول، والحصانة الدبلوماسية والفنصلية، وحصانة أعضاء البعثات الخاصة^(٧).

(١) يرد هذا الاقتراح في المرفق ألف لتقرير اللجنة عن أعمال دورتها التاسعة والخمسين. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، الملحق رقم ١٠ (A/61/10)، الفقرة ٢٥٧.

(٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم ١٠ (A/62/10)، الفقرة ٣٧٦.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) المرجع نفسه، الفقرة ٣٨٦.

(٥) تقرير أولي عن حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، A/CN.4/601 (يشار إليه فيما يلي باسم "التقرير الأولي").

(٦) A/CN.4/596 و Corr.1 (يشار إليه فيما يلي باسم "مذكرة الأمانة العامة").

(٧) التقرير الأولي، الفقرات ٢٧-١٠١.

- ٤ - وبالتوازي مع ذلك، تضمن التقرير الأولي في جزئه المقدم إلى اللجنة في دورتها الستين المسائل التي رأى المقرر الخاص أنه يتعين النظر فيها لتحديد نطاق تغطية هذا الموضوع. وشملت هذه المسائل، على وجه الخصوص، مسألة ما إذا كان ينبغي أن يكون جميع مسؤولي الدول أو بعضهم فقط (رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية فقط، على سبيل المثال) مشمولين بمشاريع المبادئ التوجيهية أو مشاريع المواد التي قد تعدها اللجنة مستقبلاً نتيجة لنظرها في هذا الموضوع؛ ومسألة تعريف مفهوم "مسؤولي الدول"، ومسألة الاعتراف في سياق هذا الموضوع، ومسألة حصانة أفراد أسر مسؤولي الدول^(٨).
- ٥ - وبالإضافة إلى ذلك، شملت المسائل التي ارتأى المقرر الخاص ضرورة بحثها من أجل تحديد نطاق تغطية هذا الموضوع مسألة نطاق الحصانة التي يتمتع بها مسؤولو الدول الحاليون والسابقون، والتي ينبغي أن تشملها أية مشاريع لمبادئ توجيهية أو مواد يجري إعدادها في المستقبل، ومسألة رفع الحصانة (وربما جوانب إجرائية أخرى متعلقة بالحصانة)^(٩).
- ٦ - وترد في الفقرتين ١٠٢ و ١٣٠ من الجزء المقدم من التقرير الأولي الاستنتاجات التي توصل إليها المقرر الخاص نتيجة التحليل الوارد في ذلك الجزء^(١٠).

(٨) المرجع نفسه، الفقرات ١٢٥-١٢٩.

(٩) المرجع نفسه، الفقرة ٤.

(١٠) "١٠٢... (أ) المصدر الأساسي لحصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية هو القانون الدولي، وبخاصة القانون الدولي العرفي؛

(ب) الولاية والحصانة مختلفتان وإن كانتا مترابطتين. وفي سياق الموضوع قيد المناقشة، ينبغي حصر النظر على الحصانة وعدم النظر في جوهر مسألة الولاية في حد ذاتها؛

(ج) تمارس الدولة ولايتها الجنائية، على غرار ولاية الدولة برمتها، في شكل ولاية تشريعية وولاية تنفيذية وولاية قضائية (أو في شكل ولاية تشريعية وتنفيذية، إذا اعتبرنا هذه الأخيرة شاملة لكل من الولايتين التنفيذية والقضائية)؛

(د) للولاية الجنائية التنفيذية (أو التنفيذية والقضائية) خصائص مشتركة مع الولاية المدنية، بيد أنها تختلف عنها لأن العديد من تدابير الإجراءات الجنائية تتخذ في المرحلة السابقة للمحاكمة في إطار الإجراءات القضائية. ومن ثم فمسألة حصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية أكثر أهمية في المرحلة التي تسبق المحاكمة؛

(هـ) تُعد حصانة المسؤولين من الولاية الأجنبية قاعدة من قواعد القانون الدولي وما يقابلها من علاقات قضائية، حيث إن ما للشخص المتمتع بالحصانة من حق قضائي في عدم الخضوع للولاية الأجنبية يعكس التزام الدولة الأجنبية القضائي بعدم ممارسة ولايتها على الشخص المعني؛

(و) الحصانة من الولاية الجنائية تعني الحصانة فقط من الولايتين التنفيذية والقضائية (أو الولاية التنفيذية وحدها، إذا اعتبرنا هذه الأخيرة شاملة لكل من الولايتين التنفيذية والقضائية)؛ فهي إذن حصانة من المحاكمة الجنائية أو من تدابير الإجراءات الجنائية وليس من القانون الموضوعي للدولة الأجنبية؛

٧ - وقد لقيت معظم هذه الاستنتاجات تأييدا في اللجنة. وأشار المقرر الخاص في ملاحظاته الختامية إلى وجود اتفاق واسع النطاق بشأن مسائل منها على وجه الخصوص ما يلي:

(أ) المصدر الأساسي لحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية هو القانون الدولي، وبخاصة القانون الدولي العرفي؛

(ب) يفترض مفهوم "الحصانة" وجود علاقات قانونية وترابط بين الحقوق والواجبات المقابلة؛

(ج) تتسم الحصانة بطابع إجرائي؛

(د) حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية تعني الحصانة من الولايتين التنفيذية والقضائية، لكن ليس من الولاية التشريعية؛

(ز) حصانة مسؤولي الدول من الولاية الجنائية الأجنبية حصانة إجرائية وليست حصانة موضوعية. وهي تشكل عائقا للمساءلة الجنائية، ولكنها لا تستبعدا من حيث المبدأ؛

(ح) الأفعال التي يقوم بها المسؤول بصفته الرسمية تُنسب إلى الدولة. ومن ثم فالمسؤول يكون محميا من الولاية الجنائية لدولة أجنبية بموجب الحصانة المتعلقة بالموضوع. إلا أن هذا لا يمنع من إسناد هذه الأفعال إلى الشخص الذي قام بها أيضا؛

(ط) في نهاية المطاف، تقف الدولة، التي لها وحدها الحق في التنازل عن الحصانة التي يتمتع بها مسؤول من المسؤولين، خلف حصانة مسؤول ما، سواء كانت حصانة متعلقة بالشخص أو حصانة متعلقة بالموضوع، وخلف أولئك الذين يتمتعون بالحصانة؛

(ي) الحصانة المسؤول من الولاية الجنائية الأجنبية مكونات متكاملة ومتراصة، وهي: المكونات الوظيفي والتمثيلي؛ ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمساواة بين الدول في السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية؛ والحاجة إلى كفالة استقرار العلاقات الدولية واستقلالية ممارسة الدول لمهامها.

١٣٠. (أ) لا يغطي هذا الموضوع إلا حصانة مسؤول إحدى الدول من الولاية القضائية الوطنية (وليس الدولية) الجنائية (وليس المدنية) لدولة أخرى (وليس للدولة التي يخدمها المسؤول)؛

(ب) هناك اقتراح مفاده أن الموضوع ينبغي أن يغطي جميع مسؤولي الدولة؛

(ج) من الممكن إجراء محاولة لتعريف مفهوم "المسؤول الحكومي" لهذا الموضوع أو تحديد أي المسؤولين يشملهم هذا المفهوم لأغراض هذا الموضوع؛

(د) كبار المسؤولين الذين يتمتعون بالحصانة الشخصية بحكم وظائفهم هم أساسا رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية؛

(هـ) من الممكن إجراء محاولة لتحديد أي من كبار المسؤولين، بالإضافة للثلاثي المذكور، يتمتع بالحصانة المتعلقة بالأشخاص. ومن الممكن تحديد هؤلاء المسؤولين من بين جميع كبار المسؤولين، إن أمكن تحديد المعيار أو المعايير التي تبرر الوضع الخاص لهذه الفئة من كبار المسؤولين؛

(و) من غير المؤكد ما إذا كان من المستصوب إيلاء المزيد من الاعتبار في إطار هذا الموضوع لمسألة الاعتراف ومسألة حصانة أفراد أسر كبار المسؤولين.

- (هـ) تنشأ مسألة الحصانة هذه حتى في المرحلة التي تسبق المحاكمة في الإجراءات الجنائية؛
- (و) من المفيد لأغراض التحليل التمييز بين الحصانة الموضوعية والحصانة الشخصية؛
- (ز) لا يشمل هذا الموضوع مسائل الولاية القضائية الجنائية الدولية؛
- (ح) ينبغي أخذ وضع جميع مسؤولي الدول بعين الاعتبار عند تحديد الأشخاص المشمولين بهذا الموضوع؛
- (ط) مصطلح "المسؤول الحكومي" هو المصطلح الذي ينبغي استخدامه وينبغي أن يحدد له تعريف؛
- (ي) الحصانة الشخصية يتمتع بها رؤساء الدول والحكومات، على الأقل، غير أنها تشمل أيضا وزراء الخارجية.
- ٨ - وخلال مناقشة تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الستين في إطار اللجنة السادسة للجمعية العامة في عام ٢٠٠٨، أدلى العديد من الوفود ببيانات عن الموضوع قيد النظر^(١١).
- ٩ - وخلال مناقشة تقرير اللجنة عن أعمال دورتها الحادية والستين في إطار اللجنة السادسة للجمعية العامة في عام ٢٠٠٩، أشار عدد من الوفود في البيانات التي تم الإدلاء بها إلى أهمية مواصلة العمل بشأن هذا الموضوع، وإن كان المقرر الخاص لم يقدم أي تنمة للتقرير الأولي، ومن ثم لم تنظر اللجنة في هذا الموضوع خلال دورتها الحادية والستين^(١٢). وشدد وفد جنوب أفريقيا بوجه خاص على أهمية هذا الموضوع في ضوء المناقشات الجارية بشأن ممارسة الولاية القضائية العالمية على الصعيد الوطني، وأبرز الأسئلة التي ارتأى أنه يتعين على اللجنة أن تجيب عليها^(١٣).

(١١) انظر تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الستين (٢٠٠٨). موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة للمناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها الثالثة والستين A/CN.4/606، الصفحات ٢٧-٣١.

(١٢) انظر، على وجه الخصوص، بيانات وفود كل من النمسا وجنوب أفريقيا في ٢٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩ (A/C.6/64/SR.15)، الفقرات ٣٠ و ٦٩-٧٠، وهنغاريا والبرتغال في ٢٧ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩ (A/C.6/64/SR.16)، الفقرتان ٣٥ و ٤١، وغانا وليبيا في ٢٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩ (A/C.6/64/SR.17)، الفقرتان ٦ و ١٦).

(١٣) من بين المسائل المطروحة أمام اللجنة، أبرز ممثل جنوب أفريقيا على وجه الخصوص ما يلي: هل يتمتع وزراء الخارجية وغيرهم من كبار مسؤولي الدولة بحصانة كاملة بموجب القانون الدولي العرفي، وهل تطبق هذه الحصانة على جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وهل توجد حدود زمنية لمثل هذه الحصانة، ولو كان الأمر كذلك، هل تنسحب الحدود نفسها على المسؤولين بجميع فئاتهم، وإن كانت الجرائم المذكورة آنفا يمكن أن تدخل ضمن فئة الجرائم التي تخضع لقواعد الأحكام الأمرة فما أهمية

١٠ - وفي المناقشات التي دارت بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي بشأن الولاية القضائية الجنائية العالمية، والتي أسفرت عن أعداد تقرير أعده بعض الخبراء، احتلت مسألة الحصانة مكانة هامة^(١٤). وينطبق الشيء نفسه على المناقشة التي دارت في اللجنة السادسة للجمعية العامة في عام ٢٠٠٩ بشأن مسألة الولاية القضائية الجنائية العالمية^(١٥).

١١ - وخلال الفترة التي انقضت منذ النظر في التقرير الأولي، بدأت محكمة العدل الدولية النظر في القضايا التي لها صلة ما بهذا الموضوع، ولا سيما: القضية المتعلقة بالمسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال)^(١٦) والقضية المتعلقة بمحاصنات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا)^(١٧). أما القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا)^(١٨)، التي تتناول أيضا مسائل حصانة مسؤولي الدولة الكبار والرفيعي المستوى من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، فلا تزال قيد نظر المحكمة.

ذلك بالنسبة للحصانة. وأبدى وفد جنوب أفريقيا أيضا الاهتمام بمسألة العلاقة بين الحصانة وصلاحيات السلطات الوطنية فيما يتعلق باتخاذ تدابير لأغراض إلقاء القبض على كبار المسؤولين على أساس الطلبات المقدمة من المحاكم الدولية. انظر البيان الذي أدلى به ممثل جنوب أفريقيا في اللجنة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٦ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩، A/C.6/64/SR.15، الفقرتان ٦٩-٧٠.

(١٤) انظر تقرير مجموعة الخبراء الفنية المختصة المشترك بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي حول مبدأ الولاية القضائية العالمية. مجلس الاتحاد الأوروبي، الوثيقة 8672/1/09 Rev.1، ١٦ نيسان/أبريل ٢٠٠٩ (المشار إليه فيما يلي باسم "تقرير الخبراء المشترك بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي").

(١٥) انظر البيانات التي أدلت بها وفود كل من تونس وإيران (جمهورية - الإسلامية) وكوستاريكا وسوازيلند وجنوب أفريقيا والصين وبيرو والنمسا وفنلندا والسودان وإندونيسيا والاتحاد الروسي وليختنشتاين ورواندا والسنغال وإثيوبيا يومي ٢٠ و ٢١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٩ (A/C.6/64/SR.12 و SR.13). وأكدت فرادى الوفود بوجه خاص على العلاقة بين فكرة الولاية القضائية العالمية وقواعد القانون الدولي المتعلقة بحصانة الدولة ومسؤوليها، وأشارت إلى ضرورة اتباع نهج مدروس لحل مشكلة مسؤولية الأشخاص عن ارتكاب جرائم ينص عليها القانون الدولي.

(١٦) القضية المتعلقة بالمسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال) (*Case Concerning Questions Relating to Obligation to Prosecute or Extradite*)، (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icj-cij.org>).

(١٧) القضية المتعلقة بمحاصنات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا) (*Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State*)، (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icj-cij.org>).

(١٨) القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا) (*Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France*)، (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icj-cij.org>).

١٢ - وفي الفترة التي أعقبت النظر في التقرير الأولي، جرى في عدة مناسبات بحث هذه المسائل ضمن نطاق الولايات القضائية الوطنية^(١٩).

١٣ - وفي الآونة الأخيرة، أعلنت الحكومات في أكثر من مناسبة موقفها بشأن المناقشة المشار إليها أعلاه والمتعلقة بالولاية القضائية العالمية، وبشأن النظر في المسائل الخاصة بحصانة المسؤولين الأجانب في الولايات القضائية الوطنية ضمن نطاق قضايا معروضة على محكمة العدل الدولية، وفي قضايا أخرى تتعلق بالحصانة من الولاية القضائية الأجنبية^(٢٠)، وأدخلت تغييرات أيضا على تشريعات عدة دول^(٢١).

(١٩) في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٨، اعتُقلت في فرانكفورت (ألمانيا)، روز كابوي، رئيسة المراسم في إدارة رئيس رواندا، بموجب مذكرة اعتقال صادرة عن قاض فرنسي، ووجه إليها الاتهام فيما يتصل باغتيال الرئيس السابق لرواندا في عام ١٩٩٤، وهو الاغتيال الذي كان بداية لأعمال سفك الدماء في ذلك البلد. وقد أُطلق سراحها في آذار/مارس ٢٠٠٩. (http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-BBC/2/hi/africa/7797024.stmNews, 23 December 2008, ووفقا للتقارير الصحفية، تم التخلي عن هذه القضية (The New Times, http://www.newtimes.co.rw/index.php? issue=14030&article=20425، وفي كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩، أصدرت محكمة وستمنستر الابتدائية أمرا بإلقاء القبض على زعيمة المعارضة الإسرائيلية، تسيبي ليفني، بتهمة ارتكابها جرائم حرب في غزة. وكانت تسيبي ليفني تشغل منصب وزيرة خارجية إسرائيل خلال الفترة التي وقعت فيها الأحداث التي صدر الاتهام بشأنها. وأفادت التقارير الصحفية أن أمر إلقاء القبض قد سُحب بعد ذلك بفترة وجيزة، لأنه ثبت أن تسيبي ليفني لم تكن موجودة داخل إقليم المملكة المتحدة. (The Guardian, http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli 15 December 2009, وكانت المملكة المتحدة قد شهدت قبل ذلك محاولات ترمي إلى ضمان إلقاء القبض على إيهود باراك، وزير الدفاع الإسرائيلي، قبل الإقرار بتمتعه بالحصانة الدبلوماسية. (The Guardian, 29 September 2009, http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel وفي إسبانيا في الفترة ٢٠٠٨-٢٠٠٩، بدأت التحقيقات في تهم تتعلق بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة جماعية في التيب، موجهة ضد كبار المسؤولين والسياسيين في الصين (الرئيس السابق للصين جيانغ تسه مين، ووزير الدفاع ليانغ غوانغ ليه وآخرون). وبالنظر إلى التغييرات التي أدخلت على التشريعات الإسبانية والتي قيدت نطاق "الولاية القضائية العالمية"، فقد تم التخلي عن هذه القضايا. (El Pais, 27 February 2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidioTibet/elpepuesp/20100227e Ipepinac_7/Tes وفي كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩، صدر في الأرجنتين أيضا أمر بإلقاء القبض على جيانغ تسه مين ورئيس دائرة الأمن، لوه غان، بتهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية تمثلت في اضطهاد حركة فالون غونغونغ (Argentina judge asks China arrests over Falun Gong, 22 February 2010, http://www.reuters.com/assets).

(٢٠) انظر الحاشيتين (١٢) و (١٥) أعلاه. وأعرب ممثلون رفيعو المستوى من المملكة المتحدة وإسرائيل عن مثل هذه التعليقات فيما يتصل بأمر إلقاء القبض على تسيبي ليفني الصادر في لندن. وانظر أيضا مواد الجلسات المعقودة في المحكمة الدولية بشأن مسألة التدابير المؤقتة في القضية المتعلقة بالمسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال)، المرافعات الشفوية، ٦-٨ نيسان/أبريل ٢٠٠٩. النص متاح على الموقع التالي: http://www.icj-cij.org.

(٢١) أدخلت بالتالي تعديلات في التشريعات الإسبانية التي تنظم تطبيق الولاية القضائية العالمية. ووضعت شرط يقضي بوجود "صلة" بين القضية قيد النظر ودولة إسبانيا (Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain's Universal Jurisdiction, www.cja.org/artcile.php?id=740&printsafe=1; The New York Times, 21 May 2009 (www.nytimes.com).

١٤ - وعقب صدور مذكرة الأمانة العامة والتقارير الأولي، اتخذ معهد القانون الدولي في عام ٢٠٠٩ قراراً بشأن "حصانة الدولة والأشخاص الذين يعملون لصالح الدولة من الولاية القضائية في حالة الجرائم الدولية"^(٢٣). وبالإضافة إلى ذلك، نُشرت أعمال جديدة عن الموضوع قيد النظر^(٢٣).

١٥ - ويكتسي الجانب الوقائي أهمية فيما يتعلق بنظر اللجنة في هذا الموضوع. وإذا كنا نرغب في الوصول إلى نتائج واقعية في عملنا، فعلياً أن ننطلق من الواقع وألا نتصور ما هو مرغوب فيه على أنه الوضع الحقيقي. وكما يتبين من كتاب مقاضاة رؤساء الدول (Prosecuting Heads of State)^(٢٤)، الذي يتضمن معلومات وقائعية مهمة للغاية فيما يتعلق بالموضوع قيد النظر، فقد شهدت الفترة الممتدة من عام ١٩٩٠ إلى حزيران/يونيه ٢٠٠٨ محاولات للملاحقة الجنائية ضد ما لا يقل عن ٦٧ من رؤساء الدول والحكومات في مختلف الولايات القضائية، وقد كانت الولايات القضائية المعنية في نحو ٦٥ من هذه القضايا ولايات

(٢٢) قرار بشأن حصانة الدولة والأشخاص الذين يعملون لصالح الدولة من الولاية القضائية في حالة الجرائم الدولية، معهد القانون الدولي، دورة نابولي، ٢٠٠٩. (يمكن الاطلاع عليه في الموقع التالي: <http://www.idi-ii.org>)، ويشار إليه فيما يلي باسم "قرار المعهد - ٢٠٠٩".

(٢٣) على سبيل المثال: K.R.O'Donnell, "Note: Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?", Boston Univ. Int'l Law Journal 375 (2008); M.M. Penrose, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law", 7 Santa Clara J. Int'l L. 85 (2010); Prosecuting Heads of State, ed. by E.I. Lutz and C. Reiger. Cambridge Univ. Press, 2009; G.Buzzini, "Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on The Congo v. Belgium Case", EJIL, vol. 22 (2009), pp. 455-483; Th.Rensmann, "Impact on the Immunity of States and their Officials" in The impact of human rights law on general international law, Oxford Univ. Press, 2009, P. 151-170; A.J.Colangelo, "Universal jurisdiction as an international "false conflict" of laws", 30 Mich. J. Int'l L. 881 2008-2009, p. 885-925; N. Roht-Arriaza, "Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala", 9 Chi J. Int'l L. 79 (2008-2009), p.79-106; M.Summers, "Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in Congo v. Belgium," 16 Mich. St. J. Int'l L. 473 (2007-2008), p. 459-473; K.Ambos, "Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the Int'l L. 405 (2009) p.405-447 W.Kaleck, "From basis of universal jurisdiction?", 42 Case W. Res. Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008", 30 Mich. J. Int'l L. 927 2008-2009, pp. 927-980; M.Alderton, "Immunity for Heads of State acting in their private capacity—Thor Shipping A/S V The Ship 'Al Duhail'", ICLQ vol 58, July 2009, p.702-711; K.Gallagher, "Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture", Journal of International Criminal Justice vol. 7 (2009), p.1087-1116

(٢٤) Prosecuting Heads of State، الحاشية ٢٣ أعلاه.

قضائية وطنية. وفي نحو ١٠ من هذه القضايا البالغ عددها ٦٥ قضية، كانت هذه المحاولات تتعلق بالملاحقة الجنائية لرؤساء دول وحكومات سابقين في دول أجنبية. وكانت القضايا المعنية تتعلق بمحاولات للملاحقة الجنائية لرؤساء دول وحكومات سابقين، من الأرجنتين: في إسبانيا (٥ قضايا) وفي إيطاليا وألمانيا (قضية واحدة)؛ وشيلي: في إسبانيا (قضية واحدة)؛ وتشاد: في السنغال وبلجيكا (قضية واحدة)؛ وسورينام: في هولندا (قضية واحدة)^(٢٥). وهذه القائمة الوقائية ليست بالقائمة الجامعة. ويمكن أن تضاف إليها على الأقل بيانات التهم المقدمة ضد الزعيم الصيني السابق في إسبانيا^(٢٦) والأرجنتين^(٢٧)، فضلا عن القضايا المشار إليها في التقرير الأولي^(٢٨). وفي الوقت نفسه، كان الفشل مصير المحاولات المبذولة في الغالبية العظمى من هذه القضايا لمساءلة رؤساء الدول والحكومات السابقين والمسؤولين السابقين من ذوي الرتب الأدنى^(٢٩). وتنطوي هذه الوقائع في حد ذاتها على دلالات واضحة.

١٦ - وفي حين تتواصل، من جهة، محاولات الملاحقة الجنائية لكبار المسؤولين الأجانب، فإنها لا تحدث، من جهة أخرى، إلا في عدد قليل جدا من الدول، وهي تقتصر عمليا على المسؤولين السابقين، ولا تُكَلَّل بالنجاح إلا عندما توافق عليها الدولة التي تخص الملاحقة الجنائية أحد مسؤوليها. وفي الوقت نفسه، يندر جدا أن تُمنح هذه الموافقة. وفي الماضي القريب، ربما لا يمكن تذكّر سوى موافقة تشاد على الملاحقة الجنائية للرئيس السابق لذلك

(٢٥) المرجع نفسه.

(٢٦) انظر الحاشية ١٩ أعلاه.

(٢٧) المرجع نفسه.

(٢٨) انظر التقرير الأولي، على سبيل المثال، الحاشية ٢١٩.

(٢٩) أُطلقت هذه المحاولات دون نجاح، على سبيل المثال، في فرنسا وألمانيا ضد وزير دفاع الولايات المتحدة، دونالد رامسفيلد، (23 November 2007, Reuters, "French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case"; K.Gallagher, note 23 above, pp. 1109-1112). وتجدد الإشارة أيضا إلى ما يسمى بقضية "بوش والرجال الستة" (Bush Six) في إسبانيا (وتتعلق بستة من كبار المسؤولين في إدارة بوش، منهم المدعي العام السابق ووكيل وزارة الدفاع) (المرجع نفسه). وعلى الرغم من توصية المدعي العام الإسباني، أكدت المحكمة المركزية للإجراءات الجنائية الأولية رقم ٥، المحكمة الوطنية (مدريد) في كانون الثاني/يناير ٢٠١٠، تمتع إسبانيا بالولاية القضائية في هذه القضية وأقرت مواصلة التحقيقات في الشكاوى المقدمة ضد المسؤولين من الولايات المتحدة (تستند هذه القضية إلى دعوى خاصة مرفوعة باسم عدد من المنظمات غير الحكومية لحقوق الإنسان في إسبانيا، تمثل مصالح الأشخاص الذين كانوا ضحايا للتعذيب وغيره من أنواع المعاملة القاسية والمهينة على أيدي أفراد القوات المسلحة التابعة للولايات المتحدة. وقد أكدت الولاية القضائية لإسبانيا في هذه القضية بالرغم من القيود التي فرضت في عام ٢٠٠٩ على تطبيق "الولاية القضائية العالمية" في هذا البلد، حيث اعتبرت المحكمة أن حمل أحد الضحايا للجنسية الإسبانية يكفي لإقرار الولاية القضائية).

البلد، حسين حبري، في السنغال^(٣٠)، والموافقة الصادرة عن الأرجنتين فيما يتعلق بمسؤولها العسكري السابق، أدولفو شيلينغو (الذي أُدين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية أثناء "الحرب القذرة" في الفترة ١٩٧٦-١٩٨٣) في إسبانيا^(٣١). وجدير بالإشارة أن المحاولات التي نجحت حتى الآن في ممارسة الولاية القضائية العالمية تقتصر على القضايا التي وافقت عليها الدولة المعنية^(٣٢). وفي القضايا الأخرى، تبدي الدول عادة رد فعل سلبي إزاء محاولات ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية ضد رؤساء دولها وحكوماتها، وإن تعلق الأمر برؤساء دول وحكومات سابقين، وكذلك الشأن فيما يتعلق بمسؤولين آخرين رفيعي المستوى. وفي غياب تعاون الدولة التي ينتمي إليها المسؤول المعني بالقضية، يكون إجراء الملاحقة القضائية الجنائية لهذا الشخص بصورة سليمة وصحيحة قانوناً أمراً مستحيلاً من الناحية العملية. وبالتالي، فإن مثل هذه المحاولات لا تفضي في نهاية المطاف سوى إلى تعقيد العلاقات بين الدول^(٣٣).

(٣٠) جدير بالذكر أولاً أنه حتى عندما رفعت تشاد الحصانة عن حسين حبري، أشارت المحكمة السنغالية إلى تمتع رئيس الدولة السابق بالحصانة، وثانياً أن السنغال، لدى ممارستها لولايتها القضائية الجنائية في هذه القضية، استندت إلى القرار ذي الصلة الصادر عن الاتحاد الأفريقي (انظر Decision on the Hissein Habre case and the African Union Doc. Assembly/AU/3 (VII), 02 July 2006, Assembly/AU/Dec.127 (VII), (available at: <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/summit.htm>)). وانظر أيضاً: القضية المتعلقة بالمسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال)، تدابير مؤقتة، أمر، ٢٨ أيار/مايو ٢٠٠٩ (انظر متاح على الموقع التالي: www.icj-cij.org).

(٣١) Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18 April 2005, (<http://ipsnews.net>).

(٣٢) Chandra Lekha Sriram, The "Pinochet Precedent": A Mixed Legacy for Human Rights, Jurist Legal News and Research, <http://jurist.law.pitt.edu>.

(٣٣) نتيجة للتهديد باعتقال تسييي ليفني، ألغيت سلسلة من الزيارات التي كان سيقوم بها ممثلون إسرائيليون رفيعو المستوى إلى المملكة المتحدة، وأصبح تعقد العلاقات الثنائية بين البلدين موضوع سلسلة من المنشورات والبيانات الصادرة عن المسؤولين (Israel fury at UK's Livni warrant, BBC News, 15 December 2009, <http://news.bbc.co.uk>)، وقدمت الصين احتجاجات ضد صدور قرارات تمس بقيادة البلد في إسبانيا والأرجنتين (The New York Times, 6 June 2006, www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cse); Voice of America News, 24 December 2009, www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Argentina-for-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html).

وأفضت المحاولة الرامية إلى ضمان اعتقال وزير خارجية جمهورية الكونغو الديمقراطية في بلجيكا إلى نزاع بين الدولتين، أحيل إلى محكمة العدل الدولية للنظر فيه (القضية المتعلقة بالمسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم، انظر الموقع التالي: <http://www.icj-cij.org>). وأدى صدور أوامر بإلقاء القبض على عدد من كبار الضباط العسكريين الروانديين في فرنسا إلى قطع رواندا لعلاقتها الدبلوماسية مع فرنسا في عام ٢٠٠٦ (New York Times, 24 November 2006, www.nytimes.com).

ثانياً - نطاق حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية

ألف - الاعتبارات الأولية

١٧ - لا بد، للبدء في بحث المسائل المتصلة بنطاق الحصانة، من الإشارة إلى بعض الأحكام المنصوص عليها في الجزء الأول من التقرير الأولي. وعلى وجه الخصوص، تم بناء على التحليل الوارد في الفقرات من ٥٦ إلى ٥٩، ومن ٦٤ إلى ٧٠، ومن ٨٤ إلى ٩٦ استخلاص الاستنتاجات الواردة في الفقرات الفرعية من (هـ) إلى (ي)، من الفقرة ١٠٢. وللبنود التالية أهميتها بالنسبة للنظر في المسائل المتعلقة بنطاق الحصانة:

- "تعد حصانة المسؤولين من الولاية الأجنبية قاعدة من قواعد القانون الدولي وما يقابلها من علاقات قضائية، حيث إن ما للشخص المتمتع بالحصانة من حق قضائي في عدم الخضوع للولاية الأجنبية يعكس التزام الدولة الأجنبية القضائي بعدم ممارسة ولايتها على الشخص المعني..."^(٣٤)؛
- "الحصانة من الولاية الجنائية ... هي ... حصانة من المحاكمة الجنائية أو من تدابير الإجراءات الجنائية [وليس من القانون الموضوعي للدولة الأجنبية]"؛
- "[ال] حصانة ... تشكل عائقاً للمساءلة الجنائية، ولكنها لا تستبعدا من حيث المبدأ"؛

(٣٤) من البديهي أن الكلام عن حقوق الدولة التي كان الشخص، أو لا يزال، مسؤولاً فيها أدق من الكلام على حقوق الشخص. فالذي يتمتع بالحق في اللجوء إلى الحصانة، هو أساساً الدولة، لا الشخص. وينشأ النزاع بشأن وقوع انتهاك للحقوق والالتزامات الناشئة عن الحصانة بين الدولة المطالبة بالحصانة والدولة الممارسة للولاية القضائية. انظر على سبيل المثال، الحكم الصادر في قضية مذكرة الاعتقال، (*Arrest Warrant, Judgement*)، الفقرة ٤٠، التي تنص على أنه "على الرغم من تغير الوضع المهني للسيد ييروديا، فإن طابع النزاع المعروض على المحكمة من خلال هذه الدعوى لم يتغير: إذ لا يزال النزاع متعلقاً بقانونية مذكرة الاعتقال الصادرة بحق شخص كان آنذاك وزيراً لخارجية الكونغو، ومسألة ما إذا كانت تلك المذكرة قد انتهكت حقوق الكونغو أم لم تنتهكها"، النص متاح على الموقع التالي: www.icj-cij.org. وفي القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا)، استندت جمهورية الكونغو في طلبها الإشارة بتدابير مؤقتة، إلى حقها في أن "تتكرم فرنسا الحصانات الممنوحة بموجب القانون الدولي ... لرئيس الدولة الكونغولي، التدابير المؤقتة، الأمر المؤرخ ١٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٣، الفقرة ٢٨. انظر أيضاً تعليقات لورد فيليبس أوف وورث ماترافرز (Lord Philips of Worth Matravers) التي جاء فيها أنه: "من المتفق عليه أن أساس الحصانة المطالب بها هي التزام تجاه شيلي، وليس تجاه عضو مجلس الشيوخ، بينوشيه. فالحصانة المذكورة هي حصانة شيلي" في قضية *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)* (المشار إليها فيما يلي باسم: "قضية بينوشيه الثالثة") (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino8.htm>).

- ”الأفعال التي يقوم بها المسؤول بصفته الرسمية تُنسب إلى الدولة. ومن ثم فالمسؤول يكون محميا من الولاية القضائية لدولة أجنبية بموجب الحصانة المتعلقة بالموضوع. إلا أن هذا لا يمنع من إسناد هذه الأفعال إلى الشخص الذي قام بها أيضا“؛
- ”في نهاية المطاف، تقف الدولة ... خلف حصانة مسؤول ما، سواء كانت حصانة متعلقة بالشخص أو حصانة متعلقة بالموضوع، وخلف أولئك الذين يتمتعون بالحصانة“؛
- ”لحصانة المسؤول من الولاية الجنائية الأجنبية مكونات متكاملة ومتراصة، بما فيها مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمساواة بين الدول في السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية؛ والحاجة إلى كفالة استقرار العلاقات الدولية واستقلالية ممارسة الدول لمهامها“،^(٣٥).

١٨ - وبالرغم من وجود رأي مخالف لهذه القاعدة^(٣٦)، فإن من المعترف به على نطاق واسع أن الحصانة من الولاية القضائية الأجنبية هي الأساس، أي أنها القاعدة العامة، والحالة الطبيعية؛ وانتفاءها في حالات مخصوصة هو الاستثناء من القاعدة. والمهم في هذا السياق ليس مسألة ما إذا كان على الدولة أن تحتج بحصانة مسؤولها أم لا، كيما تنظر الدولة التي تمارس الولاية القضائية في مسألة الحصانة أو تأخذها في الاعتبار (سيحظى موضوع الاحتجاج ذلك بمزيد من الدراسة في الفرع المتعلق بالإجراءات). وإنما المهم هو أنه إذا كانت القضية تتعلق بكبار المسؤولين، أو غيرهم من المسؤولين الحاليين، أو بأعمال قام بها مسؤولون سابقون أثناء فترة عملهم بصفته الرسمية، فلا بد أن تؤخذ من إثبات وجود أساس للخروج عن هذه القاعدة أو الاستثناء منها، أي إثبات انتفاء الحصانة لا إثبات وجود القاعدة المذكورة، وبالتالي وجود الحصانة. ولما كانت الحصانة تستند إلى القانون الدولي العام، فإن انتفاءها (عند عدم رفعها في حالة معينة، بطبيعة الحال) قد يدلّ عليه وجود قاعدة خاصة أو وجود ممارسات في هذا الصدد أو اعتقاد بالإلزام، مما يشير إلى أن بعض الاستثناءات من القاعدة العامة، قد نشأت أو هي في طور النشوء. وهو بالضبط الأساس الذي يبدو أنه قد تم الاستناد إليه في منطق

(٣٥) تقرير أولي، الفقرة ١٠٢.

(٣٦) تنحو مذكرة الأمانة العامة هذا المنحى، إذ أنها تشير في الفقرة ٨٨ إلى ضرورة النظر، بصفة خاصة، فيما إذا كان القانون الدولي يقر أي استثناءات من تلك الحصانة أو أي قيود عليها. ولا غرابة أيضا في أن الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحصانة الدول لعام ١٩٧٢، واتفاقية حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤، تنصان على المبدأ العام لحصانة الدول، ثم تضعان أحكاما تتعلق بالاستثناءات من هذا المبدأ. للاطلاع على الرأي القائل بأن الحصانة ليست هي القاعدة العامة، انظر، على سبيل المثال، الفقرة ٢١٥ من مذكرة الأمانة العامة، الحاشية ٦٠٨.

الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة الاعتقال^(٣٧). ولذلك تستحيل الموافقة على الانتقادات الموجهة لهذا الحكم، التي مفادها أن المحكمة، بدلا من أن تقوم بإثبات وجود الحصانة، بدأت بالنظر في ممارسات الدول وقرارات المحاكم والمعاهدات الدولية وما إلى ذلك، بحثا عن وجود أدلة على انتفاء الحصانة^(٣٨). كذلك لم يكن على المحكمة أن تبحث عن أدلة تثبت تمتع وزير الخارجية بالحصانة ما دام ذلك، وفقا للرأي السائد، هو القاعدة السارية. وهي قد بحثت عن أدلة على وجود ما يقضي بالاستثناء من القاعدة التي تحكم الحصانات، فلم تجد شيئا.

١٩ - وثمة اعتبار أولي آخر مستمد من الاستنتاجات المذكورة أعلاه، وهو أن حصانة المسؤول، سواء أكان مسؤولا حاليا أم سابقا، ليست حصانة لذلك المسؤول، وإنما للدولة. فعلى سبيل المثال، يتعذر القول بأن المسؤول في دولة لم يعد لها وجود يتمتع بالحصانة^(٣٩).

(٣٧) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٨.

(٣٨) ترد انتقادات من هذا القبيل في الرأي المستقل الصادر عن القاضية فان دن فينغارت التي خالفت رأي الأغلبية في قضية مذكرة الاعتقال (مذكرة الاعتقال، الحكم، رأي القاضية فان دن فينغارت المخالف، الصفحة ٢٣٦، الفقرة ١١). وتطرح م. فرولي في مقالها تحليلا مشابها. ففي رأيها أن وجود حصانة مطلقة من الولاية القضائية الأجنبية لوزير الخارجية هو مسألة لا تزال محل تنازع، ورغم أن محكمة العدل الدولية "لم تبين استنتاجاتهما بشكل كاف على وجود قواعد في القانون العرفي تمنح حصانات مطلقة من هذا القبيل لوزراء الخارجية"، "... فإن النتائج التي توصلت إليها لم تثبتها من خلال ممارسات الدول، ولا من خلال أدلة تقوم على الاعتقاد بالإلزام، على نحو ما فعلته بدقة في حالات سابقة". M. Frulli "The ICJ Judgment on the *Belgium v. Congo* Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes", in *German Law Journal*, Vol.3, No.3 (2002) paras.3-4 (available at: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=138>). ويطعن د. س. كولر أيضا في وجود أساس للاعتراف بالحصانة "المطلقة" لوزير الخارجية، مشيرا إلى أن المحكمة الدولية لا تقدم أدلة على وجود قاعدة مقابلة في القانون الدولي. ("لا يوضح قرار المحكمة على الإطلاق السبب في ضرورة هذه الحصانة المطلقة للمهام التي يؤديها وزراء الخارجية، ولا سيما فيما يتعلق بالزيارات الخاصة التي يقومون بها إلى الدول الأجنبية. وتُستمد حصانة رئيس الدولة أمام المحاكم الأجنبية من كرامة الدولة، لا من مهام المنصب. وتحتاج المحكمة إلى بيان الأساس الوظيفي لمنح هذه الحصانة لوزراء الخارجية؛ بيد أن وجود هذا الأساس هو أمر غير قاطع". D.S. Koller 'Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court', 20 *Am.U.Int'l L.Rev.* (2004) 7, at p.15.

(٣٩) انظر، على سبيل المثال، الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا في قضية الزعيم السابق لجمهورية ألمانيا الديمقراطية، هونيكر، في عام ١٩٩٢، وفي قضية أعضاء حكومة جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة المدانين بارتكاب جرائم قتل في عام ١٩٩٦، وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا في ألمانيا في قضية حرس الحدود في عام ١٩٩٢. (مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٧٩، الحاشية ٤٩٧).

٢٠ - وختاماً، يرد فيما يلي بيان الاعتبار الأولي الأخير. فالمقرر الخاص لا يرى حتى الآن ضرورة للنظر في الحصانة من تدابير الحماية السابقة للمحاكمة والحصانة من تدابير التنفيذ، بشكل مستقل عن الحصانة من الولاية القضائية الجنائية ككل^(٤٠). فمنذ البداية، فسّر الاختصاص الجنائي في هذه الدراسة على أنه يشير إلى مجمل التدابير الإجرائية الجنائية التي يُتاح اتخاذها للسلطات بحق المسؤولين الأجانب.

باء - الحصانة الموضوعية^(٤١)

٢١ - نظرت محكمة العدل الدولية في إطار القضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية (جيبوتي ضد فرنسا)^(٤٢) في مسألة تتمتع مسؤولي الدولة بخلاف من يطلق عليهم لقب "الثلاثي" بالحصانة الموضوعية. وتعلق هذه القضية بحصانة المدعي العام لجمهورية جيبوتي ومدير جهاز الأمن الوطني فيها. فالمحكمة لم تعتبر هذين المسؤولين من بين الأشخاص ذوي المناصب العليا المتمتعين بالحصانة الشخصية وأشارت المحكمة إلى أنه "ليس في القانون الدولي أساس يُستند إليه للقول بأنه يجوز للمسؤولين المعنيين التمتع بحصانات شخصية، لأنهم ليسوا من الدبلوماسيين بالمعنى المحدد في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، ولأن اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩ لا تنطبق في هذه الحالة"^(٤٣). وقد أثبتت المحكمة بهذه الطريقة أن الشخصين المشار إليهما لا يتمتعان بالحصانة الشخصية في هذه القضية. بموجب القواعد العامة والخاصة للقانون الدولي على حد سواء، غير أنهما

(٤٠) خُصص في قرار معهد القانون الدولي، المتعلق بحصانات رؤساء الدول والحكومات من الولاية القضائية وتدابير التنفيذ في القانون الدولي، الصادر في عام ٢٠٠١، حكم منفصل (الفقرة ١) للحصانة من تدابير التنفيذ. "حصانات رؤساء الدول والحكومات من الولاية القضائية وتدابير التنفيذ في القانون الدولي"، دورة فانكوفر، عام ٢٠٠١ (النص متاح على العنوان التالي: www.idi-ii.org)، ويُشار إليه فيما يلي باسم "قرار المعهد - ٢٠٠١". بيد أن موضوع القرار لا يقتصر على الحصانة من الولاية القضائية الجنائية، وإنما يتناول أيضاً أنواعاً أخرى من الولاية. وتشير مذكرة الأمانة العامة (الفقرة ٢٣٠) أيضاً إلى أن هذا الفصل يتم عندما يتعلق الأمر بأنواع أخرى من الولاية، وإن جاء بها أن الفصل بين الحصانة من التنفيذ والحصانة من الولاية القضائية يثير مسائل محددة، ويجعل تقسيم الحصانة من التنفيذ إلى الحصانة من التنفيذ في مرحلة التدابير الجزرية السابقة لصدور حكم المحكمة والحصانة من التنفيذ في مرحلة التدابير الجزرية اللاحقة لصدور حكم المحكمة، أمراً جديراً بالاستطلاع (الفقرة ٢٣٤).

(٤١) انظر قضية جيبوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٩٤.

(٤٢) القضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية (Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters) (جيبوتي ضد فرنسا)، الحكم الصادر في ٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٨ (وُيشار إلى هذه القضية فيما يلي باسم "قضية جيبوتي ضد فرنسا") (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icj-cij.org>).

(٤٣) انظر قضية جيبوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٩٤.

لم تشر إشارة مباشرة إلى أنهما لا يتمتعان بالحصانة الوظيفية. وبالإضافة إلى ذلك، يبدو بناء على المنطق المستخدم في الفقرتين ١٩٥ و ١٩٦ من حكم المحكمة أنه لو كانت جيوتي قد أبلغت فرنسا في الوقت المناسب بأن الأفعال التي اضطلع بها هذان الشخصان، والتي هي موضع نظر من جانب السلطات الفرنسية، هي أفعال تمت بصفة رسمية، أي أنها أفعال دولة جيوتي ذاتها، وبالتالي فهذان الشخصان كانا متمتعين بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الفرنسية فيما يتعلق بهذه الأفعال، لكانت المسألة قد تمثلت في أن تكفل فرنسا التقيد بالالتزامات الناشئة عن الحصانة. بل إن المحكمة وضعت حكماً عاماً في هذا الصدد، تربط فيه مسؤولي الدولة بأجهزتها^(٤٤). وترد في مذكرة الأمانة العامة سلسلة من الأحكام القضائية التي تعترف بحصانة المسؤولين فيما يتعلق بالأعمال الرسمية^(٤٥). كذلك هناك على ما يبدو اتفاق في الفقه القانوني على مسألة فئة الأشخاص المتمتعين بالحصانة الموضوعية: ويُقصد بهم جميع مسؤولي الدولة، بصرف النظر عن مناصبهم ضمن هيكل أجهزة السلطة في الدولة^(٤٦).

٢٢ - فإذا افترضنا أن مسؤولي الدول يتمتعون بالحصانة الموضوعية من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، يتعين الإجابة عن عدد من المسائل المتعلقة بنطاق هذه الحصانة. فلا بد من تمييز الأفعال التي يمكن اعتبارها أفعالاً تم الاضطلاع بها بصفة رسمية، عن الأفعال ذات الطابع الخاص، وتحديد ما إذا كانت هذه الحصانة هي حصانة للدولة، وما إذا كان لها نفس نطاق حصانة الدولة (وعلى وجه التحديد، هل يتمتع المسؤولون بالحصانة فيما يتعلق بالأفعال الرسمية التي تقع في نطاق أعمال الإدارة). ولا بد من توضيح ما إذا كان من الممكن اعتبار أفعال تجاوز السلطة والأفعال المخالفة للقانون أفعالاً رسمية، وبالتالي مشمولة بالحصانة الموضوعية. ولا بد من الإجابة على السؤال المتعلق بما إذا كان المسؤولون لديهم حصانة موضوعية، فيما يتعلق بالأفعال التي اضطلعوا بها قبل تقلدهم لمناصبهم، وأثناء توليهم للمنصب، وبعد تركهم له. ولا بد من فهم ما إذا كانت الحصانة الموضوعية تعتمد على طبيعة وجود الشخص المتمتع بحصانة من هذا القبيل في الخارج عند اتخاذ قرار بشأن ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية بحق ذلك الشخص. ونؤكد أننا نتناول هنا موضوع المسؤولين الذين لا يتمتعون بالحصانة الشخصية. وبعبارة أخرى، فإن هؤلاء المسؤولين لا يتمتعون بالحصانة من الولاية القضائية الأجنبية فيما يتعلق بالأفعال التي يؤديونها بصفتهم

(٤٤) "فالدولة التي تسعى إلى المطالبة بالحصانة لأحد أجهزتها الحكومية يُتوقع منها أن تُخطر سلطات الدولة المعنية الأخرى. ومن شأن هذا أن يتيح للمحاكم في دولة المحكمة ضمان عدم الإخلال بأي حق في الحصانة مما قد تترتب عليه مسؤولية تلك الدولة". المرجع نفسه، الفقرة ١٩٦.

(٤٥) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٦٩.

(٤٦) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٦٦ (الحاشية ٤٧١).

الشخصية. وفي الوقت نفسه، تنطبق الإجابات على تلك الأسئلة أيضا على المسؤولين ذوي المناصب الرفيعة المتمتعين بالحصانة الشخصية. وعلاوة على ذلك، فإننا سنعنى هنا عموما بالحالة الراهنة أما مسألة الاستثناءات الممكنة، فسيجرى النظر فيها بمزيد من التفصيل.

٢٣ - ولدى مناقشة مسألة حصانة المسؤولين، اتفق الطرفان في قضية جيوتي ضد فرنسا على أن مسؤولي الدولة عموما يتمتعون بالحصانة الموضوعية من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، أي الحصانة فيما يتعلق بالأعمال التي يؤديها بصفتهم الرسمية، حيث إن هذه الأفعال هي أفعال الدولة نفسها التي يقومون بخدمتها^(٤٧). فقد ربط الطرفان هذه الحصانة، من حيث الجوهر، بحصانة الدولة نفسها^(٤٨). ويبدو أن المحكمة نفسها تستند في حكمها في هذه القضية إلى هذا الافتراض، إذ أشارت إلى أن "المطالبة بهذه الحصانة [أي المطالبة بالحصانة الوظيفية، المعاد صياغتها، من جانب جيوتي فيما يتعلق بالمدعي العام للجمهورية ومدير الأمن الوطني فيها]، هي في جوهرها، مطالبة بالحصانة لدولة جيوتي، وهي حصانة يمكن القول بأن المدعي العام للجمهورية ومدير الأمن الوطني فيها سوف يستفيدان منها"^(٤٩). ويوجه ج. ب. بوتسيني الاهتمام إلى ذلك في تحليله المفصل لهذا الحكم^(٥٠). وفي معرض التعليق منذ ما يقرب من ٥٠ عاما على مشروع مادة تتعلق بحصانة المسؤولين القنصلين، تكلمت اللجنة عن الشيء نفسه، قائلة: إن القاعدة التي تقضي بعدم خضوع أعضاء القنصلية فيما يتعلق بالأفعال التي يقومون بها أثناء أدائهم مهام عملهم (الأفعال الرسمية)، لولاية... الدولة المستقبلية هي جزء من القانون الدولي العرفي. ويشكل هذا الاستثناء حصانة يُعترف بأن الدولة المفودة تتمتع بها فيما يتعلق بأفعال الدول ذات السيادة. وتقع هذه الأفعال، بطبيعتها، خارج نطاق الولاية القضائية للدولة المستقبلية، سواء أكانت هذه الولاية مدنية أو جنائية أو إدارية. ولما كانت الأفعال الرسمية تقع خارج نطاق الولاية

(٤٧) انظر التقرير الأولي، الفقرة ٨٩، الحاشية ١٧٣.

(٤٨) "إن ما تطلبه جيوتي من المحكمة هو الإقرار بأن الدولة لا يمكنها اعتبار شخص يتمتع بمركز هيئة تابعة لدولة أخرى متحملا لمسؤولية جنائية فردية عن أعمال اضطلع بها بهذه الصفة الرسمية، أي أداء لواجباته"، قضية جيوتي ضد فرنسا، المرافعات الشفوية، المحاضر الحرفية، CR 2008/3، الفقرة ٢٤. وتكلم محامي فرنسا أيضا عن هذا الموضوع (انظر التقرير الأولي، الفقرة ٨٩، الحاشية ١٧٣).

(٤٩) قضية جيوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٨٨.

(٥٠) ج. بوتسيني (G.P. Buzzini)، الحاشية ٢٣ أعلاه، الصفحتان ٤٦٢ و ٤٦٣.

القضائية للدولة المستقبلية، فلا يجوز اتخاذ إجراءات جنائية بشأنها^(٥١).

(٥١) تقرير اللجنة المقدم إلى الجمعية العامة، Yearbook of the International Law Commission, 1961, vol.II، الصفحة ١١٧، الفقرة ٢. ويشيع هذا الرأي في الفقه القانوني أيضاً على نطاق واسع. فعلى سبيل المثال، يشير إ. ديفيد إلى أن: "حصانة مسؤولي الدول ليست سوى تطبيق لمبدأ حصانة الدول...". David E., Elements de Droit International Penal et Europeen, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.58. "ويعتبر كل تصرف يمكن أن يعزى مباشرة إلى إجراءات تتخذها الدول فعلاً من أفعال الدولة. وحيث إن الشخص المعني لا يرتكب هذه الأفعال لمصلحته الشخصية الخاصة، يتعين على المحاكم المحلية الأجنبية منحه حصانة بشأن هذه الأفعال. وعلى الرغم من ارتكاب الشخص المعني للفعل، فهو يعدّ ذا حصانة من الملاحقة القضائية على التصرف الذي أتاه لأن دولته هي التي أدت الفعل. ولا يمكن لأجل غير مسمى أن يكون الفعل نفسه محل مقاضاة في المحاكم الأجنبية"، في Y. Simbeye, Immunity and International Criminal Law, Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, p.109. وتشير ر. فان ألبيك R. van Alebeek، إلى أن "الحصانة الوظيفية لمسؤولي الدولة الأجنبي (السابقين) غالباً ما يجرى التعامل معها كنتيجة طبيعية لقاعدة حصانة الدول". وتشير في الوقت ذاته إلى الحكم المعروف الصادر عن محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة في قضية بروند فاينانس المحدودة ضد سينغ (Propend Finance v. Sing)، الذي ورد فيه ما يلي: "سيجرى الإخلال بالحصانة المخولة إلى الدول بموجب [قانون حصانة الدول]، فيما لو سُمح بمحاكمة الموظفين، أو المسؤولين، أو... "أصحاب الوظائف" بصفتهم الشخصية على المسائل التي تتعلق بتصرفات الدولة، والتي تتمتع بشأنها الدولة التي كانوا يخدمونها بالحصانة. ويجب قراءة [الأحكام المتعلقة بذلك في قانون حصانة الدول] باعتبارها تمنح فرادى موظفي أو مسؤولي الدول الأجنبية الحماية تحت الغطاء نفسه الذي يحمي الدولة ذاتها". (UK Court of Appeal, Propend Finance Ltd. v. Sing (1997), 111 ILR 611, at p. 669). R. van Alebeek, The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law, 2006, p. 153. بيد أن هذه الكاتبة ترى أن "تطبيق قاعدة حصانة الدول على مسؤولي الدول الأجنبية يمكن تفسيره بشكل مختلف. فالقاعدة العامة هي أن مسؤولي الدول الأجنبية لا يتحملون مسؤولية شخصية عن أفعال أتوها بإمرة الدولة التي يتبعونها... أما المسؤولية غير الشخصية لمسؤولي الدول عن أفعال أتوها باسم الدولة، فيمكن النظر إليها كمبدأ مستقل سابق في سريانه على تطبيق قاعدة حصانة الدول على وقائع القضية" المرجع نفسه، الصفحتان ١٥٦ و ١٥٧. والمقرر الخاص ليس متأكداً من مدى صحة المقابلة بين هذين النهجين، وخاصة أنهما يفضيان إلى النتيجة ذاتها. وتذكر ر. فان ألبيك (بعد ذلك بقليل في كتابها)، ما يلي: "وبمجمّل القول أن مسؤولي الدول الأجنبية يتمتعون بالحصانة فيما يتعلق بالأفعال الرسمية. فالأفعال التي يرتكبها المسؤولون بصفتهم من أدوات دولة أجنبية أو من الناطقين باسمها هي أفعال صادرة عن تلك الدولة وليست أفعالاً لهؤلاء المسؤولين شخصياً. وعليه، فلا يمكن استدعاؤهم لمحاسبتهم عليها بصفتهم الشخصية" المرجع نفسه، الصفحة ١٦٣). وبالإضافة إلى ذلك، لا يمكن للمرء الحديث عن "عدم مسؤولية المسؤولين الأجانب" (ولا سيما من حيث المبدأ) إلا بدرجة من المشروطة. فمن الناحية القانونية، حسب ما سبقت الإشارة إليه في التقرير الأولي، تمثل الحصانة والمسؤولية أمرين مختلفين تمام الاختلاف. فما يصدر من تصرفات رسمية عن مسؤول ما، يعزى بطبيعة الحال إلى الدولة، ولكن هذا لا يعني عدم إمكانية إسناد تلك التصرفات، في الوقت ذاته، إلى الشخص المعني. فعلى سبيل المثال، ما إن تتنازل الدولة التي يقوم الشخص بخدمتها عن الحصانة، حتى يمكن للدولة الأجنبية ممارسة الولاية الجنائية ضد الشخص المعني (ولكن انظر ألبيك، الصفحة ١٨٨، فهي تقول إنه لا يمكن رفع الحصانة في بعض الحالات. أولاً، لا يمكن إعلان الحصانة. وثانياً، ما العمل في حالة إنفاذ المسؤولية على أساس القانون الدولي في ظل وجود ولاية قضائية جنائية دولية فيما يتعلق بالفعل ذاته. ألا يغيّر ذلك من إسناد الفعل أو تصنيفه كفعل رسمي؟).

٢٤ - ويرى المقرر الخاص من الصواب استخدام معيار إسناد التصرف الصادر عن المسؤول إلى الدولة من أجل تحديد ما إذا كان لدى المسؤول حصانة موضوعية، ونطاق هذه الحصانة^(٥٢). وفي الوقت ذاته، لا يرى المقرر الخاص أسسا موضوعية للتمييز بين إسناد التصرف لأغراض المسؤولية، من جهة، ولأغراض الحصانة، من جهة أخرى. فليس هناك أي أسباب تُذكر لتأكيد أن الفعل ذاته الصادر عن مسؤول ما، يعزى، لأغراض مسؤولية الدول، إلى الدولة فيعتبر فعلا صادرا عنها؛ ولا يعزى إليها، لأغراض الحصانة من الولاية القضائية، فيعتبر مجرد فعل صادر عن مسؤول فيها.

٢٥ - أما مسألة تحديد ما إذا كان تصرف المسؤول رسمي أم شخصي، وبالتالي إسناده أو عدم إسناده إلى الدولة، فيجب منطقيا النظر فيها قبل النظر في مسألة حصانة هذا المسؤول فيما يتعلق بهذا التصرف. ويشير إ. دنزا، في معرض تعليقه على تنظيم مسألة الحصانة الوظيفية في الفقرة ٢ من المادة ٣٩ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، إلى أن "الاختبار الصحيح الواجب استخدامه ... هو المتعلق بإسناد المسؤولية. فإذا أمكن أن يُسند، أو يعزى، التصرف المعني إلى الدولة الموفدة - حتى لو لم تأمر به أو توافق عليه صراحةً - فينبغي عندئذ أن يستمر سريان الحصانة الموضوعية"^(٥٣).

٢٦ - ومن المعترف به على وجه العموم أن الفعل الصادر عن مسؤول يتصرف بصفته الرسمية يعزى إلى الدولة^(٥٤). وحسب ما أشارت إليه محكمة العدل الدولية في قضية الخلاف المتعلق بحصانة مقرر خاص تابع للجنة حقوق الإنسان من الإجراءات القانونية، فإنه "وفقا لقاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي، يجب أن يعتبر تصرف أي جهاز تابع للدولة فعلا صادرا عن تلك الدولة. وهذه القاعدة ... لها طابع عرقي، ..."^(٥٥). ومن هنا يكون السؤال كالتالي: ما هي تصرفات المسؤولين التي يمكن (يجب) اعتبار أنه قد تم الاضطلاع بها بصفة رسمية، وبالتالي يمكن إسنادها إلى الدولة، أي اعتبارها من تصرفات الدولة، وما هي

(٥٢) انظر الفقرة ٨٩ من التقرير الأولي، وكذلك الخلاصة الواردة في الفقرة ١٠٢ (ح). ومن هذه الناحية، يتبع المقرر الخاص النهج الذي تتبعه الأمانة العامة في معنى الإسناد الوارد في الفقرة ١٥٦، من مذكرة الأمانة العامة.

(٥٣) E.Denza, Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2nd ed., (٥٣) 1998, p.363. وانظر أيضا 48 ICLQ (1999) 949, p. 951. Denza E., *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*,

(٥٤) انظر شرح لجنة القانون الدولي للمادة ٤ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا. تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، حولية لجنة القانون الدولي، ٢٠٠١، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحات من ٥٨ إلى ٦٤.

(٥٥) Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, p.87, para. 62.

التصرفات التي لا يجوز أن تعتبر كذلك، وإنما يمكن (يجب) اعتبارها من التصرفات الصادرة عن المسؤولين بصفة شخصية. فالموضوع هنا يتعلق بالمعيار الذي يمكن على أساسه تأكيد أن مسؤول الدولة المعني يتصرف بصفته تلك، لا بصفته الشخصية.

٢٧ - ونظرت لجنة القانون الدولي أيضاً في هذه المسألة^(٥٦). وأشار إليها على النحو التالي في شرح المادة ٤ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً: "واحتمال أن الشخص المعني كانت لديه بواعث خفية أو غير مشروعة أو كان يسيء استخدام السلطة العامة هو أمر لا يمت بصلة لهذا الغرض. فحيثما يتصرف هذا الشخص بصفة رسمية ظاهرة، أو تحت قناع السلطة، فإن الأفعال المعنية ستنسب إلى الدولة"^(٥٧). ولذلك، ترى اللجنة أنه لا بد من أجل النظر إلى أعمال المسؤولين، باعتبارها قد نفذت بهذه

(٥٦) "وثمة مشكلة معينة تتمثل في تحديد ما إذا كان الشخص الذي يمثل أحد أجهزة الدولة يتصرف بهذه الصفة". انظر: شرح المادة ٤ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، الفقرة ١٣. تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٦٤.

(٥٧) المرجع نفسه. انظر الأمثلة المتعلقة بالتمييز بين "التصرف غير المأذون به لأحد أجهزة الدولة والتصرف الشخصي البحت" في قرارات التحكيم الدولية. وقد طبقت المحاكم اليابانية معياراً مختلفاً نوعاً ما لدى النظر في الدعاوى الجنائية المرفوعة ضد الجنود الأمريكيين الذين يخدمون في أراضي ذلك البلد بغرض تحديد ما إذا كانت الأفعال قيد النظر أفعالاً تم أداؤها بصفة رسمية أو شخصية. فقد أحررت المحاكم تحليلاً لما إذا كانت هذه الأفعال قد ارتكبت لما فيه صالح الخدمة. وبالتالي، ذكرت المحكمة في قضية اليابان ضد وليام س. جيرارد (*Japan vs. William S. Girard*) المتعلقة بالتهمة الموجهة ضد جندي أمريكي بالتسبب في إصابة بليغة أدت إلى الوفاة، أنه "على الرغم من أن المحكمة تدرك أن هذه القضية جرت حين كان المتهم في مهمة رسمية وأنها وقعت في مكان الخدمة، فهي لا علاقة مباشرة لها بأي شكل من الأشكال مع أداء مهمة حراسة رشاش خفيف، وما إلى ذلك، بأمر من ضابط أعلى رتبة... ولم يرتكب الفعل أثناء أداء مهمة رسمية"، وأضافت أنه: "لا يمكن اعتبار الفعل سوى أذى شديد...، وعمل ارتكب لغاية واحدة هي إرضاء نزوة مؤقتة للمتهم نفسه". انظر: قضية *Japan v William S Girard, Maebashi District Court*, . November 19 1957 الواردة في *The Japanese Annual of International Law, No.2 (1958) 128, pp.132-133*. ولدى النظر في استئناف لحكم صادر عن محكمة أوزاكا العليا في قضية جندي آخر من جنود الولايات المتحدة (كان متهماً بالتسبب بإصابة بليغة أثناء محاولة اغتصاب) أكدت المحكمة العليا اليابانية أن المحكمة الابتدائية ارتأت أنه من المناسب تفسير صيغة "أثناء أداء مهمة رسمية" الواردة في الفقرة ٣ (أ) "٢" من المادة السابعة عشرة من الاتفاق الإداري (وتنص هذه المادة من الاتفاق المبرم بين اليابان والولايات المتحدة على أولوية الولاية القضائية للولايات المتحدة في حالة ارتكاب جندي أمريكي جريمة نتيجة أعمال قام بها أثناء أداء مهامه الرسمية - المؤلف) على أنها تعني "في معرض أداء مهمة رسمية"، عوضاً عن "خلال ساعات الخدمة الرسمية"؛ وعند تطبيق ذلك على الحالة قيد النظر، نجد أن الفعل الذي ارتكبه المتهم، على الرغم من إدائه أثناء ساعات خدمته الرسمية، كان ذا طابع شخصي ولا علاقة له بخدمته الرسمية، ولذلك فهو لا يشكل جرمًا "ناشئاً عن أي فعل أو إهمال حصل أثناء أداء مهمة رسمية". انظر: قضية اليابان ضد دنيس تشيبي، *Japan v. Dennis Cheney, Supreme Court of Japan, 3 March 1955*، المرجع نفسه، p.137.

ولهذا المعيار أتباعه في الفقه القانوني. فيرى ي. سيمباي (Y. Simbeye)، على سبيل المثال، أن "على رؤساء الدول والحكومات، لكي يكون تصرفهم منسوباً لأجهزة الدولة أثناء أداء مهامهم الرسمية، أن يتصرفوا بما يتسق مع موقف دولتهم إزاء موضوع معين أو ضمن إطار الحدود المعينة التي تفرضها الدولة على ما يمكن اتخاذها من إجراءات. وعندها فقط يمكن أن تعتبر أفعالهم أفعالاً رسمية". سيمباي، الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحة ١٢٨.

الصفة، أي باعتبارها من الأعمال الرسمية، أن يكون من الواضح أنه قد تم أداءها بهذه الصفة أو "تحت قناع السلطة"^(٥٨). وبناء على ذلك، فإن تصنيف تصرف المسؤول كتصرف رسمي لا يرتبط ببواعث الشخص أو بجوهر التصرف. فالعامل الحاسم هو أن المسؤول يتصرف بهذه الصفة. ومن الضروري البت فيما إذا كانت أعمال المسؤول رسمية أو شخصية حسب ظروف كل حالة محددة^(٥٩).

٢٨ - ويتعلق أحد التساؤلات التي تثار في هذا الصدد بما إذا كان التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، وهو تمييز له أهميته في إطار مبدأ حصانة الدول، ينطبق على الحالات التي تنطوي على حصانة مسؤولي الدول. ومع الإشارة إلى تباين الآراء بشأن هذه المسألة في الفقه القانوني، تخلص الأمانة العامة في مذكرتها، إلى أنه "يبدو أن هناك أساساً منطقياً لاعتبار أن جهاز الدولة الذي يضطلع بأعمال إدارة تسند إلى الدولة يكون بالفعل متصرفاً بصفته الرسمية، ويتمتع بالتالي بالحصانة من حيث الموضوع في ما يتعلق بتلك الأعمال"^(٦٠). ويبدو من الصعب الاعتراض على ذلك. وحسب ما أشارت إليه اللجنة بالفعل، ولأغراض نسب التصرف إلى الدولة، "لا محل لتصنيف تصرف جهاز من أجهزة الدولة على أنه "تجاري" أو أعمال إدارية"^(٦١). وفي هذه الحالة، لا يتشابه نطاق حصانة الدولة ونطاق حصانة مسؤولها على الرغم من أن الحصانة في جوهرها واحدة^(٦٢). ويتمتع المسؤول الذي يضطلع بعمل ذي طابع تجاري بالحصانة أمام القضاء الأجنبي، إذا أسند هذا العمل إلى

(٥٨) انظر الحاشية السابقة. وكما تشير د. فان أليبيك: "يمكن القول عموماً بأن السلطة الظاهرة يجري قبولها على أنها سلطة فعلية". الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحة ١٦٤. وانظر أيضاً: A.Watts The legal position in international law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers, 247, RdC, 1994-III, .13, p.56-57

(٥٩) "وستعين بطبيعة الحال، عند تطبيق هذا الاختبار، تناول كل حالة على أساس وقائعها وظروفها". وانظر شرح مشروع المادة ٤. تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٦٤، الفقرة ١٣. وفي الوقت نفسه، يجب أن يؤخذ في الحسبان أنه لا يوجد كما في السابق إجماع فقهي في هذا الشأن. ومن المقبول عموماً إلى حد كبير أن جوهر التصرف على الأقل يجب أن يؤخذ في الحسبان لتحديد الطابع الرسمي لهذا التصرف وكذلك للبت في مسألة إسناده إلى الدولة. وفي هذا الصدد، انظر المناقشة المتعلقة بالأفعال التي تُجرّم بموجب القانون الدولي باعتبارها وقائع تنفي حصانة المسؤولين. انظر الفقرة ٥٧ (و) من هذا التقرير.

(٦٠) مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٦١.

(٦١) الفقرة ٦ من شرح المادة ٤ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً. الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٦٠.

(٦٢) من الطبيعي أن تستخدم محكمة العدل الدولية عبارة "في جوهرها" في الفقرة المقتبسة من الحكم الصادر في قضية جيوتي ضد فرنسا، والواردة في الفقرة ٢٣ من هذا التقرير. انظر أيضاً الحاشية ٥١ أعلاه.

الدولة، ولكن الدولة نفسها لا تتمتع بتلك الحصانة فيما يتعلق بذلك العمل (وفي حين أن المسؤول تطبق عليه الولاية المدنية والجنائية، فإن الدولة لا تطبق عليها إلا الولاية المدنية)^(٦٣).

٢٩ - وثمة مسألة أخرى تتمثل في ما إذا كان يمكن إسناد التصرف المتجاوز للسلطة والتصرف غير القانوني إلى الدولة، وأن تشملهما الحصانة بالتالي. ويجب التمييز بين مفهوم "عمل المسؤول بهذه الصفة"، أي "العمل الرسمي"، ومفهوم "العمل الذي يندرج ضمن المهام الرسمية". ويشتمل المفهوم الأول على المفهوم الثاني ولكنه أوسع منه نطاقاً. ومنذ فترة ترجع إلى عام ١٩٦١، وفي معرض شرح مشاريع المواد المتعلقة بحصانة المسؤولين القنصلين الذي جاء فيه أن "أعضاء السلك القنصلي ليسوا خاضعين للولاية القضائية... للدولة المستقبلية في ما يتعلق بالأعمال التي يقومون بممارسة لوظائفهم القنصلية"^(٦٤)، ذكرت اللجنة ما يلي: "يرى بعض أعضاء اللجنة أنه كان ينبغي أن تنص هذه المادة على أن الحصانة من الولاية القضائية لا تشمل إلا الأعمال الرسمية التي تندرج في نطاق المهام القنصلية. وقد تعذر على اللجنة قبول هذا الرأي"^(٦٥). فالأعمال الخارجة عن نطاق مهام المسؤول، إنما اضطلع بها بهذه الصفة، لا تصبح أعمالاً شخصية. فهذه الأعمال تظل أعمالاً رسمية تسند لذلك إلى الدولة، رغم أنها لا تدخل في نطاق مهام المسؤول، وتكتسب على سبيل المثال طابعاً متجاوزاً للسلطة. والمادة ٧ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول مكرّسة لذلك^(٦٦). وحسب ما تشير إليه اللجنة في شرحها للمادة ٥ من مشاريع المواد هذه، فإنه "لا ينبغي الخلط بين حالة تصرفات شخصية بحتة وحالة جهاز يؤدي عمله بهذه الصفة ويتصرف مع ذلك تصرفاً يتجاوز حدود سلطته أو تصرفاً ينتهك القواعد التي تحكم طريقة

(٦٣) تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا لا يعني، حسب المشار إليه في الجزء الأول من التقرير الأولي (الفقرة ٨٩)، أنه لا يمكن إسناد هذا العمل بصورة متزامنة إلى المسؤول.

(٦٤) انظر تقرير اللجنة المقدم إلى الجمعية العامة، 1961, vol. II, p. 117, Yearbook of the International Law Commission.

(٦٥) المرجع نفسه. وكذلك أشارت اللجنة هنا إلى "أنه كثيراً ما يكون من الصعب جداً في الواقع رسم خط فاصل دقيق بين ما لا يزال يعتبر فعلاً يؤديه المسؤول القنصلي ضمن نطاق المهام القنصلية وما يعد فعلاً خاصاً أو اتصالاً يتجاوز تلك المهام." ويشدد النص فقط على الحاجة إلى تقييم ملائمة كل حالة معينة.

(٦٦) "المادة ٧ - تجاوز حدود السلطة أو مخالفة التعليمات

يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف جهاز من أجهزتها أو شخص أو كيان مخول صلاحية ممارسة بعض اختصاصات السلطة الحكومية إذا كان الجهاز أو الشخص أو الكيان يتصرف بهذه الصفة، حتى ولو تجاوز حدود سلطته أو خالف التعليمات".

تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، المرجع نفسه، الصفحة ٧٠.

تشغيله. ففي هذه الحالة الأخيرة، يكون الجهاز قد تصرف مع ذلك باسم الدولة^(٦٧). وبالتالي، تمتد الحصانة الموضوعية من الولاية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بهذه الأفعال إلى المسؤولين الذين قاموا بها. وحسب ما أشار إليه ج. ب. بوتسيني، "سوف يكون استبعاد الأعمال المتجاوزة للسلطة بصفة عامة من نطاق الحصانة الموضوعية من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية أمراً إشكالياً، نظراً إلى أن ذلك قد يؤدي إلى انتفاء القصد الكلي لهذه الحصانة؛ ففي معظم الحالات، قد يتوجب النظر أيضاً إلى التصرف الرسمي الذي يترتب عليه حرم جنائي كتجاوز للسلطة"^(٦٨).

٣٠ - ومن الصعب أيضاً الموافقة على الرأي القائل بأن تصرف المسؤول خارج حدود ما يندرج في إطار مهام الدولة قد يعتبر من تصرفات الدولة ولكن، بما أنه يقع خارج إطار

(٦٧) المرجع نفسه، الصفحة ٦٤، الفقرة ١٣. وانظر أيضاً التعليق على المادة ٧، المرجع نفسه، الصفحتان ٧٢ و ٧٣، الفقرتان ٧ و ٨.

(٦٨) ج. بوتسيني، الحاشية ٢٣ أعلاه، الصفحة ٤٦٦. وفي الوقت نفسه، يجب أن يوضع في الاعتبار أن هناك ممارسة قضائية وطنية تقوم على النهج المناقض لإزاء الأفعال المتجاوزة للسلطة. ومن الأمثلة على ذلك الحكم الصادر عن المحكمة العليا للفلبين في قضية *United States of America, et al. v. Luis R. Reyes, et al.* (G.R. No. 79253, 1 March 1993). ففي تلك القضية، طُعن أمام القضاء في رفض التماس الولايات المتحدة بشأن رد دعوى مدنية ضد المدعى عليها (وهي مواطنة من مواطني الولايات المتحدة تعمل في شعبة فرعية للمجموعة المشتركة للمساعدات العسكرية التابعة للولايات المتحدة). وقد استندت الولايات المتحدة في الالتماس إلى أن لديها حصانة قضائية في ما يتعلق بهذه الدعوى، كما أن للمدعى عليها حصانة من الدعاوى المنصلة بأفعال أدها أثناء مباشرة المهام الرسمية. وفي الوقت نفسه، أصرت المدعية على أن الأفعال التي قامت بها المدعى عليها (تفتيشها جسدياً وتفتيش السيارة في حضور شهود خارجيين وعلى أساس تمييزي)، تجاوزت حدود مهامها الرسمية، وكانت أفعالاً متجاوزة للسلطة ويجب أن تعتبر أفعالاً ارتكبت بصفة شخصية. ودفعت الولايات المتحدة بأنه "... حتى لو كان فعل الأخيرة [المدعى عليها] متجاوزاً للسلطة، فإنه لا يزال لديها حصانة ضد المقاضاة لأن القاعدة التي تنص على أنه يمكن مقاضاة المسؤولين أو الموظفين العموميين بصفاتهم الشخصية لارتكاب أفعال متجاوزة للسلطة أو ضارة هي جزء من "القانون المحلي" ولا تنطبق في القانون الدولي. ويذهب البعض إلى أن تطبيق مبدأ الحصانة لا يتوقف على عدم قانونية الفعل أو الإهمال الذي يعزى إلى الرعايا الأجانب لأن مفهوم الحصانة في هذه الحالة سوف يجرّد من مضمونه لأنه سينبغي في البداية التحقيق في عدم قانونية الفعل أو الإهمال أو عدم مشروعيتها قبل النظر في مسألة الحصانة؛ وبعبارة أخرى، تقع الحصانة فقط في حال تبين أن هذا الفعل أو هذا الإهمال قانوني". إلا أن المحكمة لم تقتنع بحجج الولايات المتحدة ورفضت الاستئناف، وقالت إن "غطاء الحماية الذي يتمتع به موظفو الحكومة وعملاؤها يُترع لحظة مقاضاتهم بصفاتهم الفردية. وينشأ هذا الوضع عادة حين يتصرف المسؤول العمومي بدون إذن أو يتجاوز السلطات المنوطة به. فمن المبادئ القانونية المستقرة تماماً أن المسؤول العمومي يمكن أن يكون مسؤولاً بصفته الخاصة الشخصية عن أي ضرر قد يتسبب فيه بسبب العمل الذي ارتكبه بشكل كيدي وبسوء نية، أو خارج نطاق سلطته أو اختصاصه". (النص متاح على الموقع التالي: http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.htm).

مهام الدولة، فهو ليس مشمولاً بالحصانة^(٦٩) ويجد هذا الرأي تبريراً في الادعاء بأن القصد من حصانة الدولة ومسؤوليتها هو حماية المهام السيادية للدولة، وأن ما لا يندرج ضمن مهام الدولة لا يمكن أن يكون مشمولاً بالحصانة^(٧٠). إلا أن الحصانة لا تحمي المهمة السيادية بحد ذاتها - فذلك يكون مجرد فكرة مجردة لا تمت للواقع بصلة - بل إنهما، كما أشير أعلاه، تحمي السيادة نفسها وحاملة لوائها، أي الدولة، من التدخل الأجنبي^(٧١).

٣١ - وتشمل الحصانة الموضوعية أيضاً الأعمال التي يقوم بها المسؤول بتلك الصفة، وتكون غير قانونية. ويبدو أن المنطق السائد في هذه الحالة هو المنطق نفسه الذي ينطبق على أعمال المسؤول التي تتجاوز اختصاصه. فالأعمال غير القانونية التي يقوم بها المسؤول بتلك الصفة هي أعمال رسمية أي أعمال من أعمال الدولة. وحسب ما أشارت إليه محكمة الاستئناف في مقاطعة أونتاريو في الحكم الصادر عنها في قضية *Jaffe v. Miller and Others* حيث كانت أعمال مسؤولي الولايات المتحدة موضع مساءلة، "لا ينقل الطابع غير القانوني والكيدي للأفعال المزعومة بحد ذاته تلك الأعمال إلى خارج نطاق المهام الرسمية للمدعى عليهم"^(٧٢). وحسب ما كتبه أ. واتس بشأن مسألة حصانة رؤساء الدول السابقين، فإنه "من الواضح أن رئيس الدولة يمكن أن يرتكب جريمة بصفته الشخصية؛ ولكن يبدو من الواضح أيضاً أنه يمكن، أثناء أداء مهامه الرسمية بصفته رئيس الدولة، أن يقوم بتصرف قد ينطوي على الإضرار أو أي شكل آخر من الأعمال غير المشروعة. ويبدو أن المعيار الحاسم هو ما إذا كان التصرف المعني قد تم تحت قناع السلطة العامة لرئيس الدولة أو في إطار الممارسة الظاهرة لتلك السلطة. فلو كان كذلك، يجب أن يُعامل كتصرف رسمي،

(٦٩) انظر مذكرة الأمانة العامة، الحاشية ٤٥٦.

(٧٠) تقول ب. سترن، على سبيل المثال، ما يلي: "وضعت أشكال الحصانة وغيرها من مبادئ حماية الدولة ومثليها لحماية المهمة السيادية حصراً؛ ولا يستفيد منها كل ما لا يمت بصلة إلى هذه المهمة السيادية". انظر: Stern B., Vers une limitation de L' "irresponsabilité souveraine", in Marcelo G. Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum .Lucius Caflish, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden, p. 516

(٧١) ثمة أهمية للسؤال المتعلق بمن له القول الفصل في تحديد ما إذا كانت الأفعال يجري أدائها بصفة رسمية أو شخصية. فهل يكفي أن تقوم الدولة التي يخدمها أحد المسؤولين بإبلاغ الدولة التي تمارس الولاية القضائية بأن الأفعال قد تم أدائها بصفة رسمية؟ وهل من الضروري إثبات ذلك في المحكمة، وهل يكون للمحكمة في هذه الحالة القول الفصل؟ وهل من جواب شامل على هذه الأسئلة يصلح لجميع الحالات، أم أن الجواب يتوقف على الظروف الخاصة لكل حالة على حدة؟ سوف ينظر في هذه الأسئلة بمزيد من التفصيل في الجزء المتعلق بالمسائل الإجرائية للحصانة من التقرير الأولي.

(٧٢) Canada, Ontario Court of Appeal, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, at p.460

وبالتالي ليس كمسألة خاضعة للولاية القضائية لدول أخرى، سواء كان هذا العمل غير مشروع أو غير قانوني أم لا. بموجب قانون دولته^(٧٣). والقول بأن الحصانة لا تشمل هذه الأفعال مجرد مفهوم الحصانة نفسه من مضمونه. ولا تنشأ مسألة ممارسة الولاية القضائية الجنائية على الأشخاص، بمن فيهم المسؤول الأجنبي، إلا عند الشك في أن تصرفه غير قانوني، بل ويعاقب عليه جنائياً. وبناءً على ذلك، تكون الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية ضرورية في هذه الحالة تحديداً. وحسب ما أشير إليه في مذكرة الأمانة العامة، فإنه: ”إذا اعتبرت الأعمال غير القانونية أو الجرمية، من حيث المبدأ، ”غير رسمية“ لأغراض تحديد الحصانة من حيث الموضوع، فإن مبدأ ”الحصانة“ بحذ ذاته سيُجرّد من قسط كبير من مضمونه“^(٧٤).

(٧٣) A. Watts، الحاشية ٥٨ أعلاه، الصفحتان ٥٦ و ٥٧ (الحواشي محذوفة). وتنطبق أيضاً بالكامل آراء أ. واتس المذكورة أيضاً بالكامل على مسؤولي الدول الآخرين.

(٧٤) مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٦٠ (الحاشية ٤٥٧). انظر أيضاً موقف الولايات المتحدة في قضية *v. et al. United State of America. et al. Reyes. Luis R* (الحاشية ٦٨ أعلاه). إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن أغلبية المراقبين الذين ينادون بعدم حصانة المسؤولين في ما يتعلق بارتكاب أفعال غير قانونية يحصر هذه الأفعال بفئة الجرائم المنصوص عليها في إطار القانون الدولي، أي أخطر أشكال الأفعال غير القانونية. انظر، على سبيل المثال، ي. سيمباي، الحاشية ٥١ أعلاه: ”يمكن أن يرتكب مسؤولو الدول، ومن ضمنهم رؤساء الدول أو الحكومات، جرائم أثناء وجودهم في مناصبهم. إلا أن البعض قد يذهب إلى أن ارتكاب أفعال معينة ينبغي أن يحول دون تصنيف الشخص ضمن أجهزة الدولة لأغراض القانون الدولي. فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة دولية لا يمكن أن ينظر إليه بموجب القانون المحلي أو القانون الدولي على حد سواء على أنه يندرج ضمن أجهزة الدولة“ (الصفحة ١٢٧) (التأكيد مضاف) ويتابع سيمباي بقوله: ”عند النظر إلى القانون الجنائي الدولي، لا يمكن للدول بصفتها كيانات مجردة أن تأمر بارتكاب تصرف يعاقب عليه في إطار الولاية القضائية الجنائية أو أن توافق على ذلك، كذلك لا يمكنها هي نفسها أن ترتكب هذه الأفعال... وفي الحالة التي يحظر فيها القانون العرفي بعض الأفعال أو توجد معاهدة قد صدقت عليها الدولة المعنية، يستحيل إسناد المسؤولية“. المرجع نفسه، الصفحة ١٢٩. وترى ب. شتيرن أيضاً أنه ”لا ينبغي السماح للحصانات بحماية الدولة أو من يمثلها، سواء في الدعاوى الجنائية أو في الدعاوى المدنية، عند ارتكاب جريمة دولية، إذ ينبغي النظر إلى هذا الفعل على أنه يقع خارج مهام الدولة تماماً“، انظر: *Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?* In *ILSA Journ. of Int'l & Comp. Law*, 14 (2008), pp.448-449. إلا أنها تتابع كلامها فتقول على سبيل الإيضاح إنه ”عند النظر إلى الأفعال الرسمية المشمولة بالحصانة، لا بد من التسليم بأن الصفة الرسمية لا تنتفي عن الفعل تلقائياً لكون هذا الفعل غير قانوني: ولو صح ذلك، فلن يكون نظام الحصانة منطقياً، نظراً إلى أنه أنشئ تحديداً لحماية رئيس الدولة من المقاضاة“، انظر: *Immunities for Heads of state: Where Do We Stand?* in *Justice for Crimes Against Humanity*, ed. By M. Lattimer and Ph. Sands QC, Hart Publ. Portland, Oregon, 2006, p.99.

وعلى الرغم من ذلك، يبدو حتى في الحالات المشار إليها أن الأفعال التي ارتكبها الشخص بصفة رسمية ستسند إلى الدولة مع جميع النتائج المترتبة على ذلك. انظر في هذا الصدد ك. دومينيس (Ch. Dominice): ”صرح

٣٢ - وبما أن الحصانة الموضوعية تحمي المسؤول فقط في ما يتعلق بالأعمال التي يرتكبها بهذه الصفة [الرسمية]، فإن هذه الحصانة لا تشمل الأعمال التي يرتكبها ذلك الشخص قبل أن يشغل منصبه، بصفته الشخصية. فتلك الأعمال ليست من أعمال الدولة ولا تتخذ طابع هذه الأعمال حين يشغل ذلك الشخص وظيفته الحكومية.

٣٣ - وفي المقابل، يستفيد المسؤول السابق من الحصانة الموضوعية في ما يتعلق بالأعمال التي ارتكبها أثناء الفترة التي كان يتصرف فيها بهذه الصفة. ولا تكف هذه الأعمال عن كونها أعمال من أعمال الدولة لأن هذا المسؤول لم يعد يتمتع بهذه الصفة وبالتالي تظل مشمولة بالحصانة كما في السابق، وتكون هذه الحصانة، في جوهرها، حصانة الدولة^(٧٥).

٣٤ - ويترتب على هذا المنطق أن الحصانة الموضوعية قلما تتأثر بطبيعة إقامة المسؤول أو المسؤول السابق في الخارج، بما في ذلك على أراضي الدولة التي تمارس الولاية القضائية. وبغض النظر عما إذا كان هذا الشخص موجوداً في الخارج في زيارة رسمية أو مقيماً هناك بصفة شخصية، من الواضح أنه يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في ما يتعلق بالأعمال التي ارتكبها بصفته مسؤولاً^(٧٦).

بعض القضاة (في قضية بينوشيه - المؤلف) أنه ليس من مهام رئيس الدولة أن يأمر باقتراح أعمال تعذيب تتنافى جلياً مع القانون الدولي... ويعني ذلك أن القانون الدولي يصوّب الصلاحيات الدستورية المناطة برئيس الدولة. وعلى أساس أي معيار؟ أعلى أساس أن الفعل يتنافى أم لا مع القانون الدولي؟ ليس هذا التعليل مرضياً. فالصفة الرسمية تظل ملازمة للفعل وإن تنافى مع القانون الدولي. وفي إطار هذه الفرضية، تقع المسؤولية الدولية على عاتق الدولة، بدون المساس بالجهاز - الفرد، انظر: *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, RGDIP No.2, 1999, pp.304-305

(٧٥) انظر: كاسيسي أ. (Cassese A.): "لا تبطل [الحصانة] عند انتهاء موظف الدولة من أداء مهامه الرسمية (والسبب هو أن الفعل يسند قانونياً إلى الدولة، وبالتالي تتحمل الدولة وحدها أي مسؤولية قانونية تترتب عليه)"، انظر: *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some comments on* (O'Donnell K.) "حالما يترك الموظف [الدبلوماسي] منصبه، تبطل الحصانة الممنوحة بموجب الحصانة الشخصية، ولكنها تستمر بالنسبة للأفعال الرسمية. وتستند الحماية المحدودة التي تكفلها الحصانة الشخصية، أو الحصانة الوظيفية، فيما يتعلق بالأفعال الرسمية إلى الاعتقاد بأن أعمال "السفير" تسند إلى حكومته، عوضاً عن إسنادها إلى خياره الشخصي"، انظر: *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How impenetrable Should the Immunity Veil Remain?* 26 Boston Univ. Int'l Law Journ. (2008), pp. 384-385 (citing Michael A. Tunks, *Diplomats or Defendants? Defining the (Future of Head-of-State Immunity*, 52 Duke L.J. (2002), p.293

(٧٦) وفضلاً عن الحصانة الموضوعية، يمكن بالطبع للمسؤولين الذين يقومون بزيارات رسمية في الخارج أن يتمتعوا بالحصانة التي تستند إلى قواعد أخرى من قواعد القانون الدولي، كذلك القواعد التي تنظم، على سبيل المثال، مركز أفراد البعثات الخاصة أو الوفود في هيئات المنظمات الدولية. ومن البديهي في ما يتعلق بالمسؤولين السابقين، ألا تثار مسألة طبيعة زيارتهم إلى الدول الأجنبية نظراً إلى أن هذه الزيارات لا يمكن أن تكون رسمية. ولا يؤثر ذلك بدوره في الحصانة الموضوعية.

جيم - الحصانة الشخصية^(٧٧)

٣٥ - لا يتعلق هذا الفرع من التقرير سوى بنطاق هذه الحصانة ولا يبحث في مسألة فئة الأشخاص الذين لديهم حصانة شخصية. وينطلق المقرر الخاص من افتراض أن من يطلق عليهم مجموعة الثلاثة (رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الشؤون الخارجية)، فضلا عن بعض مسؤولي الدولة رفيعي المستوى الآخرين، يتمتعون بهذه الحصانة.

٣٦ - وكما لوحظ في التقرير الأولي، "تمتد الحصانة المرتبطة بالشخص لتشمل ما يضطلع به مسؤول الدولة من أعمال بصفته الرسمية والشخصية على حد سواء، قبل وأثناء شغله لوظيفته"^(٧٨). ويعلل وجود هذه الحصانة بأهمية الوظيفة المعنية للدولة، ولممارستها لسيادتها ولتمثيلها في العلاقات الدولية^(٧٩). ففي العالم المعاصر، تتماشى أهمية وظيفتي رئيس الحكومة ووزير الخارجية وربما بعض المسؤولين الآخرين، انطلاقا من هذا الرأي، تماشيا تاما مع أهمية رئيس الدولة. ولذلك، فقد يبدو، على الأقل في مرحلة العمل الحالية في هذا الموضوع، أنه لا معنى للنظر بشكل منفصل في نطاق الحصانة الشخصية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو وزير الخارجية أو غيرهم ممن قد تكون لديهم هذه الحصانة^(٨٠).

٣٧ - وكما ورد في مذكرة الأمانة العامة، فإن النطاق الجوهرية لهذه الحصانة محدد بشكل جيد في كل من الأحكام القضائية والأدبيات القانونية، التي كثيرا ما تعبر عن هذه الفكرة بوصف الحصانة من حيث الأشخاص بأنها "كاملة" أو "تامة" أو "واحدة" أو "مطلقة"^(٨١). فهذه الحصانة هي، من حيث النطاق، ذات الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية التي يتمتع بها رؤساء البعثات الدبلوماسية أو الموظفون الدبلوماسيون الآخرون من الولاية القضائية الجنائية للدولة المستقبلية بموجب اتفاقية العلاقات الدبلوماسية

(٧٧) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ٩٤-١٥٣.

(٧٨) التقرير الأولي، الفقرة ٧٩ ومذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٣٧.

(٧٩) التقرير الأولي، الفقرة ٩٣.

(٨٠) تشير الأمانة العامة في مذكرتها إلى كيفية وصف محكمة العدل الدولية لنطاق الحصانة الشخصية من حيث انطباقها على وزير الخارجية في قضية مذكرة الاعتقال، وتلاحظ (الفقرة ١٣٨) أن هذا الوصف "يمكن أن يستخدم، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال، في بيان وتفسير وضع رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أي مسؤول آخر يتمتع بنفس الحصانة".

(٨١) المرجع نفسه، الفقرة ١٣٧.

عام ١٩٦١^(٨٢) والقانون الدولي العربي، أو ممثلو الدولة الموفدة والموظفون الدبلوماسيون في البعثات الخاصة بموجب اتفاقية البعثات الخاصة لعام ١٩٦٩. ويمكن اعتبارها حصانة موضوعية مكملة أو اعتبار أنها تشمل ذلك النوع من الحصانة، وذلك لأنها تشمل، في حالة شغل الشخص لوظيفة رفيعة المستوى، بالإضافة إلى الأفعال التي يضطلع بها بصفته الرسمية، الأعمال التي يضطلع بها بصفته الشخصية أثناء شغله للمنصب وقبل توليه المنصب على حد سواء. ونظرا لأن الحصانة الشخصية ترتبط بوظيفة محددة رفيعة المستوى، فهي ذات طابع مؤقت وتنتهي بترك الوظيفة^(٨٣). ولذلك، يبدو أن الحصانة الشخصية لا تتأثر بكون الأعمال، التي تمارس الولاية القضائية بشأنها، تم أداؤها خارج حدود مهام المسؤول، ولا بطبيعة إقامته خارج بلده، بما في ذلك في أراضي الدولة التي تمارس الولاية القضائية^(٨٤).

دال - أعمال الدولة الممارسة للولاية القضائية التي تحول حصانة المسؤول دون القيام بها

٣٨ - لا يقصد بالولاية القضائية الجنائية في إطار هذا الموضوع مرحلة المحاكمة في العملية الجنائية فحسب، بل مجمل تدابير الإجراءات الجنائية التي تتخذها دولة ما ضد مسؤول

(٨٢) المرجع نفسه، الفقرة ١٣٩. وفي القضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة القانونية المتبادلة في الشؤون الجنائية، أشارت محكمة العدل الدولية إلى أن "قاعدة القانون الدولي العربي الواردة في المادة ٢٩ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، وإن تناولت المبعوثين الدبلوماسيين، فإنها تسري بالضرورة على رؤساء الدول". قضية جيوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٧٤.

(٨٣) انظر التقرير الأولي، الفقرات ٧٩-٨٣.

(٨٤) قدمت أيضا آراء أخرى بشأن هذه المسألة. ومن ذلك أن الرأي المستقل المشترك للقضاة الثلاثة في قضية مذكرة الاعتقال ينص على أن "مسألة ما إذا كان أيضا يحق له أم لا [أي لوزير الخارجية] أن يتمتع بالحصانات خلال السفر لأغراض خاصة ونطاق تلك الحصانات، إن وجدت، هي أقل وضوحا بكثير". غير أن المؤلفين يشترطون هنا ما يلي: "من المؤكد أنه لا يجوز أن تتخذ ضده تدابير من شأنها إعاقة الأداء الفعال لمهام وزير الخارجية". قضية مذكرة الاعتقال (الرأي المستقل المشترك)، الفقرة ٨٤. ويقدم أ. واتس الفروق بين الزيارات الرسمية والخاصة لرؤساء الدول إلى دولة أجنبية من منظور نطاق الحصانة. ويقول، ضمن جملة أمور، إنه يشك في تمتع رئيس الدولة بالحصانة أثناء قيامه بزيارة خاصة في الحالات الثلاث المستبعدة من حصانة الموظف الدبلوماسي بموجب المادة ٣١ (١) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية (الأعمال المتعلقة بالمتلكات الخاصة غير المنقولة، وفيما يتعلق بمسائل الخلافة، وبممارسة أنشطة خارج نطاق المهام الرسمية). ويلاحظ أيضا أنه بالرغم من "أنه (أي رئيس الدولة) لا يمكن مقاضاته في ما يتعلق... بالأعمال الرسمية التي يضطلع بها أثناء شغله لمنصبه، أو حتى بعد تركه منصبه، وأنه يجب أيضا أن يمنح الحصانة فيما يتعلق بهذه الأعمال عندما يسافر بصفته الخاصة"، فإنه "... إذا أنكرت الحصانة فيما يتعلق... بالأعمال الخاصة لرئيس الدولة عندما يكون في دولة أجنبية على أساس رسمي ما أو عندما يقاضى هناك رغم عدم وجوده هناك، فالأحرى أن تنكر الحصانة أيضا عندما يكون في زيارة خاصة". A. Watts، الحاشية ٥٨ أعلاه، الصفحة ٧٤.

أجنبي. وكما لوحظ في التقرير الأولي، فإن: ”الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية تحمي الفرد من الإجراءات الجنائية والأعمال الإجرائية الجنائية... التي تقوم بها المؤسسات القضائية ووكالات إنفاذ القانون في الدولة الأجنبية صاحبة الولاية القضائية. (قد يكون من الأصح الحديث ليس عن حصانة مسؤولي الدولة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية أو الإجراءات الجنائية بل عن حصانتهم من بعض تدابير الإجراءات الجنائية ومن الدعاوى الجنائية التي تقيمها الدولة الأجنبية. بيد أنه لا يمكن الإجابة على هذا السؤال ما لم يُنظر في مسألة المدى الذي تشمله الحصانة)“^(٨٥). وذلك ما يميز هذا الموضوع جوهرياً عن موضوع الحصانة من الولاية القضائية المدنية.

٣٩ - ويجب أن تضاف إلى مسألة ما إذا كانت الحصانة تحمي المسؤول من جميع التدابير التي يمكن أن تتخذ في سياق ممارسة الولاية القضائية الجنائية الأجنبية أو من بعضها فقط، مسألة ماهية التدابير التي يمكن أن تتخذ فيما يتعلق بالمسؤول غير المشتبه فيه، ولكن يرد ذكره في إحدى القضايا الجنائية بصفة أخرى، ولا سيما بصفة شاهد.

٤٠ - وبعد أن خلصت محكمة العدل الدولية في الحكم الذي أصدرته في قضية مذكرة الاعتقال، إلى أن ”مهام وزير الخارجية هي مهام تقتضي في حد ذاتها، وطيلة مدة تولي الوزير لهذا المنصب، تمتعه بكامل الحصانة من الولاية القضائية الجنائية وبكامل الحرمة حينما يكون خارج بلده“، ذكرت أن ”تلك الحصانة وتلك الحرمة تحميان الشخص المعني من أي عمل يصدر عن سلطات دولة أخرى قد يعوقه عن أداء مهامه“^(٨٦). واسترسلت قائلة: ”وبالتالي، إذا أُلقي القبض على وزير للخارجية في دولة أخرى بتهمة جنائية، فمن الواضح أن ذلك سيؤدي إلى منعه من أداء المهام المنوطة بمكتبه... وعلاوة على ذلك، فمجرد احتمال تعريض وزير الخارجية نفسه لدعاوى قانونية، بالسفر إلى دولة أخرى أو العبور منها، يمكن أن يمنعه من السفر دولياً عندما يقتضي الأمر سفره لأغراض الاضطلاع بمهامه“^(٨٧).

(٨٥) التقرير الأولي، الفقرة ٦٦. التشديد مضاف.

(٨٦) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٤.

(٨٧) المرجع نفسه، الفقرة ٥٥. وتطبيق هذا المعيار، خلصت المحكمة إلى أن مذكرة الاعتقال قد انتهكت حصانة وزير خارجية جمهورية الكونغو الديمقراطية. وتماشى الاستنتاجات التي خلصت إليها المحكمة في هذا الصدد في كثير من النواحي مع الحجج التي طرحها طرف جمهورية الكونغو الديمقراطية في القضية، رغم أن المحكمة فيما يبدو باستحداثها للمعيار المشار إليه، تضيق مجموعة التدابير التي يحول الأخذ بها دون منح الحصانة. وبالإضافة إلى ذلك، تشير جمهورية الكونغو الديمقراطية في مذكرتها إلى أن: ”الحرمة والحصانة أمران فنيان في الواقع، أي أنهما يمنحان تلقائياً بموجب القانون الدولي العام إلى الشخص الذي يستفيد منهما نتيجة لاضطلاحه بمهام رسمية، وكي يتسنى تنفيذ هذه المهام بشكل جيد من خلال حمايتها من أي تدخل أجنبي لا تأذن به الدولة التي يمثلها هذا الشخص“ (الفقرة ٤٧). وفيما يتعلق بمذكرة الاعتقال نفسها: ”فإن

وبالتالي، ففي ظروف هذه القضية (التي نذكركم بأنها تتعلق بمشروعية مذكرة اعتقال وزير خارجية دولة أخرى)، وضعت محكمة العدل الدولية بعض معايير للبت في مسألة جواز تنفيذ تدبير محدد من التدابير الإجرائية الجنائية ضد مسؤول أجنبي على النحو التالي: لا يجوز للدولة التي تمارس، أو تنوي أن تمارس، ولايتها القضائية الجنائية بحق المسؤول، أن تقوم بإجراءات جنائية من قبيل الأعمال التي تعيق الشخص عن ممارسة مهامه أو تمنعه من ذلك (وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة قررت هذا المعيار فيما يتعلق بوزير للخارجية ورد ذكره في هذه القضية).

٤١ - وقد أجري بعض التعديل على هذا المعيار في الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية. ففي هذا الحكم، أشارت المحكمة عند نظرها في مسألة ما إذا كانت دعوة رئيس دولة أو استدعاؤه للشهادة في قضية جنائية أمراً يشكل انتهاكاً للقاعدة المرعية بشأن حصانة رئيس الدولة، إلى الموقف المذكور آنفاً في الحكم الصادر في قضية مذكرة الاعتقال، وقضت بما يلي: "العامل الحاسم في تقييم ما إذا كان هناك تعد على حصانة رئيس الدولة من عدمه يكمن في إخضاع رئيس الدولة لعمل جبري من أعمال السلطة"^(٨٨). وبتطبيق هذا المعيار، خلصت المحكمة إلى أن "أمر الاستدعاء الذي وجهه قاضي التحقيق الفرنسي إلى رئيس جمهورية جيبوتي ... لم يكن مرتبطاً بتدابير جبرية ...، ولم يكن في الواقع سوى دعوة للإدلاء بالشهادة، ولرئيس الدولة حرية قبولها أو رفضها. وبناء على ذلك، فإن فرنسا لم تمس بالحصانات التي يتمتع بها رئيس الدولة من الولاية القضائية الجنائية، حيث لم يقع عليه أي التزام فيما يتصل بالتحقيق في قضية بوريل"^(٨٩). وبذلك، أوضحت المحكمة أن التدبير

بمجرد الخوف من إنفاذ مذكرة الاعتقال إنما يؤدي في الواقع إلى الحد من سفر الوزير المعني إلى الخارج، مما يلحق الضرر بالإدارة الحسنة للعلاقات الدولية لدولته التي يهدف مبدأ الحرمة والحصانة إلى حمايتها" (الفقرة ٥٢). قضية مذكرة الاعتقال، مذكرة جمهورية الكونغو الديمقراطية، ١٥ أيار/مايو ٢٠٠١.

(٨٨) قضية جيبوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٧٠.

(٨٩) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١. وقد اعتمدت فرنسا نفس الموقف تقريباً، حيث أعلنت أن "الحد من حرية العمل اللازمة لرئيس دولة أجنبية لأداء مهامه هو وحده الذي ينطوي على تجاهل لحصانته من الولاية القضائية الجنائية والحرمة التي يتمتع بها". (جيبوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٦٧). ويشير الطرف الفرنسي في المذكرة المضادة التي قدمها إلى أنه: "ليس لتوجيه طلب للشهادة، بصفة عامة، إلى ممثل الدولة الأجنبية... أي طابع ملزم ويفهم باعتباره مجرد دعوة لا يمكن أن تنتهك بالتالي حصانته من الولاية القضائية الجنائية والحرمة التي يتمتع بها رؤساء الدول الأجنبية - وهو ما توافق عليه فرنسا دون تحفظ" - جيبوتي ضد فرنسا، المذكرة المضادة المقدمة من الجمهورية الفرنسية، ١٣ تموز/يوليه ٢٠٠٧، الفقرة ٤-٤١. وأشارت جيبوتي، من جانبها، مع اعترافها باختلاف طبيعة الدعوة للإدلاء بالشهادة عن مذكرة الاعتقال (بالإشارة إلى قضية مذكرة الاعتقال)، إلى أن أمر الاستدعاء إلى المحكمة في حد ذاته يشكل بالفعل تعدياً على الحصانة ("بينما لا يعد أمر الاستدعاء للشهادة في حد ذاته عملاً جبرياً بالمقارنة مع مذكرة الاعتقال، فإنه ولا شك ينطوي على عنصر جبري بسبب الإخطار بالمثل الذي يُرسل إلى الشخص المُستدعى: فهذا

المتخذ بموجب الإجراءات الجنائية ضد مسؤول أجنبي ينتهك الحصانة التي يتمتع بها إذا كان يعيق ذلك الشخص عن أداء مهامه أو يحول دون ذلك من خلال فرض التزامات عليه^(٩٠).

٤٢ - وبتطبيق هذا المعيار، ضيّقت محكمة العدل الدولية نطاق أو مدى الحصانة مقارنة، على سبيل المثال، بالحكم الصادر عن المحكمة في جمهورية ألمانيا الاتحادية في قضية هونيكر في عام ١٩٨٤، الذي ينص على أن "قيام الشرطة أو المدعي العام بإجراء أي تحر أو تحقيق ... هو أمر غير مقبول"^(٩١). ومن الواضح أنه في الحالات التي يستخدم فيها المعيار الذي وضعتة محكمة العدل الدولية، لا تحول الحصانة إطلاقاً دون اتخاذ جميع تدابير الإجراءات الجنائية ضد المسؤول الأجنبي، فهي لا تمنع إلا اتخاذ التدابير التي تفرض التزاماً قانونياً على الشخص، أي أن التدابير يمكن أن تقتصرن بجزءات في حالة عدم الوفاء بها أو بتدابير جبرية أو أن تكون ذات طبيعة قسرية. فالشروع في إجراء تحقيق أولي أو إقامة دعوى جنائية، على سبيل المثال، ليس فيما يتعلق بالجريمة المدعى وقوعها فحسب، بل وأيضاً ضد الشخص المعني نفسه، لا يمكن أن يعدا انتهاكاً للحصانة، إذا لم يؤد ذلك إلى فرض أي التزام على هذا الشخص بموجب القانون الوطني الذي يجري تطبيقه^(٩٢).

الإخطار بالتالي يتساقى أيضاً مع الحصانة من الولاية القضائية". ومن ثم، فإن أمري الحضور للشهادة المذكورين آنفاً الموجهين إلى رئيس جمهورية جيبوتي، واللذين كانا يهدفان إلى إجباره على الإدلاء بشهادته في قضية "بوريل" ينتهكان حصانته على الرغم من أن الأمر لا يتعلق بعمل جبري من نفس طبيعة مذكرة الاعتقال". قضية جيبوتي ضد فرنسا، مذكرة جمهورية جيبوتي، ١٥ آذار/مارس ٢٠٠٧، الفقرة ١٣٥.

(٩٠) ناقش الأطراف موضوع أن الحصانة تحول دون اعتماد تدابير قسرية وإملائية، على وجه التحديد، ضد رئيس دولة، في القضية المعروضة على محكمة العدل الدولية، وهي القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا). انظر، على سبيل المثال القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا)، الطلب المقدم من الكونغو، ١١ نيسان/أبريل ٢٠٠٣، الصفحة ١٥؛ والبيان الذي أدلى به ممثل فرنسا، ر. أبراهام: "أيا كان الأمر، فإن الحصانات التي يتمتع بها رؤساء الدول الأجنبية تتعارض مع فرض تدابير قسرية ضدهم". ٢٨ نيسان/أبريل ٢٠٠٣، CR 2003/21، الصفحة ١٥.

(٩١) ري هونيكر، جمهورية ألمانيا الاتحادية، المحكمة الاتحادية العليا (الدائرة الجنائية الثانية)، الحكم المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٤، 80 I.L.R. 365، الصفحة ٣٦٦.

(٩٢) وفقاً لما يشير إليه إ. ديفيد فإنه "نظراً لأن مجرد الشروع في التحقيق لا يعيق أداء الوظائف، فإن هذا التحقيق يتوافق مع الحصانة من الولاية القضائية" مرجع سابق، الصفحة ١٢٣. وحسب ما ذكر في الرأي المستقل المشترك الصادر في قضية مذكرة الاعتقال، فإن "الشروع في إجراء تحقيق يمكن أن تصدر في وقت لاحق على أساسه مذكرة اعتقال لا يشكل في حد ذاته انتهاكاً لهذين المبدأين [المبدأن المتعلقان بجريمة أو حصانة الأشخاص المعنيين - المؤلف]. ولا يعني إقرار القانون الدولي للحصانات ألا تواصل الدول الاطلاع على المستجدات". قضية مذكرة الاعتقال، (الرأي المستقل المشترك)، الفقرة ٥٩، الصفحة ٨٠. والسؤال المطروح هنا هو ما إذا كانت الحصانة تمنع الأعمال التي لا تلزم الشخص الذي يتمتع بالحصانة مباشرة، وإنما تقيده بطريقة أو أخرى. فعلى سبيل المثال، هل من القانوني الاستيلاء على ممتلكاته

٤٣ - وبناء على هذا النهج إزاء الحصانة، فإن الدولة التي تتكون لديها أسباب للاعتقاد بأن مسؤولاً أجنبياً قد قام بفعل يعاقب عليه القانون جنائياً. بموجب تشريعاتها تستطيع على أقل تقدير أن تشرع مبدئياً في جمع الأدلة اللازمة لهذه القضية (جمع شهادات الشهود، والوثائق، والأدلة المادية، وما إلى ذلك) باستخدام تدابير غير ملزمة أو جبرية إزاء المسؤول الأجنبي^(٩٣). ومن الممكن، بعد هذه المرحلة، على وجه الخصوص، التوصل إلى درجة ما من اليقين بشأن ما إذا كان هذا الشخص متورطاً (وإذا كان الأمر كذلك، فيلبي أي مدى) في ارتكاب الجريمة المدعى ارتكابها، وما إذا كان ينبغي اعتبار أعمال الشخص أعمالاً رسمية، وما إلى ذلك. وإذا توافرت أسباب كافية لافتراض تورط المسؤول الأجنبي في الجريمة، فإن الدولة التي تمارس الولاية القضائية تحتفظ لنفسها، تبعاً للظروف، بخيار اتخاذ المزيد من التدابير التي لا تشكل انتهاكاً لحصانة الشخص المعني. فبوسعها، على سبيل المثال، أن تخطر الدولة الأجنبية المعنية بملاسات القضية وأن تقترح رفع الحصانة عن المسؤول؛ وبوسعها أن ترسل طلباً للمساعدة في هذه المسألة الجنائية؛ وبوسعها كذلك أن تسلم المواد التي جمعت في إطار

الشخصية، وخاصة الحسابات المصرفية، (التي تستخدم، على سبيل المثال، في عمليات غير قانونية) أو سيارته (على سبيل المثال، في قضية ارتكبت فيها الجريمة المدعى ارتكابها في هذه السيارة)؛ ويبدو أن هذه الأعمال قانونية.

ويمكن أيضاً الإشارة إلى تأييد المحكمة لهذا الرأي فيما يتعلق بقضية الكونغو ضد فرنسا، حيث إن المحكمة، بعد أن نظرت في مسألة اتخاذ تدابير مؤقتة، رفضت هذه التدابير مستنتجة أن الظروف لم تتطلب منع فرنسا من الاستمرار في التحقيق في ما يتعلق ببعض مسؤولي الكونغو، ومنهم رئيس الكونغو. واستخلص هذا الاستنتاج، على وجه الخصوص، على أساس أن الكونغو لم تقدم دليلاً على أن حصانة رئيس الدولة قد انتهكت نتيجة إجراء التحقيق (في ظروف لم تتخذ فيها فرنسا أي تدابير ذات طبيعة ملزمة أو تمنع الرئيس من أداء واجباته). وعلى الرغم من أن هذا القرار لا يستيق قرار المحكمة بشأن جوهر القضية، فإن له أهميته، ولو لمجرد أنه لا يستبعد إمكانية استمرار إجراءات التحقيق. انظر القضية المتعلقة ببعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (جمهورية الكونغو ضد فرنسا)، طلب الأخذ بتدبير مؤقت، الأمر المؤرخ ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠٣.

وانظر، مع ذلك، موقف أ. واتس: "في حال تعرض رئيس الحكومة أو وزير الخارجية إلى إجراءات قانونية في دولة ما أثناء زيارتها، فمن المرجح أن تختل قدرته على أداء مهامه اختلالاً خطيراً. بل إن الخطر المتمثل في احتمال التعرض لإقامة إجراءات قضائية ضده نتيجة لقيامه بزيارة دولة أخرى يمكن أن يصرفه عن القيام بالزيارة نهائياً، مما يلحق ضرراً بإدارته للشؤون الدولية لدولته". أ. واتس، الحاشية ٥٨ أعلاه، الصفحات ١٠٦-١٠٨.

(٩٣) يعلق ك. أودونل على النحو التالي على قرار صدر عن محكمة العدل الدولية بشأن مسألة التدابير المؤقتة في قضية الكونغو ضد فرنسا قائلاً: "رغم حرص محكمة العدل الدولية على الإقرار بجرمية رئيس الدولة من المحاكمة أثناء شغله لمنصبه، فإن المحكمة تتيح مزيداً من الفرص أمام ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان للنجاح في إقامة دعاوى ضد المسؤولين عندما تكون الأدلة لا تزال جديدة والشهود لا يزالون على قيد الحياة أو يمكن تحديدهم أماكنهم. وهكذا، عندما يترك المسؤول منصبه ويخلع ثوب الحصانة الذي لا يخرق، فإنه يمكن أن يخضع للمقاضاة، بناء على الادعاءات والأدلة المقدمة"، مرجع سابق، الصفحة ٣٩٦.

التحقيق الأولي أو القضية الجنائية المباشر بها إلى هذه الدولة مع اقتراح أن تقاضي هذا الشخص جنائيا. وإذا كانت القضية تتعلق بجريمة مدعى ارتكابها تقع ضمن اختصاص المحاكم الجنائية الدولية بأنواعها، فإن هذا النهج يتيح تسليم المواد التي جمعت إلى المنظمة المعنية التي تمارس الولاية القضائية الجنائية الدولية. وأخيرا، يمكن بعد أن تجمع الأدلة أن تحجم عن اتخاذ مزيد من الخطوات التي تمنع الحصانة اتخاذها بانتظار انتهاء سريان مفعول الحصانة، وعندئذ تشرع في محاكمة الشخص المعني جنائيا (حيثما كانت الأعمال المعنية أعمالا صادرة عن أشخاص يتمتعون بالحصانة الشخصية قاموا بها بصفتهم الخاصة قبل توليهم المنصب أو خلال فترة شغلهم له).

٤٤ - وكما يلاحظ ج. بوتسيني بحق فإن "المعيار الذي حددته المحكمة يبدو مقنعا"^(٩٤). ويبدو له مقنعا كذلك رأي المحكمة القائل بأن "مفهوم عمل السلطة الجبري، لا يشمل الأعمال الموجهة إلى مسؤولي الدولة المتهمين أنفسهم بالسلوك الإجرامي فحسب، بل يشمل أيضا أعمالا معينة - من قبيل أوامر استدعاء الشهود أو أوامر أخرى - يمكن أن يخطر بها في إطار الإجراءات القضائية أفراد غير متهمين (أو لم توجه لهم اتهامات بعد) بسلوك إجرامي"^(٩٥). ويبدو المعيار التي وضعته محكمة العدل الدولية مقنعا تماما بالفعل في قضية المسؤولين المتمتعين بالحصانة الشخصية الذين يشتهب فيهم أو يستدعون للشهادة في قضية جنائية. إلا أن المسألة تتطلب مزيدا من التوضيح فيما يتعلق بسريرتها على مسؤولين يتمتعون بالحصانة الموضوعية.

٤٥ - ويحظى المسؤول الذي يتمتع بالحصانة الموضوعية بالحماية من تدابير الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالأعمال التي يؤديها بصفته الرسمية. ولذلك فمن المنطقي أن نفترض أنه لا يمكن اتخاذ تدابير تقييدية ضده فقط فيما يتعلق بادعاء ارتكاب هذا الشخص لجريمة أثناء أدائه لهذه الأعمال.

٤٦ - والمسؤول السابق لم يعد، بطبيعة الحال، يؤدي أي وظائف رسمية. وفي هذا الصدد، لا يمكن أن يقال إن الحصانة الموضوعية التي لا يزال يتمتع بها تحميه من اتخاذ تدابير إجراءات جنائية تعيق/تمنع أدائه لمهامه في هذا الوقت. وكل ما يمكن قوله هو إن غياب هذه الحماية، بعد ترك الشخص لمنصبه، من شأنه أن يعيق المسؤول عن الأداء المستقل لمهامه أثناء شغله للمنصب. ومما له أهمية كبيرة هنا، توضيح محكمة العدل الدولية أن الحماية المعنية هي حماية من تدابير الإجراءات الجنائية التي تفرض التزامات على الشخص الذي يجري تنفيذها بحقه.

(٩٤) ج. بوتسيني، الحاشية ٢٣ أعلاه، الصفحة ٤٧٦.

(٩٥) المرجع نفسه.

وفيما يتعلق بالدول، من المهم الحفاظ على سيادتها ومساواتها مع الدول الأخرى ألا يكون بإمكان دولة أجنبية إخضاع مسؤوليها لتدابير الإجراءات الجنائية التي تفرض عليهم التزامات فيما يتصل بنشاطهم الرسمي، ليس فقط أثناء أدائهم لهذا النشاط ولكن بعد ذلك أيضا. ومن ثم، يحظى المسؤول السابق، مثلما هو الحال مع المسؤول الموجود في الخدمة الذي يتمتع بالحصانة الموضوعية، بالحماية الناجمة عن الحصانة من تدابير الإجراءات الجنائية التي تفرض التزامات فيما يتعلق بجرمة يدعى أن هذا الشخص قد ارتكبها أثناء أداء الأعمال الرسمية. وبطبيعة الحال، تتعلق المسألة هنا، على وجه التحديد، بالحصانة من الاستدعاء للشهادة. أما الدعوة للإدلاء بالشهادة، التي لا تفرض أي التزام قانوني على المسؤول المدعو والتي يمكن أن ترفض من دون أي عواقب قانونية ضارة، فهي خلافا لأمر الاستدعاء، لا تنتهك حصانته، وهي تدبير إجرائي مشروع^(٩٦).

٤٧ - وفيما يخص حصانة المسؤول الذي يتمتع بالحصانة الموضوعية من الاستدعاء للشهادة، فإنها مسألة تتطلب مزيداً من الشرح. فمن الواضح، من حيث المبدأ، أن المسؤول الذي يتمتع بالحصانة الموضوعية يمكن أن يُستدعى للشهادة إذا اقتضى الأمر الإدلاء بشهادة عن أعمال أشخاص آخرين أو أعمال المسؤول نفسه بصفته الشخصية (بالطبع، شريطة ألا يقيّد هذا الاستدعاء هذا الشخص في أداء نشاطه الرسمي). ولكن ماذا عن الإدلاء بشهادة عن الأعمال التي يؤديها المسؤول نفسه أثناء وجوده في الخدمة أو التي يؤديها مسؤول سابق، أو شخص آخر؟

٤٨ - وقد كان أحد الأسئلة في القضية المتعلقة بمسائل معينة تتصل بالمساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية (جيبوتي ضد فرنسا) يتعلق بحصانة المسؤولين الجيوتيين اللذين يتمتعان بالحصانة الموضوعية من الاستدعاء للشهادة^(٩٧). وأشارت جيبوتي إلى أن التأكد من أن المسؤولين الجيوتيين كانوا يعملان بصفة رسمية، ويتمتعان، بالتالي، بالحصانة من الاستدعاء للشهادة عن الأعمال بحد ذاتها، إنما يقتضي التحقق، على نحو ملموس، من الصفة التي جرت بها تأدية هذه الأعمال^(٩٨)، أي هل كانت شخصية أم رسمية. وذكرت محكمة العدل الدولية، في ردها على هذه النقطة، أنه "لم يتأكد لديها على نحو ملموس" أن الأعمال موضوع أوامر الاستدعاء بصفة "شهود مؤازرين" التي أصدرتها فرنسا كانت في الواقع تندرج

(٩٦) انظر الفقرة ٤١ والحاشية ٩٠ أعلاه.

(٩٧) لن يجري هنا تناول مسألة خصوصية التشريعات الفرنسية في هذا الشأن، فهي قد خضعت لتحليل مفصل في هذه القضية من جانب الطرفين والحكمة على حد سواء.

(٩٨) قضية جيبوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرة ١٩٠.

في نطاق واجباتهما بصفتهما ممثلين لأجهزة الدولة“^(٩٩). وقد أصبح هذا أحد المبررات التي ارتكزت عليها المحكمة في عدم الاعتراف بحصانة المدعي العام لجمهورية جيبوتي ورئيس جهاز الأمن الوطني في جيبوتي من الاستدعاء للشهادة أمام المحاكم الفرنسية. وعليه، وتبعاً لمنطق المحكمة في هذه القضية، يمكن القول بأن المسؤول الذي يتمتع بالحصانة الموضوعية لديه حصانة من الاستدعاء للشهادة في قضية يجري فيها استدعاء الشخص للإدلاء بشهادة عن أعمال قد أداها في نطاق واجباته كمثل لجهاز من أجهزة الدولة.

٤٩ - وهذا المعيار مفهوم وكاف في ظروف القضية التي نظرت فيها محكمة العدل الدولية. ولكن هل يكون كافياً لو كانت المسألة تتعلق باستدعاء مسؤول يتمتع بالحصانة الموضوعية للشهادة أمام محكمة أجنبية، ليس عن أعمال تدخل في نطاق واجباته وإنما بخصوص أعمال تتجاوز حدود سلطته أو بخصوص أعمال أشخاص آخرين؟

٥٠ - ويبدو أن المنطق المنطبق على استدعاء مسؤول كهذا للإدلاء بشهادته عن أعماله التي تتجاوز حدود سلطته قد يكون هو نفسه المنطبق على حصانته فيما يخص هذه الأعمال. وعليه، يمكن افتراض أن الحصانة يجب أن توفر الحماية من الاستدعاء للشهادة في مثل هذه الحالة.

٥١ - وعلاوة على ذلك، ومتى تعلق الأمر بالإدلاء بشهادة عن أعمال أشخاص آخرين أو أحداث أو وقائع كان المسؤول على علم بما نتجته لأداء مهامه الرسمية، فإن الحصانة الموضوعية تحمي المسؤول من قيام دولة أجنبية بفرض أي التزامات عليه في هذا الصدد^(١٠٠).

(٩٩) المرجع ذاته، الفقرة ١٩١.

(١٠٠) كتب ج. بوتسيني: ”يمكن القول بأن ثمة معياراً أنسب (من ذاك الذي استخدمته محكمة العدل الدولية في قضية جيبوتي ضد فرنسا)، هو ما إذا كانت الشهادة المطلوبة يمكن أن تتضمن معلومات أو أدلة عن وقائع علم بها مسؤول الدولة في إطار تأدية مهامه بوصفه يمثل هيئة من هيئات الدولة“^(ج. بوتسيني، الحاشية ٢٣ أعلاه، الصفحة ٤٦٨). وفي حكم مدني مشار إليه في مذكرة الأمانة العامة، رفضت محكمة الاستئناف الاتحادية الألمانية، في عام ١٩٨٨، استدعاء وزير الدفاع الهندي للشهادة في قضية أعمال القوات الهندية ضد التاميل في سري لانكا، وخلصت إلى أن حصانة الدولة تحمي الدولة ومسؤوليها من الاستدعاء للشهادة بشأن مسائل تتعلق بأعمالها السيادية، التي تشمل أعمال قواتها المسلحة. انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢٣٨، الحاشية ٦٨٤. وكان موقف دائرة الاستئناف التابعة للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية المدعي العام ضد بلاسكيتش مشابهاً، إذ قررت أنه من غير المقبول توجيه أمر استدعاء إلى وزير دفاع كرواتيا للمثول أمام المحكمة وتقديم وثائق رسمية (أمر تقديم المستندات)، قضية المدعي العام ضد بلاسكيتش، رقم IT-95-14، دائرة الاستئناف، الحكم الصادر بشأن طلب جمهورية كرواتيا مراجعة قرار الدائرة الابتدائية المؤرخ ١٨ تموز/يوليه ١٩٩٧ (إصدار أمر تقديم المستندات)، ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٧ (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). وحسب المشار إليه في مذكرة الأمانة العامة، فإنه ”رغم أن القضية تتعلق بالحصانة أمام محكمة دولية لا محكمة جنائية وطنية، فإن دائرة الاستئناف أشارت إلى أن عمليات ممارسة السلطة القضائية للمحكمة تتبع قواعد مماثلة لما تتبعه المحاكم الوطنية“. انظر الفقرة ٢٣٧، الحاشية ٦٨٣. وفي قضية المدعي العام ضد راديسلاف كرسيتش، أصدرت دائرة الاستئناف نفسها التابعة للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة حكماً في اتجاه

هاء - النطاق الإقليمي للحصانة^(١٠١)

٥٢ - ذكرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في قضية مذكرة الاعتقال، أن وزير الخارجية يتمتع بالحصانة من الولاية الجنائية الأجنبية عندما يكون موجوداً خارج^(١٠٢) بلده. وينص الحكم نفسه على أنه "من الراسخ في القانون الدولي أن ... بعض شاغلي المناصب الرفيعة المستوى في الدولة، كرئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية يتمتعون، في الدول الأخرى، بالحصانة من الولاية القضائية، سواء كانت مدنية أو جنائية"^(١٠٣).

مختلف، يشير إلى أن الحصانة الوظيفية للمسؤول، التي ارتكزت عليها دائرة الاستئناف في قضية بلاسكيتش بشأن المسألة المذكورة أعلاه، لا تشمل الحصانة "من إجبار المسؤول على الإدلاء بالشهادة عما رآه أو سمعه في معرض ممارسة مهامه الرسمية"، وأنه "لا توجد حصانة كهذه". المدعي العام ضد راديسلاف كرسيتش، القضية رقم IT-98-33-A، قرار دائرة الاستئناف بشأن طلب الاستدعاء، ١ تموز/يوليه ٢٠٠٣، الفقرة ٢٧. وقد أوضح قرار الدائرة أنه "بخلاف تقديم الوثائق الحكومية المطلوبة، لا تستطيع الدولة نفسها أن توفر الأدلة التي لا يمكن إلا للشاهد وحده أن يوفرها". المرجع نفسه، الفقرة ٢٤. ولا يبدو أن المنطق وراء هذا القرار مفهوم بالكامل. بل يبدو الرأي المخالف الصادر عن القاضي شهاب الدين أكثر إقناعاً. فقد أشار إلى أن حصانة المسؤول من أمر الاستدعاء لا تقتصر على حالات طلب تقديم وثائق رسمية، وإنما تغطي جميع المعلومات التي حصل عليها المسؤول أثناء تأديته لمهامه الرسمية. "... ولا يجوز تضيق تعريف المعلومات بحيث يقتصر على المواد التي جمعت في مكان مركزي معين يقع تحت سلطة الدولة، كمحفوظاتها مثلاً. فالدولة تتصرف عن طريق مسؤوليها؛ ولديها معلومات يحتفظون بها، وتشمل مجال أنشطتها بأكملها، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، ومنها معلومات تتعلق بمسائل شاهدها أو سمعها". وبالإشارة إلى قضية بلاسكيتش، ذكر أن "الحك في القضية يكمن في معرفة ما إذا كان الشاهد المقترح قد حصل على المواد بصفتها أحد مسؤولي الدولة". قضية المدعي العام ضد راديسلاف كرسيتش، رقم القضية IT-98-33-A، قرار بشأن طلبات الاستدعاء، رأي مخالف صادر عن القاضي شهاب الدين، ١ تموز/يوليه ٢٠٠٣، الفقرتان ١٥ و ١٦. وحسب ما كتبه ج. بوتسيني، "ما زال من الصعب فهم السبب في معاملة استدعاء مسؤول الدولة للإدلاء بالشهادة بشأن وقائع علم بها أثناء أدائه لمهامه، على نحو يختلف من حيث الحصانة الموضوعية عن معاملة استدعائه للشهادة لتقديم مستندات رسمية". ج. بوتسيني، المرجع السابق، الصفحة ٤٦٨، الحاشية ٧٩. لكن في قضية المدعي العام ضد باغوسورا وآخرين، على سبيل المثال، ذكرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، بالإشارة إلى القرار المشار إليه أعلاه في نطاق قضية كرسيتش، دون أي تعليق إضافي في قرارها عن مسألة الاستدعاء للإدلاء بالشهادة، أن "المسؤولين الحكوميين لا يتمتعون بالحصانة من الاستدعاء للشهادة، حتى وإن كانوا قد حصلوا على موضوع شهادتهم في معرض أداء المهام الحكومية". قضية المدعي العام ضد باغوسورا وآخرين، القضية رقم ICTR-98-41-T، الدائرة الابتدائية الأولى، قرار بشأن طلب استدعاء الرائد جاك بيو للشهادة، ١٤ تموز/يوليه ٢٠٠٦.

(١٠١) انظر الفقرة ١٥٣ من مذكرة الأمانة العامة.

(١٠٢) تكفل وظيفة وزير الخارجية، طوال فترة بقائه في الخدمة، تمتعه بالحصانة الكاملة من الولاية الجنائية وبالحرمة الشخصية في الخارج (التشديد مضاف - المؤلف)، قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٤.

(١٠٣) المرجع نفسه، الفقرة ٥١. التشديد مضاف. وقد استخدمت هذه المادة أيضاً في قرار المحكمة في القضية المتعلقة بمسائل معينة تتصل بالمساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية، جيوتي ضد فرنسا، الفقرة ١٧٠ من القرار. ولا تذكر المحكمة شيئاً عن ولاية الدول الأخرى، وإنما تشير إلى الولاية "في" الدول الأخرى.

وتناول الأطراف في هاتين القضيتين، قضية مذكرة الاعتقال^(١٠٤) والقضية المتعلقة بمسائل معينة تتصل بالمساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية^(١٠٥)، حالة مسؤولي الدولة الذين يتمتعون بالحصانة عند إجرائهم زيارات إلى الخارج. وهذا الموقف مفهوم في ظروف القضيتين. ولكن، إلى أي مدى يصحّ مبدئياً الجزم بأن الحصانة تكون قائمة فقط في حال وجود المسؤول في الخارج؟

٥٣ - ولا ريب أنه في الحالات التي يمثّل فيها مسؤولون معيّنون دولة ما في مجال العلاقات الدولية، يجب ألا تكون دولة أجنبية أخرى قادرة على إعاقة ممارسة هذه المهمة تحديداً. ولذا، تكتسي الحصانة أهمية خاصة حين يكون المسؤول في الخارج. وعلاوة على ذلك، يكون المسؤول خارج دولته، تحديداً، في أضعف وضع له، وغير مشمول بالحماية من تدابير الإجراءات الجنائية للدولة الأجنبية. لكن يبدو أن الحصانة من ولاية الدولة الأجنبية تسري أيضاً عند وجود المسؤول على أراضي الدولة التي يخدمها أو التي سبق أن خدمها. ويُستنتج مما تقدم أن الحصانة هي عبارة عن حماية إجرائية من تدابير الإجراءات الجنائية الأجنبية التي تفرض على مسؤول الدولة التزاماً معيناً، وهي تركز على سيادة الدولة. وبهذا المعنى، لا يكون السبب في دخول هذه الحماية حيز النفاذ فقط عندما يكون الشخص موجوداً في الخارج واضحاً تماماً من الوجهة القانونية. فالحصانة، كقاعدة قانونية، تشمل التزامات تفرض على الدولة التي تمارس الولاية عدم اتخاذ (وإن أمكن أيضاً منع) تدابير الإجراءات الجنائية التي قد تعوق المسؤول عن ممارسة نشاطه الرسمي أو تمنعه من ذلك، بأن تفرض عليه التزامات ما. وليس من الواضح تماماً السبب في أن يكون هذا الالتزام نافذاً أو أن يُعتبر أنه قد تعرض للانتهاك فقط عند وجود المسؤول خارج أراضي دولته. وعلاوة على ذلك، فإن المسؤولين غير المكلفين بتمثيل الدولة في مجال العلاقات الدولية، والمسؤولين الذين يشغلون وظائف تعادل هذا التمثيل، يتمتعون بالحصانة أيضاً. أفلا يتمتع مثلاً المدعي العام أو القاضي أو أي مسؤول آخر يمارس مهاماً "محلية" فحسب بنفس الحصانة الموضوعية من أوامر الاعتقال الصادرة عن دولة أجنبية أو من أوامر الاستدعاء التي تفرض التزاماً بالمشول للشهادة في قضية جنائية، تماماً كما يتمتع بها لو كان موجوداً في الخارج؟ فتدابير الإجراءات الجنائية التي تفرض التزاماً على مسؤول أجنبي يمكن فيما يبدو أن تشكل انتهاكاً للحصانة التي يتمتع بها، وبالتالي لسيادة دولته، بغض النظر عما إذا كان هذا الشخص في الخارج أو على أراضي دولته. ويحصل انتهاك الالتزام بعدم اتخاذ تدابير كهذه ضد مسؤول أجنبي منذ اللحظة التي

(١٠٤) انظر، مثلاً، مذكرة جمهورية الكونغو الديمقراطية (قضية مذكرة الاعتقال، مذكرة مقدّمة من حكومة جمهورية الكونغو الديمقراطية).

(١٠٥) انظر، مثلاً، الفقرة ١٦٤ من الحكم، والفقرتين ٤-٢١ و ٤-٣٤ أيضاً من المذكرة المضادة المقدمة من الجمهورية الفرنسية (جيبوتي ضد فرنسا، المذكرة المضادة المقدمة من الجمهورية الفرنسية).

يُتخذ فيها التدبير، وليس عندما يكون الشخص الذي أُتخذ التدبير بحقه في الخارج فقط. ومن ثمّ، فإنه من المشروع أيضاً طرح مسألة إلغاء هذا التدبير وليس تعليقه للفترة التي يكون المسؤول خلالها في الخارج (فتعليق هذا التدبير يكون أكثر منطقية إذا كان التدبير يمثل انتهاكاً لحصانة المسؤول خلال فترة وجوده في الخارج فقط)^(١٠٦).

واو - هل توجد استثناءات لقاعدة الحصانة؟^(١٠٧)

١ - الاعتبارات الأولية

٥٤ - نشير إلى الملاحظات الواردة أدناه بوصفها اعتبارات أولية. وأول هذه الاعتبارات أننا نتناول هنا حالات الاستثناء من الحصانة، المستقرة في القانون الدولي العرفي. فمما لا شك فيه أنه يمكن إقرار حالات للخروج عن الحصانة أو الاستثناء منها عن طريق إبرام معاهدة دولية. فالحصانة، مثلما ورد في بداية هذا الجزء من التقرير، إنما هي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي العام. ويجب بالتالي أن يتم على أساس الممارسة واعتقاد الدول بالإلزام إثبات فرضية وجود استثناءات من الحصانة في القانون الدولي العرفي، أي وجود قاعدة قانونية دولية عرفية مقابلة بهذا المعنى أو حتى اتجاه نحو نشوء هذه القاعدة (أو القواعد). ثانياً، يفترض المقرر الخاص أن حالات الاستثناء من قاعدة الحصانة لا تطابق الظروف العادية التي لا تتوافر فيها الحصانة. فعلى سبيل المثال، بالنسبة لجميع المسؤولين الذين لا يتمتعون بالحصانة الشخصية (أي الأغلبية الساحقة من المسؤولين الموجودين في الخدمة وجميع المسؤولين السابقين)، يكون انعدام الحصانة من الولاية الجنائية الأجنبية عن الجرائم التي يرتكبوها أثناء أدائهم لبعض الأعمال بصفة شخصية أمراً طبيعياً وليس استثناء للقاعدة. وعليه، إذا كان من المعروف (أو قد ثبت) أن مسؤولاً سابقاً كان يعمل بصفته الشخصية عند ارتكاب أعمال إجرامية، يصبح انعدام الحصانة غني عن التفسير ولا يتطلب إثباتاً. أما الاستثناء من الحصانة، في نطاق موضوعنا، فيشير إلى الحالة التي تحق فيها الحصانة للمسؤول، كقاعدة عامة، وإن كانت لظروف معينة قد نزع عنه. فعلى سبيل المثال، يتمتع المسؤولون، كقاعدة عامة، بالحصانة عن الجرائم التي يرتكبوها أثناء ممارسة أعمالهم الرسمية. لكن ثمة رأياً يقول إنه إذا كانت الجرائم بالغة الخطورة

(١٠٦) خلال مناقشة هذا الموضوع في الدورة الستين للجنة القانون الدولي، تطرق السيد ج. غاجا إلى مسألة حصانة المسؤول من ولاية الدول الثالثة، معرباً عن أمله في أن يُنظر فيها في التقرير المقبل (A/CN.4/SR.2983، الصفحتان ١٦ و ١٧). والمقرر الخاص ليس متأكداً بعد من الحاجة إلى النظر في هذه المسألة لأنه لا يرى، على الأقل حتى الآن، أسباباً لافتراض أن الحصانة (نطاق الحصانة) يعتمد على ما إذا كان المسؤول الأجنبي على أراضي دولته أو على أراضي دولة ثالثة. وينبغي مواصلة النظر في مسألة ما إذا كانت الحصانة تعتمد على مكان وجود الشخص (أو ادعاء ارتكابه للأعمال الإجرامية) على أراضي الدولة التي تمارس الولاية الجنائية. وسيُنظر في هذه المسألة في المستقبل.

(١٠٧) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ١٤١ إلى ١٥٣، و ١٨٠ إلى ٢١٢.

وينص عليها القانون الدولي، تصبح الحصانة من الولاية الأجنبية لاغية. وتُعتبر هذه الحالة، في هذا التقرير، بمثابة استثناء من الحصانة.

٥٥ - وتُطرح مسألة الاستثناءات من قاعدة الحصانة، بوجه خاص، فيما يتعلق بالمسؤولين الموجودين في الخدمة والمسؤولين السابقين الذين يتمتعون بالحصانة الموضوعية. ففيما يتعلق، على الأقل، بكبار المسؤولين الموجودين في الخدمة - كرؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية - فإن الرأي السائد هو أن الحصانة الشخصية التي يتمتعون بها من الولاية الجنائية الأجنبية لا تخضع لاستثناءات. ونظراً لغياب الاستثناءات، أيدت محكمة العدل الدولية ما يُسمّى بالحصانة الشخصية المطلقة في قضية مذكرة الاعتقال والقضية المتعلقة ببعض مسائل المساعدة المتبادلة في الشؤون الجنائية^(١٠٨)، كما لاقت هذه الحصانة تأييداً في الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية^(١٠٩)، وفي قرارات معهد القانون الدولي^(١١٠). وهذه هي أيضاً

(١٠٨) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرات ٥١ و ٥٤ و ٥٦ و ٥٨؛ جيوتي ضد فرنسا، الحكم، الفقرتان ١٧٠ و ١٧٤.

(١٠٩) القذافي، نشرة قرارات محكمة النقض [الفرنسية] لعام ٢٠٠١، الصفحة ٢١٨؛ وآريل شارون، الحكمة العليا البلجيكية، الحكم الصادر في ١٢ شباط/فبراير ٢٠٠٣ (انظر الموقع الشبكي: <http://www.indictsharon.net>)؛ وواي بي ضد جيانغ زيمين، *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 7th Cir. (Sept. 8, 2004)؛ وتاشيونا ضد الولايات المتحدة (قضية موغابي)، *Tachiona v. United States* (Mugabe), 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. Oct. 6, 2004)؛ ويوهانز آدم (W.v. Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein), Supreme Court of Austria, Judgement of (14.02.2001)؛ وجوز ضد وزارة الداخلية، المملكة العربية السعودية، الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة في ٢٨ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤ - *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudyia* (The Kingdom of Saudi Arabia), United Kingdom Court of Appeal Judgment (28.10.2004, EWCA CIV 1394)؛ وجوز ضد وزارة الداخلية - المملكة العربية السعودية، الحكم الصادر عن مجلس اللوردات في ١٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٦ [٢٠٠٦] - *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudyia*, The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords Judgment 14.06.2006, [2006], UKHL26؛ وتاتشل ضد موغابي، الحكم الصادر عن المحكمة المحلية للمملكة المتحدة في ١٤ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٤، *Tatchell v. Mugabe*, United Kingdom District Court Judgment of 14.01.2004)؛ وطلب إصدار مذكرة اعتقال ضد الجنرال شاؤول موفاز، الحكم الصادر عن المحكمة المحلية للمملكة المتحدة في ١٢ شباط/فبراير ٢٠٠٤ (Application for Arrest Warrant against general Shaul Mafaz, United Kingdom District Court Judgment of 12.02.2004). Current developments, ICLQ, vol.53, p.769-774؛ الفصلية: *Judgment of 12.02.2004*. كما توقفت إجراءات مساءلة فيدل كاسترو عن جرائم مرتكبة في إسبانيا وبلجيكا نظراً إلى تأكيد حصانته (انظر: http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel_castro_425.html).

(١١٠) "في المسائل الجنائية، يتمتع رئيس الدولة بحصانة من الولاية القضائية أمام محاكم الدول الأجنبية عن أي جريمة قد يكون قد ارتكبتها، بغض النظر عن حساسيتها" (تتعلق هذه القضية برئيس الدولة الموجود في الخدمة - المؤلف). المادة ٢ من قرار المعهد، ٢٠٠١، الحاشية ٤٠ أعلاه. "ولا تنطبق بشأن الجرائم الدولية أي حصانة من الولاية القضائية إلا الحصانة الشخصية، وفقاً للقانون الدولي" (تتعلق هذه القضية بحصانة الأشخاص الذين يعملون باسم الدولة - المؤلف). الفقرة ١ من المادة الثالثة من قرار المعهد، ٢٠٠٩، الحاشية ٢٢ أعلاه.

وجهة النظر السائدة في الفقه القانوني^(١١١). وهكذا، يلاحظ السيد فرولي أن ”ممارسات الدول تبين باستمرار أنه لا يمكن الانتقاص من القواعد المتعلقة بالحصانات الشخصية على الصعيد الوطني“^(١١٢). لكن ثمة رأياً يقول إنه يجب أن توجد استثناءات للقاعدة المتعلقة بالحصانة الشخصية^(١١٣). ويؤيد هذا الرأي عدد من المؤلفين^(١١٤). وانطلاقاً من هذا الموقف، دافعت بلجيكا، على سبيل المثال، عن قضيتها أمام محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة الاعتقال^(١١٥). ولاقى هذا الموقف تأييداً لدى القضاة الذين لم يتفقوا مع قرار المحكمة الذي اعتمده أغلبية كبيرة من القضاة^(١١٦) وتجلى إلى حد ما في الرأي المستقل المشترك للقضاة

(١١١) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٣٧، الحاشية ٣٧٥. Hamida A. G. (”وحتى في حالة مسؤول الدولة الذي يرتكب جريمة دولية أثناء فترة ولايته، يظل في إمكان ذلك المسؤول أن يتمتع بالحصانة الشخصية (أو حصانة المركز) ... ويتمتع بالحرمة الشخصية والحصانة من الملاحقة القضائية ما دام في منصبه“). A.G.Hamida, K. M.Sein, H A.Kadouf. «Immunity Versus International Crimes: the Impact of Pinochet and Arrest Warrant Cases”, Indian Journal of International Law, 2006, Vol.46, No.4, p.511. K.Parlett: ”لا جدل في أن الحصانة تنطبق على مسألة التعذيب في إطار الدعاوى المرفوعة ضد الأشخاص المتمتعين بالحصانة الشخصية“، ”Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception“, European Human Rights Review, 2006, No.1, p.60

(١١٢) M.Frulli, Immunities of persons from jurisdiction. In: The Oxford companion to international criminal justice, Editor-in-chief A. Cassese, 2009, p.369

(١١٣) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٥١؛ المبدأ ٥ من مبادئ برينستون المتعلقة بالولاية القضائية العالمية؛ (”... ولا يُعفى المنصب الرسمي لأي متهم، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو مسؤولاً حكومياً، هذا الشخص من المسؤولية الجنائية، ولا يخفف من العقوبة“)، ويشرح واضع المبدأ ما يلي: ”من شأن الحصانة الموضوعية من الملاحقة القضائية إعفاء رؤساء الدول، والدبلوماسيين، والمسؤولين الآخرين من المسؤولية الجنائية عن ارتكاب جرائم خطيرة بموجب القانون الدولي عندما تُرتكب هذه الجرائم بصفة رسمية. ويرفض المبدأ ٥ هذه الحصانة الموضوعية...“ انظر: Commentary on the Princeton Principles, prepared by S.W. Becker, in Princeton Principles on Universal Jurisdiction, p. 48 (available at: http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). لكنه يشار كذلك إلى أن هذا المبدأ لا يخلف أثراً على الحصانة ”الإجرائية“، التي تبقى سارية طوال فترة شغل رئيس الدولة أو غيره من المسؤولين لمناصبهم. ”وبموجب القانون الدولي القائم، لا يمكن محاكمة رؤساء الدول والدبلوماسيين المعتمدين والمسؤولين الآخرين أثناء شغلهم لمناصبهم عن الأعمال المرتكبة بصفتهم الرسمية“، المرجع نفسه، الصفحة ٤٩.

(١١٤) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٥١.

(١١٥) أشارت بلجيكا في مذكرتها المضادة، بوجه خاص، إلى ما يلي: ”... لا تتعدم المصادر الدولية التي تبين غياب حصانة رئيس الدولة أو أعضاء حكومته عند اتهامهم بارتكاب جرائم بموجب القانون الإنساني الدولي“، قضية مذكرة الاعتقال، المذكرة المضادة المقدمة من مملكة بلجيكا، ٢٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠١، الفقرة ٣-٥-١٣. انظر أيضاً قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٦.

(١١٦) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٤٩. ويلاحظ القاضي الحصانة، في رأيه المستقل في قضية مذكرة الاعتقال ما يلي: ”إن مكافحة الجرائم الخطيرة بفعالية، قد اتخذت دون شك طابع القاعدة الآمرة، مما يعكس اعتراف المجتمع الدولي بالمصالح والقيم المشتركة والحيوية التي يسعى إلى حمايتها وتعزيزها.

الثلاثة في هذه القضية^(١١٧).

٢ - الأسس المنطقية للاستثناءات

٥٦ - تعزى ضرورة وجود استثناءات من الحصانة، قبل كل شيء، إلى الاحتياجات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان من أفدح الانتهاكات وأوسعها نطاقاً، ومكافحة الإفلات من العقاب. فالأمر المطروح هنا هو ضرورة حماية مصالح المجتمع الدولي ككل، وبالتالي مسألة أن هذه المصالح، جنباً إلى جنب مع ضرورة مكافحة أخطر الجرائم الدولية التي غالباً ما يرتكبها مسؤولو الدول، تحتم محاسبة هؤلاء المسؤولين في أية دولة ذات ولاية قضائية^(١١٨) عما ارتكبه من جرائم. وهذا ما يقتضي بدوره وجود استثناءات من الحصانة الممنوحة للمسؤولين من الخضوع للولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ويمكن بطرق شتى تبرير الاستثناءات من الحصانة بالنسبة للمسؤولين الموجودين في الخدمة والمسؤولين السابقين المتمتعين بالحصانة الموضوعية. وتتلخص المبررات الرئيسية في ما يلي: أولاً، وكما لوحظ سابقاً، ثمة رأي يفيد بأنه لا يمكن بموجب القانون الدولي أن تعتبر أفعال الأعمال الإجرامية التي يرتكبها المسؤولون أفعالاً تنفذ بصفة رسمية^(١١٩). وثانياً، نظراً لأن الجريمة الدولية التي يرتكبها المسؤول بصفة رسمية لا تسند فقط إلى الدولة بل تسند إليه أيضاً، فإنه يكون غير

وبالتالي، عندما تتعارض هذه القاعدة، وهي الأعلى مرتبة، مع القواعد المتعلقة بالحصانة، فإنه ينبغي أن تُرحج عليها. قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الرأي المخالف الصادر عن القاضي الخصاونة، الفقرة ٧، الصفحة ٩٨. كذلك اتخذت القاضية فان دن فينغريت موقفاً حازماً، معتبرة أن "الحصانة ينبغي ألا تنطبق أبداً على الجرائم التي يعاقب عليها القانون الدولي، سواء أمام المحاكم الدولية أو المحاكم الوطنية"، قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الرأي المخالف الصادر عن القاضية فان دن فينغريت، الفقرة ٣٦، الصفحة ١٦١.

(١١٧) المرجع نفسه، الرأي المستقل المشترك للقضاة هيغيتز وكويمانس وبويرغنتال. أُعرب في الرأي المستقل المشترك للقضاة الثلاثة عن شكوك بشأن الحالات التي تكون فيها الحصانة غائبة، وهي ترد في الفقرة ٦١ من الحكم الصادر عن المحكمة. وبوجه خاص، أشار أصحاب هذا الرأي بأسف إلى ما يلي: "يبدو أن ثمة بديلاً وحيداً ذا مصداقية... وهو إمكانية رفع دعوى قضائية في محكمة أجنبية بعد أن يترك المشتبه به منصبه كوزير للخارجية"، الفقرة ٧٨.

(١١٨) انظر مثلاً، كأودونل: "ينبغي لأي دولة أن تكون قادرة على مساءلة رئيس الدولة، عند تركه منصبه، عن الجرائم الدولية. وينبغي عدم ترك ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من دون تعويضات. ومن الناحية المثالية، من شأن معرفة أن ستار الحصانة سوف يرفع عند الانتهاء من مهام المنصب أن تشكل رادعاً كافياً لرؤساء الدول الحاليين بحول دون ارتكابهم جرائم دولية". مرجع سابق، الصفحة ٤١٦.

(١١٩) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرتان ١٩١ و ١٩٢ وأيضاً، الحاشية ٧٤ أعلاه.

مشمول بالحماية التي توفرها الحصانة الموضوعية في سياق الإجراءات الجنائية^(١٢٠). وثالثاً، أشير إلى أن القواعد القطعية للقانون الدولي التي تحظر وتجرم بعض الأفعال لها الغلبة على القواعد المتعلقة بالحصانة وتجعل الحصانة باطلة عندما تطبق على جرائم من هذا النوع^(١٢١). ورابعاً، ذُكر أنه نشأت في القانون الدولي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، تنص على الاستثناء من الحصانة الموضوعية في حالة ارتكاب أحد المسؤولين جرائم خطيرة ينص عليها القانون الدولي^(١٢٢). وخامساً، يجري الربط بين وجود الولاية القضائية العالمية فيما يتعلق بأخطر الجرائم وبطلان الحصانة في حالة هذه الجرائم^(١٢٣). وسادساً، يلاحظ وجود صلة مماثلة بين الالتزام بالتسليم أو المحاكمة وبطلان الحصانة في حالة الجرائم التي يقوم هذا الالتزام بشأنها^(١٢٤). وتتشابه إلى حد كبير، بشكل أو بآخر، جميع هذه الأسس المنطقية التي تبرر وجود الاستثناءات.

(١٢٠) على سبيل المثال، اتخذت ثلاث منظمات غير حكومية هي صندوق درء الظلم (Redress fund) ومنظمة العفو الدولية ومنظمة العدالة (Justice)، موقفاً مماثلاً في مذكراتها المقدمة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية جونز ضد المملكة المتحدة (Jones v. United Kingdom) وقضية ميتشيل وآخرين ضد المملكة المتحدة (Mitchell and Others v. United Kingdom) في عام ٢٠١٠. (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.interights.org/jones>، الفقرات من ١٠ إلى ١٧).

(١٢١) يقوم هذا النهج على أساس نظرية "الهيكل الهرمي المعياري"، وهو يعتمد على فرضية أن القواعد التي تحظر التعذيب وبعض الأفعال الأخرى هي قواعد أمرة، في حين أن حصانة الدولة ومسؤوليها ليست ذات طابع آمر. انظر، على سبيل المثال، Bassiouni Ch. "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability" in Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998, sp.ed.Ch.J.Joyner, Association International de droit penal, 1998 (إن الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب... والتعذيب هي جرائم دولية ترقى أحكامها إلى مستوى القواعد الأمرة. ونتيجة لذلك، تنشأ الواجبات التالية: الالتزام بتسليم أو محاكمة كبار المسؤولين حتى مستوى رؤساء الدول، بل وبمن فيهم رؤساء الدول، أو رفع حصانتهم". الصفحة ٥٦).

(١٢٢) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات من ١٩٧ إلى ٢٠٤.

(١٢٣) انظر المبدأ ٥ من مبادئ برينستون المتعلقة بالولاية القضائية العالمية (متاح على الموقع التالي: http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). "في الواقع، يبدو أن فكرة الحصانة من المسؤولية الجنائية عن جرائم ينص عليها القانون الدولي ارتكبتها بصفة رسمية أصحاب مناصب حاليون أو سابقون على حد سواء لا تتفق في الأساس مع الافتراض القائل بأن الجرائم الخطيرة المرتكبة ضد حقوق الإنسان تخضع للولاية القضائية العالمية"، International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence, London Session (2000), p.14 (available at: <http://www.ila-hq.org>).

(١٢٤) انظر مذكرة الأمانة العامة، الحاشية ٢٦ والفقرة ٢٠٥.

٥٧ - وقد انتشرت على نطاق واسع جدا وجهة النظر التي ترى أنه لا يمكن اعتبار أخطر الجرائم التي يعاقب عليها القانون الدولي^(١٢٥) أفعالا نفذت بصفة رسمية، وأن الحصانة الموضوعية لا تحمي بالتالي من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية المطبقة فيما يتصل بتلك الجرائم^(١٢٦). ولذلك، فإن الحصانة، تبعا لوجهة النظر هذه، لا تحمي من الولاية الجنائية الأجنبية سوى الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة شخصية، أي "الأفراد الثلاثة المشار إليهم أعلاه (الثلاثي)"، وربما بعض كبار المسؤولين الآخرين خلال فترة ولايتهم. ووفقا لهذا الرأي، يخضع المسؤولون الحاليون الآخرون وجميع المسؤولين السابقين، بمن فيهم "الثلاثي" للولاية الجنائية الأجنبية في حالة ارتكابهم لتلك الجرائم. ومن حيث المبدأ، تركت محكمة العدل الدولية الباب مفتوحا لتأويلات مماثلة في حكمها الصادر في قضية مذكرة الاعتقال. وأشارت المحكمة، في سردها للظروف التي لا تحول الحصانة فيها دون ممارسة الولاية الجنائية الأجنبية، إلى أمور من بينها ما يلي: "يجوز 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 يكون للمحكمة ولاية قضائية بموجب القانون الدولي"^(١٢٧). وهذا ما وفر لثلاثة قضاة، اتفقوا عموما مع حكم المحكمة، الأساس الذي استندوا إليه للتشديد في رأيهم المستقل المشترك على أن الحصانة تحمي وزير الخارجية بعد تركه منصبه فيما يتصل بالأعمال "الرسمية" فقط، وللقول كذلك بأن: "الأدبيات تذكر الآن بشكل متزايد ... أنه لا يمكن اعتبار الجرائم الدولية الخطيرة أعمالا رسمية لأنها ليست من المهام الطبيعية للدولة، ولا من المهام التي يمكن للدولة وحدها (مقابل الفرد) تأديتها ... وما يؤكد هذا الرأي تزايد الإدراك بأن الدوافع المتصلة بالدولة ليست

(١٢٥) من الصعب الحديث عن قائمة من الجرائم يرى أنصار هذا الموقف عموما أنها تدرج ضمن الجرائم التي لا يمكن اعتبارها أعمالا رسمية. وهم عادة ما يتحدثون عن الجرائم التي تدرج في إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية - الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، والعدوان. وكما أشار ج. فيرهوفن في تقريره الختامي عن مسألة الحصانات الخاصة باللجنة الثالثة عشرة للمعهد: "تتمثل الصعوبة في الاتفاق على الجرائم التي تسمح بالاستثناء من الحصانة. وقد فضّلت اللجنة التوقف عند هذه النقطة الغامضة نسبيا. وبكل تأكيد فإن هذه الجرائم هي الجرائم التي يستهدفها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (العدوان، وجرائم الحرب، والإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية)". Institut de droit international, Annuaire, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver, 2001, pp. 594-595. "ولم ترغب اللجنة في أن تتولى وضع تعريف لهذه الجرائم كي تترك الباب مفتوحا أمام أي تطورات من شأنها أن تسمح باعتبار الانتهاكات التي لا تدخل حاليا في اختصاص المحاكم الجنائية الدولية أو المحكمة الجنائية الدولية جرائم خطيرة بموجب القانون الدولي". المرجع ذاته، الصفحة ٦١٥.

(١٢٦) انظر أعلاه، الحاشية ١١٩.

(١٢٧) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٦١. التشديد مضاف.

المعيار الملائم لتحديد ما يشكل الأعمال العامة للدولة. وينعكس الرأي ذاته أيضا بشكل تدريجي في ممارسات الدول، ويتجلى في القرارات والفتاوى القضائية^(١٢٨).

٥٨ - وقبل صدور الحكم في قضية مذكرة الاعتقال، صاغ اللورد ستاين واللورد نيكولز وجهة النظر هذه في قضية بينوشيه رقم ١، وصاغها اللورد هاتون واللورد فيليبس في قضية بينوشيه رقم ٣^(١٢٩). وفي الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في أمستردام في قضية

(١٢٨) المرجع ذاته، الرأي المستقل المشترك للقضاة هيغز وكوبمانس وبويرغنتال، الفقرة ٨٥. ويشير القضاة إلى المقالة التي كتبها أندريا بيانكي بعنوان "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", 46 Austrian (Journ. of Publ. and Int'l Law (1994), pp. 227-228)، ويشيرون أيضا إلى الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا الإسرائيلية في قضية آيخمان، 36 I.L.R. p.312, Supreme Court Judgment, 29 May 1962، وإلى الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف في أمستردام في قضية بوتيرسي (Gerechthof Amsterdam, 20 November 2000,)، وبالإضافة إلى ذلك، أشير إلى آراء القضاة في المحاكم الوطنية الذين تكلموا في قضيتي بينوشيه رقم ١ و ٣ (اللورد ستاين واللورد نيكولز، واللورد هاتون واللورد فيليبس أوف وورث ماتريفرز، على التوالي).

(١٢٩) اللورد ستاين: "لذلك من الواضح أن الحصانة القانونية المقررة لصالح رئيس الدولة ليست بالحصانة المطلقة. وهي تتطلب انطباق شرطين، هما: (١) أن يكون المدعى عليه رئيس دولة سابق (الاختصاص الشخصي بلغة القانون الدولي) و (٢) أن يكون متهما بشأن أعمال رسمية قام بها في ممارسته لمهامه كرئيس للدولة (الاختصاص الموضوعي). وفي ما يتعلق بالشرط الثاني، لا يكفي أن تكون الأعمال المعنية أعمالا رسمية، بل يجب أيضا أن يكون المدعى عليه قد قام بها في ممارسته لمهامه كرئيس للدولة". "... وفي تطور القانون الدولي منذ الحرب العالمية الثانية ما يبرر الاستنتاج الذي يفيد بأن القانون الدولي أصبح، بحلول الوقت الذي وقع فيه الانقلاب عام ١٩٧٣، ومنذ ذلك الحين بالتأكيد، يدين الإبادة الجماعية، والتعذيب، وأخذ الرهائن، والجرائم ضد الإنسانية (خلال النزاعات المسلحة أو في أوقات السلم) بوصفها جرائم دولية تستحق العقاب. وبالنظر إلى أن هذا هو موقف القانون الدولي، يبدو لي أنه من الصعب القول بأن ارتكاب هذه الجرائم الكبيرة يمكن أن يشكل أعمالا تم القيام بها ممارسة لمهام رئيس الدولة". *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.1)* (Hereinafter "Pinochet I") (available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>).

اللورد نيكولز أوف بيركنهيد: "في رأبي أن المادة ٣٩-٢ من اتفاقية فيينا، بصيغتها المعدلة والمطبقة على رؤساء الدول بموجب المادة ٢٠ من قانون عام ١٩٧٣، مناسبة لمنح الحصانة فيما يتعلق بالأعمال المؤداة في ممارسة المهام التي يعترف القانون الدولي بأنها مهام رئيس الدولة، بصرف النظر عن أحكام دستوره المحلي. ... ولا يقتضي القانون الدولي منح أية حصانة أوسع نطاقاً. ومن البديهي أن القانون الدولي لا يعتبر تعذيب المواطنين، أو الأجانب، مهمة من مهام رئيس الدولة. وينص القانون الدولي بوضوح على أن أشكالا معينة من التصرفات، بما في ذلك التعذيب وأخذ الرهائن، هي تصرفات غير مقبولة من جانب أي كان. وهذا ينطبق على رؤساء الدول بقدر ما ينطبق على أي شخص غيرهم، بل وينطبق عليهم أكثر من غيرهم ومن شأن أي استنتاج مخالف أن يجعل من القانون الدولي مهزلة". المرجع نفسه.

اللورد هاتون: "بناء عليه، فإنني، مراعاة لأحكام اتفاقية مناهضة التعذيب، لا أعتبر أنه يمكن للسنتاتور بينوشيه أو شيلي الادعاء بأن ارتكاب أعمال تعذيب بعد ٢٩ أيلول/سبتمبر ١٩٨٨ كان جزءا من مهام رئيس الدولة. وقد تم الاضطلاع بأعمال التعذيب التي يدعى أن السنتاتور بينوشيه قام بها، تحت ستار منصبه كرئيس للدولة، إلا أنه لا يمكن اعتبارها من مهام رئيس دولة بموجب القانون الدولي، في الوقت الذي يحظر فيه القانون الدولي صراحة ممارسة التعذيب كتدبير يمكن للدولة استخدامه في أية ظروف كانت،

بوتيرسي في عام ٢٠٠٠، أشير على وجه الخصوص إلى أن "ارتكاب جرائم جنائية شديدة الخطورة من هذا القبيل لا يمكن اعتباره من ضمن المهام الرسمية لرئيس الدولة"^(١٣٠).

٥٩ - وفي الوقت ذاته، تعرّض هذا الرأي للانتقاد في المحاكم المحلية وفي الأدبيات القانونية على حد سواء، كما تؤكد مذكرة الأمانة العامة^(١٣١). فعلى وجه الخصوص، قال اللورد غوف في قضية بينوشيه رقم ٣، إن العمل الذي يقوم به رئيس الدولة، شريطة ألا يقوم به بصفة شخصية، لا يتجرد من صفته كعمل من أعمال "الدولة" بسبب عدم مشروعيتها، وأكد أن هذا ينطبق على الجرائم من أي طابع كان^(١٣٢). وانطوى تفسير بعض الخبراء للحكم المشار إليه في قضية بوتيرسي على قدر من الشك^(١٣٣). وفي الرأي المستقل الصادر

وجعل منه جريمة دولية". "واستتاجي بأن السناتور بينوشيه لا حق له في الحصانة يقوم على أساس أن ارتكاب أعمال التعذيب لا يشكل مهمة من مهام رئيس الدولة، ومن ثم، لا يعتد ولا يؤخذ في هذه القضية بحق السناتور بينوشيه في التمتع بالحصانة باعتباره رئيس دولة سابق فيما يتعلق بأعمال التعذيب". (قضية بينوشيه رقم ٣) النص متاح على الموقع التالي: (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>)

اللورد فيليب أوف وودز ماتليفريز: وبالنظر إلى أن الجزء الثالث من قانون عام ١٩٧٨ يمنح رؤساء الدول السابقين حصانة فيما يتعلق بأداء مهامهم الرسمية، فإني لا أعتقد أن هذه المهام يمكن تفسيرها قانونياً، على أنها تشمل أعمالاً محظورة بوصفها جرائم ينص عليها القانون الدولي". (قضية بينوشيه رقم ٣)، المرجع نفسه.

(١٣٠) انظر الحاشية ٥٣٩ والفقرة ١٩١ في مذكرة الأمانة العامة. وقد اهتم زعيم سورينام السابق بتعذيب ١٥ شخصا وقتلهم في كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٢. شرح هذه القضية: L. Zegfeld. The Bouterse case. Netherlands Yearbook of International Law, 2001, pp.97-120.

(١٣١) انظر قائمة أحكام صادرة عن المحاكم الوطنية: مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٩٢، الحواشي من ٥٤٠ إلى ٥٤٥. وانظر أيضا ر. فان ألبيك، الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحة ٢٨٦.

(١٣٢) اللورد غوف أوف تشيفلي: "إن مهام رئيس الدولة، على سبيل المثال، هي مهام حكومية، مقارنة بالأعمال الشخصية؛ ولا يؤدي ارتكاب رئيس الدولة عمل إجرامي لا يندرج ضمن الأعمال الشخصية، إلى تجريد هذا العمل من طابعه الحكومي. ويصدق هذا الأمر على الجرائم الخطيرة، من قبيل القتل أو التعذيب، كما يصدق على الجرائم الأقل خطورة". (قضية بينوشيه رقم ٣، النص متاح على الموقع التالي: (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>)). وأشار اللورد سلين أيضا في قضية بينوشيه رقم ١ إلى أنه: "من الواضح أن القانون الدولي لا يعترف بأن ممارسة التعذيب أو ارتكاب الإبادة الجماعية من المهام المحددة لرئيس الدولة. ولكن قيام رئيس الدولة، في تأديته لمهام أخرى، بارتكاب عمل غير قانوني، لا يعني أنه لم يعد يعتبر منفذا لإحدى المهام المنوطة به. فهو لو اعتبر كذلك، لكانت الحصانة فيما يتعلق بالأعمال الإجرامية ستفرغ من معظم مضمونها. ولا أعتقد أنه من الصواب التمييز لهذا الغرض بين الأعمال ذات الدرجة الكبيرة نسبياً من الجرمية وأعمال الانحراف الأخلاقي". (اللورد سلين أوف هادلي في قضية بينوشيه رقم ١، النص متاح على الموقع التالي: (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>)).

عن القاضية المخصصة، فان دن وينغريت، في قضية مذكرة الاعتقال، أشارت القاضية، في معرض انتقادها لمحكمة العدل الدولية لإشارتها في قائمتها الخاصة بالقيود المفروضة على الحصانة إلى عدم وجود حصانة بالنسبة لوزراء الخارجية السابقين فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها بصفة شخصية خلال فترة ولايتهم، إلى أن المحكمة في الحكم الصادر عنها "كان يمكن لها، بل كان ينبغي لها، إضافة أنه لا يمكن أبداً أن تندرج جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ضمن هذه الفئة"^(١٣٤). وشددت كذلك على أنه: "لا يمكن عملياً ارتكاب بعض الجرائم التي ينص عليها القانون الدولي (مثل بعض الأعمال المحددة من أعمال الإبادة الجماعية والعدوان) إلا بوساطة الدولة وآلياتها وفي إطار سياستها العامة. ولا يمكن، من ذلك المنظور، أن تكون تلك الأفعال إلا أفعالاً رسمية"^(١٣٥). ويعترف الكتاب، حتى المنتقدون منهم، بأن الفكرة القائلة بأن الحصانة الوظيفية للمسؤولين الأجانب تحمي أعمال الدولة التي يخدمونها "تتردد بصورة متزايدة في التفكير القضائي والأكاديمي"^(١٣٦).

٦٠ - ويقال أيضاً في هذا الصدد إنه إذا لم تعتبر الجرائم التي ينص عليها القانون الدولي ويرتكبها أحد المسؤولين أعمالاً يمكن إسنادها إلى الدولة التي يخدمها هذا الشخص، أو التي خدمها، في حالة المسؤولين السابقين، فلن يمكن الحديث عن مسؤولية هذه الدولة عن هذه الجريمة بموجب القانون الدولي^(١٣٧). وهذه الحجة منطقية، وربما تكون حجة مناسبة، غير أنها تقوم على اعتبارات الملاءمة بدلاً من أن تقوم على أساس القانون.

٦١ - وإذا ما نُظر إلى الموقف من زاوية قانونية بحتة، عندها تنشأ الاعتبارات التالية. أولاً ليس من الواضح تماماً السبب في إمكان أن تؤدي خطورة العمل الإجرامي إلى تغيير في

(١٣٣) "في رأبي أنه لا يمكن اعتبار أي أمر يصدر عن رئيس الدولة، بصفته قائد الجيش، إلى مرؤوسيه أمراً غير رسمي. وبالتالي ينبغي رفض قرار محكمة الاستئناف في أمستردام، الذي يقضي بأن أعمال القتل التي ارتكبت في كانون الأول/ديسمبر ليست أعمالاً رسمية، ومن ثم، فإنها تقع خارج نطاق المطالبة بالحصانة". ل. زيغفيلد (L. Zegfeld) مرجع سابق، الصفحة ١١٥.

(١٣٤) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الرأي المخالف الصادر عن القاضية فان دون وينغريت، الفقرة ٣٦، الصفحة ١٦١. (١٣٥) المرجع نفسه.

(١٣٦) انظر مثلاً، ر. فان أليبيك، الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحتان ٣٠٣ و ٣٠٤، رغم أن مؤلف هذا التقرير يعتقد بوجهة النظر الأخرى.

(١٣٧) انظر مثلاً، د. س. كولر (D.S. Koller): "أولاً، إن هذه الأعمال في معظم الأحيان أعمال رسمية، بمعنى أن الجهات الحكومية تقوم بها باسم الدولة... ثانياً، من شأن هذا التصور القانوني أن يلغي فعلياً مسؤولية الدولة، إذ إن الأعمال التي يقوم بها أحد الأشخاص بصفة شخصية لا يمكن بعد ذلك إسنادها إلى الدولة"، مرجع سابق، الصفحة ٢٩ انظر أيضاً: S. Wirth, "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in Congo v. Belgium Case", EJIL 13 (2002) 877, p.891

إسناده، سواء لأغراض المساءلة أو لأغراض الحصانة. فإذا ما كانت الأعمال غير المشروعة التي يرتكبها المسؤول تُسند كقاعدة عامة إلى الدولة ويستمر اعتبارها كذلك، أي اعتبارها أعمالاً رسمية، فما الذي يدفع إذاً إلى عدم إسناد أشد هذه الأعمال حسامة إلى الدول، فتفقد بذلك طابعها الرسمي؟ وفي المقابل، لماذا تؤدي خطورة عمل يُزعم ارتكابه من جانب مسؤول أجنبي إلى تعليق تطبيق مبدأ المساواة بين الدول، الذي تستمد منه الدول الأجنبية الحصانة الموضوعية لموظفيها؟ وبطبيعة الحال، ترتكب الجرائم الدولية الخطيرة في عدد من الحالات على أيدي أشخاص ليسوا من مسؤولي الدول (مثلاً، ممثلو أطراف غير حكومية خلال نزاع مسلح ذي طابع غير دولي). ولكن مسألة الحصانة لا تنشأ أيضاً في هذه الحالات. فهي لا تنشأ إلا فيما يتعلق بمسؤولي الدول. وفي الوقت نفسه، وكقاعدة عامة، فإن إمكانية قيام هؤلاء المسؤولين بأعمال غير مشروعة على نطاق واسع لا تنشأ إلا على أساس أن الدولة تدعمهم، وأنهم يتصرفون باسمها، فيستخدمون أجهزة الإنفاذ ذات الصلة، ويصدرون الأوامر، وما إلى ذلك. وفي هذه الحالة، ربما يبدو التأكيد على أن هذا النوع من الأعمال يتسم بطابع شخصي، وليس رسمياً، محاولة متكلفة، وليست قانونية تماماً، لتجاوز حاجز الحصانة الموضوعية الممنوحة للمسؤول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

٦٢ - وثمة أساس منطقي آخر هو أنه لا يمكن الأخذ بالحصانة الموضوعية، نظراً لأن العمل الإجرامي لا يسند للدولة فحسب بل إلى المسؤول الذي قام به أيضاً^(١٣٨). ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن التقرير الأولي ذكر أيضاً أن إسناد عمل إجرامي ارتكبه مسؤول يتصرف بهذه الصفة إلى الدولة، لا يحول دون إسناد العمل ذاته إلى هذا المسؤول^(١٣٩). غير أن هذا الأمر لا يغير من الصفة الرسمية لهذه الأعمال. وليس من الواضح تماماً في هذا السياق لماذا يحول هذا الأمر دون حماية المسؤول من خلال الحصانة الموضوعية، التي هي في جوهرها حصانة الدولة، عندما تتعلق القضية لا بالأعمال غير المشروعة فحسب بل بالجرائم التي ينص عليها القانون الدولي^(١٤٠).

٦٣ - وثمة أساس منطقي آخر لغياب الحصانة الموضوعية بالنسبة للمسؤولين الحاليين والسابقين في حالة ارتكابهم جرائم خطيرة يعاقب عليها القانون الدولي، وهو افتراض أن

(١٣٨) انظر الحاشية ١٢٠ أعلاه.

(١٣٩) انظر الفقرة ٨٩ من التقرير الأولي.

(١٤٠) من حيث المبدأ، إذا ما اتبع منطق مؤيدي الرأي قيد النظر، تكون حصانة المسؤولين الموضوعية، من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية غير موجودة بالضرورة على الإطلاق وليس فقط فيما يتعلق بالجرائم الدولية، إذ إن أي عمل غير قانوني (وليس فقط الأعمال الخطيرة منها) يرتكبه مسؤول بصفة رسمية لا يجوز إسناده إلى الدول فحسب، بل إلى المسؤول نفسه أيضاً.

القواعد القطعية للقانون الدولي العام تجرّم وتحظر هذه الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان نفسها. وبالتالي، يرى أنصار هذا الرأي أن القواعد الآمرة لها الغلبة على القواعد الرضائية العرفية للحصانة الموضوعية^(١٤١). وقد اتخذ هذا الموقف، بشكل خاص، قلة من القضاة في قضية العدساني في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(١٤٢) فقد ذكر الرأي المخالف الذي أعرب عنه القضاة روزاكيس، وكافليش، وكوستا، وويلدابر، وكابرايل باريتو، وفاجيتش، بشكل خاص أنه: ”نظرا لتفاعل القواعد الآمرة المتعلقة بحظر التعذيب والقواعد المتعلقة بحصانة الدول، فإن الحاجز الإجرائي لحصانة الدول يُرفع بشكل تلقائي، إذ ينتفي أي أثر قانوني لتلك القواعد، بسبب تعارضها مع قاعدة من مرتبة أعلى. وعلى نفس المنوال، لا يمكن القول بأن القانون الوطني الذي يقصد به أن يجري محليا تنفيذ القواعد الدولية المتعلقة بحصانة الدول يضع حاجزا للولاية القضائية، وإنما يجب تفسير ذلك القانون وفقا لمبادئ حتمية القواعد الآمرة وفي ضوءها^(١٤٣). وتحدث اللورد ميليت عن الشيء ذاته تقريبا في قضية بينوشيه رقم ٣^(١٤٤). وفي قضية فيريني، ذكرت محكمة النقض الإيطالية أن ارتكاب الجرائم الدولية يشكل انتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان الأساسية وللقيم العالمية للمجتمع العالمي وأن هذه القيم محمية بالقواعد القطعية للقانون الدولي، التي تستلزم أن يكون للمحاكم الوطنية ولاية قضائية جنائية ومدنية فيما يتعلق بها، وأن يكون لها الغلبة على مبدأ الحصانة^(١٤٥).

(١٤١) رغم أن الحصانة مستمدة من مبدأ المساواة في السيادة بين الدول، وهو أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي، فإنه يصح بدهاء اعتبار قاعدة الحصانة قاعدة رضائية يمكن للدول أن تحيد عنها بموجب اتفاقات تبرمها فيما بينها.

(١٤٢) European Court of Human Rights, Judgment of 21 November 2001, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (App No. 35763/97), <http://hudoc.echr.coe.int>

(١٤٣) العدساني ضد المملكة المتحدة، مرجع سابق. الرأي المخالف المشترك الصادر عن القاضيين روزاكيس وكافليش الذي وافق عليه القضاة ويلداير، وكوستا، وكابرايل باريتو، وفاجيتش، الفقرة ٣ (النص متاح على الموقع التالي: <http://hudoc.echr.coe.int>).

(١٤٤) اللورد ميليت: ”استحدث المجتمع الدولي جريمة لا يمكن إطلاقا أن تمنح بشأنها الحصانة الموضوعية. فلا يمكن افتراض أن القانون الدولي استحدث جريمة تكتسي الأحكام المتعلقة بها طابع القاعدة الآمرة، وأتاح في الوقت نفسه حصانة موازية للالتزام الذي يسعى إلى فرضه“ (قضية بينوشيه رقم ٣).

(١٤٥) Ferrini v. Repubblica Federale di Germania, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2008-11 March 2004, n.5044, paras. 9, 9.1. وكانت هذه القضية، على غرار قضية العدساني في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، تتعلق بحصانة الدولة وليس بحصانة مسؤوليها. وفي الوقت نفسه، نظرت المحكمة أيضا في الأحكام الصادرة عن بعض المحاكم المحلية الأخرى في قضايا جنائية ضد مسؤولين أجانب، ورأت أن ذلك يدل على أن الحصانة الوظيفية لأولئك الأشخاص غير صالحة في القضايا التي يُتهمون فيها بارتكاب جرائم دولية. وعرض موقف المحكمة العليا الإيطالية هذا بالتفصيل في الحكم الصادر في قضية ميلدي المدنية (Corte di Cassazione – First Section Judgment 21 October 2008-13 January 2009, n.)

وفي قضية لورنزو التي ركزت على مسألة حصانة جندي أمريكي من الولاية القضائية الجنائية الإيطالية فيما يتعلق بجريمة يدعى ارتكابها في العراق، ذكرت محكمة النقض أن "ثمة قاعدة عرفية بدأت في الظهور، وهي تقضي بأن حصانة الدولة لا تشمل الأعمال المصنفة ضمن الأعمال الإجرامية بموجب القانون الدولي. ويكمن السبب المنطقي وراء هذا الاستثناء من الحصانة في ضرورة أن تكون الغلبة للقواعد المحددة للجرائم الدولية في حال تعارضها مع القواعد الخاصة بالحصانة، نظراً لأنها قواعد أمرة"^(١٤٦). ويلقى هذا الرأي تأييداً في الفقه القانوني^(١٤٧) وقد أعرب عنه القاضي الخصاونة في رأيه المخالف الصادر في قضية مذكرة

(See F. Moneta, State immunity for international crimes (1072): قضية ألمانيا ضد إيطاليا أمام محكمة العدل الدولية، النص متاح على الموقع التالي: www.haguejusportal.net. وانظر أيضاً قضية مقاطعة فويوتيا ضد ألمانيا في المحكمة العليا في اليونان، no 11/2000 of 4 May 2000، النص متاح على الموقع التالي: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Voiotia_SupremeCourt_4-5-2000.pdf; AJIL, v.85, (p.198).

وفي رأي اللورد بينغام أوف كورنهيل، "لا يمكن معاملة قرار فيريني بوصفه بياناً دقيقاً للقانون الدولي كما يُفهم عموماً" (قضية جونز ضد وزارة داخلية المملكة العربية السعودية، آراء لوردات محكمة الاستئناف، ١٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٦، الفقرة ٢٢، النص متاح على الموقع التالي: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf).

(١٤٦) Lozano v. Italy, Appeal Judgment, Case No 31171/2008. تستخدم هنا الصياغة الإنكليزية للحكم الوارد في: (Oxford Reports on International Law, ILDC 1085 (IT 2008))، النص متاح على الموقع التالي: http://ildc.oxfordlawreports.com. وفي هذا الحكم، أقرت المحكمة، بالرغم من الصياغة، بأن المحاكم الإيطالية لا يمكنها ممارسة الولاية القضائية فيما يتعلق بالجريمة المدعى أن لوزانو قد ارتكبها لأنها ليست جريمة حرب، وبالتالي فإن الاستثناء المشار إليه لا يشملها، ويتمتع الجندي الأجنبي بالحصانة الموضوعية التي تتمتع بها أجهزة الدولة بموجب القانون الدولي العرفي. وفيما يتعلق بالحصانة الموضوعية، جاء في الحكم (وفقاً لنسخته المستخدمة) ما يلي: "وفقاً لإحدى قواعد القانون الدولي العرفي الراسخة، المقبولة عالمياً، سواء في الأدبيات القانونية السائدة أو في القرارات القضائية المحلية والدولية، ... تكون الأعمال النابعة من السيادة التي تقوم بها أجهزة الدولة في أداؤها لمهامها مشمولة بالحصانة وبالتالي لا يمكن أن تخضع للولاية القضائية المدنية أو الجنائية الدولية الأجنبية. أما قاعدة الحصانة الموضوعية، التي لا بد من تمييزها عن قاعدة الحصانة الشخصية التي تتمتع بها بعض مسؤولي الدولة، فهي مجرد نتيجة طبيعية لقاعدة القانون الدولي العرفي التي تنص على حصانة الدولة من الولاية القضائية للدولة الأجنبية فيما يتعلق بالأعمال النابعة من السيادة التي تقوم بها أجهزتها. ونظراً لأن كل دولة ذات سيادة لها حرية تحديد هيكلها الداخلي وتعيين الأفراد العاملين ضمن أجهزة الدولة، فإن الأعمال التي تقوم بها أجهزة الدولة إنما هي ممارسة لمهام الدولة ويجب بالتالي إسنادها إلى الدولة. ومن ثم، فلا يمكن مساءلة أي طرف سوى الدولة وحدها عن تلك الأعمال" المرجع نفسه.

(١٤٧) انظر مثلاً، ر. تايلور (R. Taylor): "لأن التعذيب ينتهك القواعد الأمرة، فقد يكون تنازلاً ضمناً عن الحصانة. والقواعد الأمرة هي قواعد سلوك مقبولة دولياً للدول ذات السيادة. وهي تتمتع بأعلى منزلة في

الاعتقال^(١٤٨).

٦٤ - ومع ذلك، فإن غالبية القضاة في قضيتي العدساني، و كالوغربولو وآخرين ضد اليونان وألمانيا في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لا يوافقون على مثل هذا الموقف. وينص الحكم في قضية العدساني في هذا الصدد على ما يلي: "على الرغم من الطابع الخاص الذي يكتسبه حظر التعذيب في القانون الدولي، ليس بوسع المحكمة أن تستشف من الصكوك الدولية أو السلطات القضائية أو غيرها من المواد المعروضة عليها أي أساس صلب تستند إليه لتخلص إلى أن دولة ما لم تعد، بموجب القانون الدولي، تتمتع بالحصانة من الملاحقة المدنية أمام محاكم دولة أخرى يُدعى ارتكاب أعمال التعذيب فيها"^(١٤٩). ويلقى موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذه القضايا تأييدا في الفقه القانوني^(١٥٠). وفي الوقت نفسه،

القانون الدولي. ومن جهة أخرى، فإن الحصانة السيادية تنبع من القانون الدولي العرفي وهي ليست قاعدة أمرية. وبالتالي فقد لا تتاح الحصانة السيادية لمتهمي القواعد الأمرة، بل إن هذه الانتهاكات قد تشكل عمليا تنازلات ضمنية عن الحصانة". Taylor R.H. "Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State", Thomas Jefferson Law Review 24 (Fall 2001), p.114. ويوضح ك. بارليت (K. Parlett) أساس هذا النهج على النحو التالي: "رغم أن الحجج الأساسية البينة لا تلقى القبول بصفة عامة، فإن البرهان الكامن وراءها ينطوي على قدر من الصحة. فأولا، لا تقتصر آثار القواعد الأمرة على المعاهدات، بل تتعداها لتشمل القانون الدولي العرفي والقوانين والممارسات المحلية. وثانيا، يجب، كمي يكون تنفيذ القواعد الأمرة سليما، أن تبطل لا القواعد الموضوعية المخالفة لها فحسب، وإنما أيضا القواعد التي تحول دون تنفيذها. وفي سياق التعذيب، يمكن أن يعني هذا أن الحظر المتعلق بالقواعد الأمرة لا يبطل فقط القانون المحلي الذي يسمح بممارسة التعذيب، وإنما أيضا يمنع تطبيق الحصانة للحيلولة دون إنفاذ الحقوق المتصلة بالقاعدة ذاتها. ونظرا لأن قواعد الحصانة غير أمرية، فإنها يجب أن تخضع لتأثير القاعدة الأعلى مرتبة". يرد هذا النص في "Immunity in Civil Proceedings for Torture: the Emerging Exception", European Human Rights Review, 2006, No.1, p.51.

(١٤٨) قضية مذكرة الاعتقال، الحكم، الرأي المخالف الصادر عن القاضي الخاص، الفقرة ٧، الصفحة ٩٨ (Arrest Warrant, Judgment, Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, para.7, at p.98). ("أكتسبت المكافحة الفعالة للجرائم الخطيرة فيما يبدو طابع القاعدة الأمرة، مما يعكس اعتراف المجتمع الدولي بالمصالح والقيم المشتركة الحيوية التي يسعى إلى الحفاظ عليها وتعزيزها. ولذلك، فحينما تتضارب تلك القاعدة التي تعتبر أعلى مستوى من حيث الترتيب الهرمي مع قواعد الحصانة، فيجب أن تكون لها الغلبة").

(١٤٩) العدساني ضد المملكة المتحدة، حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠١، الفقرة ٦١. جاء هذا الموقف أيضا في الحكم الصادر في قضية كالوغربولو: "إن المحكمة ترى، مع ذلك، أنه لا يوجد حتى الآن قبول ثابت في القانون الدولي للطرح القائل بأنه لا يحق للدول التمتع بالحصانة فيما يتعلق بالمطالبات المدنية المتعلقة بالتعويض عن الأضرار التي ترفع ضدها في دولة أخرى بتهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية".

(١٥٠) انظر، على سبيل المثال، ل. م. كابلان (L.M.Caplan)، الحاشية ١٥٢ أدناه؛ Markus Rau, After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European

يجب أن يوضع في الاعتبار أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تتعامل في القضايا المذكورة مع الحصانة التي تتمتع بها الدولة من القضاء المدني وليس مع حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية^(١٥١). وتشير مذكرة الأمانة العامة إلى أنه "قد لا يبدو من البديهي أن تكون قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي التي تجرم تصرفا معيناً متنافية مع قاعدة تحول في ظل ظروف معينة دون الملاحقة القضائية على ذلك التصرف في قضاء جنائي أجنبي". ومع ذلك، يبدو أن الوضع أكثر تحديداً. فالقواعد القطعية التي تجرم الجرائم الدولية تقع ضمن نطاق القانون الموضوعي. أما القاعدة المتعلقة بالحصانة، فهي كما ذكر أعلاه، قاعدة إجرائية في طابعها، ولا تؤثر على تجريم الأفعال قيد المناقشة ولا تلغي المسؤولية عنها ولا حتى تستبعد تماماً الولاية القضائية الجنائية فيما يتعلق بهذه الأعمال، حين يرتكبها مسؤول أجنبي (فالحصانة توفر الحماية من أفعال معينة فقط). وحيث إن قاعدة الحصانة من جهة وقواعد تجريم سلوك معين أو تحديد المسؤولية عن ذلك من جهة أخرى تنظم شؤوناً مختلفة، وتدرج ضمن مجالات قانونية مختلفة (إجرائية وموضوعية على التوالي)، فإنها نادراً ما يمكن أن تتعارض مع بعضها البعض، حتى على الرغم من أن إحدى الفئتين أمرية والأخرى رضائية^(١٥٢).

Court of Human Rights in the Al-Adsani Case, 3 German Law Journal No. 6 (2002) (available at: <http://www.germanlawjournal.com>)

(١٥١) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٩٥.

(١٥٢) لاحظ أ. زيرمان، على سبيل المثال، في هذا الصدد، أنه "يبدو من الأنسب النظر في كلتا القضيتين على أساس أهمّهما تنطويان على مجموعتين مختلفتين من القواعد التي لا تتفاعل مع بعضها البعض". A.Zimmermann, Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks, 16 Michigan journal of international law 433, 438 (1995). ولعله من المناسب هنا الإشارة أيضاً على سبيل القياس إلى رأي محكمة العدل الدولية الوارد في حكمها الصادر في قضية تيمور الشرقية. ففي هذه القضية، أكدت البرتغال، في جملة أمور، أن "الحقوق التي يزعم أن أستراليا قد انتهكتها هي حقوق واجبة للجميع، وبالتالي يمكن للبرتغال، بشكل فردي، أن تطلب احترامها بغض النظر عن ما إذا كان هناك دولة أخرى قد تصرفت بطريقة غير مشروعة مماثلة". وردا على ذلك، ذكرت المحكمة ما يلي: "إن المحكمة ترى أن انطباق القاعدة على الجميع أمر يختلف عن قاعدة قبول الاختصاص القضائي. فأياً كانت طبيعة الالتزام المحتج به، لا يمكن للمحكمة أن تبت في مشروعية تصرف دولة ما عندما ينطوي حكمها ضمناً على تقييم لمشروعية تصرف دولة أخرى ليست طرفاً في القضية. وفي هذه الحالة، لا يمكن للمحكمة أن تتصرف، حتى لو كان الحق موضوع النزاع من الحقوق الواجبة للجميع". قضية تيمور الشرقية (البرتغال ضد أستراليا)، الحكم، تقارير محكمة العدل الدولية عام ١٩٩٥، (East Timor (Portugal V. Australia), Judjement, I.C.J.Reports 1995) الفقرة ٢٩. ويشير ب. ستيرن إلى رأي محكمة العدل الدولية في السياق نفسه. انظر: B.Stern، الحاشية ٧٠ أعلاه، الصفحتان ٥٤٦-٥٤٧. وأيضاً من نقاد نظرية "التسلسل الهرمي المعياري"، وإن كان بشكل مختلف نوعاً ما، ل. م. كابلان الذي كتب ما يلي: "إن قواعد حقوق الإنسان وحصانة الدولة، رغم أنها تعزز بعضها بعضاً، إنما تدعم في

٦٥ - ولم توافق أعلى هيئة قضائية في المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية في عام ٢٠٠٦ في قضية جونز (التي تتعلق بحصانة الدولة ومسؤوليها، على حد سواء، من الولاية القضائية الأجنبية) على أن القواعد الآمرة التي تحظر التعذيب لها الغلبة على القواعد المتعلقة بحصانة الدولة الأجنبية^(١٥٣). ولاحظ اللورد هوفمان، في هذه القضية، على وجه الخصوص: "أن القاعدة الآمرة هي حظر التعذيب... ويلزم، حتى يكون هناك تنازع مع حصانة الدول، بيان أن حظر التعذيب قد نشأت عنه قاعدة إجرائية فرعية تخول الدول، أو ربما تقتضي منها استثناءً من قاعدة حصانة الدول، ممارسة الولاية القضائية المدنية على دول أخرى في القضايا التي يدعى فيها وقوع التعذيب. وقد تكون هذه القاعدة مطلوبة، بل ربما تكون قد نشأت نظراً إلى أن القانون الدولي قانون متغير. ولكن، خلافاً لأقوال الأقلية في قضية العدساني، فإن حظر التعذيب لا يستتبع تلك القاعدة"^(١٥٤).

٦٦ - وقد اعتبرت ألمانيا الحكم الصادر ضدها في قضية فيريني، فضلاً عن عدد آخر من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإيطالية على نفس النسق، أعمالاً تقوم بها إيطاليا انتهاكاً لحصانتها، وبالتالي تتعارض مع القانون الدولي، ولجأت إلى محكمة العدل الدولية. وجاء ضمن ما ذكرته ألمانيا، في العريضة التي قدمتها إلى المحكمة ما يلي: "في قضية فيريني وفي قضايا لاحقة أقرت محكمة النقض صراحة بأنهما لم تطبق القانون الدولي على النحو المعمول به حالياً، غير أنها ترغب في تطوير القانون، واستندت إلى القاعدة 'الجارى وضعها'، وهي قاعدة لا وجود لها ضمن قواعد القانون الدولي الوضعي. وقد أقرت، من خلال الأفكار التي طرحتها، بأنها انتهكت، بتفسيرها التقييدي للحصانة القضائية، أي بتوسيع نطاق الولاية القضائية لإيطاليا، الحقوق التي تستمدتها ألمانيا من المبدأ الأساسي الذي يقضي بالمساواة في

الأساس جوانب منفصلة وحصرية من جوانب النظام القانوني الدولي. فمن ناحية، تحمي معايير حقوق الإنسان حقوق الفرد "غير القابلة للتصرف والقابلة للتنفيذ من الناحية القانونية... من تدخل الدولة وتعسف الحكومات في استعمال السلطة". ومن ناحية أخرى، تمكن قواعد حصانة الدولة مسؤولي الدولة من "تنفيذ مهامهم العامة على نحو فعال... وضمان السير المنظم للعلاقات الدولية. ولإثبات التعارض بين قواعد القانون الدولي، يجب أن تثبت نظرية التسلسل الهرمي المعياري وجود قاعدة من القواعد الآمرة تحظر منح الدول الأجنبية الحصانة من انتهاكات حقوق الإنسان. غير أن نظرية التسلسل الهرمي المعياري لا تقدم أي دليل على وجود قاعدة آمرة من هذا القبيل". L.M., Caplan State Immunity, Human Rights, and Jus. "Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", AJIL, vol.97 (2003) 741, p.772.

(١٥٣) قضية جونز ضد وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية، حكم مجلس اللوردات ١٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٦، [٢٠٠٦]، مجلس اللوردات بالمملكة المتحدة ٢٦.

(١٥٤) المرجع نفسه، اللورد هوفمان، الفقرتان ٤٤-٤٥.

السيادة”^(١٥٥). وأشارت المحكمة العليا في أونتاريو في كندا في حكمها الصادر في قضية بوزاري في عام ٢٠٠٢ إلى أنه ”يتبين من فحص قرارات المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية، وتشريعات الدول فيما يتعلق بالحصانة السيادية، أنه ليس هناك أي مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي ينص على استثناء من حصانة الدولة عند ارتكاب عمل من أعمال التعذيب خارج دولة المحكمة، حتى بالنسبة للأفعال المخالفة للقواعد الآمرة. وفي الواقع، يستنتج من الأدلة المستقاة من ممارسات الدول، الواردة في هذه المصادر وغيرها، أن ثمة قاعدة سارية من قواعد القانون الدولي العرفي تنص على حصانة الدولة فيما يتعلق بأعمال التعذيب المرتكبة خارج دولة المحكمة”^(١٥٦). وكذلك كانت المحاكم في قضيتي فيريني وبوزاري تمارس الولاية القضائية المدنية. وبذلك، جرى التمييز في قضية بوزاري بين الحالات التي تنطوي على الحصانة من الولاية القضائية الأجنبية والحالات المتعلقة بجريمة التعذيب، اعتماداً على ما إذا كانت الولاية القضائية التي تجري ممارستها مدنية أو جنائية. وقد أشارت محكمة الاستئناف، التي أيدت حصانة الدولة في الحالة الأولى، إلى أن الفرد قد يكون مسؤولاً مسؤولاً جنائية عن أعمال التعذيب المرتكبة في الخارج، دون خضوع إحدى الدول لولاية دولة أخرى^(١٥٧). وينص الحكم على أسباب محددة لافتراض إمكانية رفع دعوى في كندا ضد مسؤول أجنبي لوقوع تعذيب، سواء على أساس الالتزامات الواقعة على كندا بموجب اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤، أو على أساس أن التعذيب لا يمكن اعتباره وظيفة من وظائف الدولة، وإن كان هذا أمراً بعيد الاحتمال إلى حد كبير، ولكن لا يمكن على أي حال رفع هذه الدعوى على أساس وجود قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العرفي لها الغلبة على قاعدة رضائية تتعلق بالحصانة^(١٥٨). والسؤال المطروح هو ما إذا كان من الممكن من حيث المبدأ أن يقال إن الآثار التي تترتب فيما يتعلق بالحصانة على حظر الجرائم الدولية الخطيرة عن طريق القواعد

(١٥٥) القضية المتعلقة بحصانات الدول من الولاية القضائية (جمهورية ألمانيا الاتحادية ضد الجمهورية الإيطالية)، العريضة المقدمة من جمهورية ألمانيا الاتحادية، ٢٠٠٨، الفقرة ١٣، النص متاح على الموقع التالي: www.icj-cij.org.

(١٥٦) *Bouzari v. Iran* [2002] O.J.No. 1624 (بوزاري ضد إيران) [٢٠٠٢]، محكمة أونتاريو العليا، الحكم، الفقرة ٦٣ (النص متاح على الموقع التالي: www.haguejusticeportal.net). وأيدت هذا الحكم محكمة الاستئناف في أونتاريو في عام ٢٠٠٤. بوزاري ضد إيران [٢٠٠٤]، محكمة الاستئناف في أونتاريو، الحكم، الفقرة ٩٥ (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.canlii.org>). وانتهى الأمر بأن أصبح موضوع هذه القضية دعوى مدنية مقدمة من إيران للحصول على تعويض عن الأضرار التي نتجت عن أعمال التعذيب التي ارتكبت في أراضي إيران ضد مواطنها.

(١٥٧) بوزاري ضد إيران [٢٠٠٤]، محكمة الاستئناف في أونتاريو، الحكم، الفقرتان ٩١ و ٩٣.

(١٥٨) انظر على وجه الخصوص الفقرات: ٦٩-٨١ و ٨٩-٩١ من حكم محكمة الاستئناف، المرجع نفسه.

الأمرة قد تتباين تبعا لنوع الولاية القضائية التي تجري ممارستها، وهي ولاية مدنية أم جنائية. ولا يبدو من الممارسة ولا المنطق أن هناك تبايناً في هذه الآثار^(١٥٩).

٦٧ - وهناك سؤال آخر ينشأ فيما يتعلق بالأساس المنطقي فيد النظر للاستثناء من الحصانة. إذا كانت القواعد التي تجرم أفعالاً معينة وتحظرها، لأنها قواعد أمرة، لها الغلبة على الحصانة التي تتمتع بها الدولة و/أو أحد المسؤولين، فلماذا إذن يقتصر ذلك على الحصانة الموضوعية؟ فالحصانة الشخصية هي حصانة رضائية أيضاً^(١٦٠). وسيكون من المنطقي أن نفترض أنها، أيضاً، ستبطل بفعل القواعد الأمرة التي تتعارض معها. ومع ذلك، فحتى الذين ينادون بالرأي القائل بأن الحصانة الموضوعية تنتفي عندما يتعلق الأمر بجرائم دولية خطيرة لا يريدون عموماً الوصول "إلى هذا الحد" ولا يطعنون في صلاحية الحصانة الشخصية التي تمنح لكبار المسؤولين الموجودين بالخدمة^(١٦١).

(١٥٩) طبيعة هذين النوعين من الولاية القضائية واحدة، وهي ممارسة صلاحيات السلطة من جانب الدولة. وإذا سادت قاعدة أمرة على الحصانة، فإن الحصانة من الولاية القضائية، المدنية أو الجنائية، لا تؤخذ في الحسبان. والعكس بالعكس. ولهذا الأمر ضرورته بالذات لأن هذين النوعين من الولاية التي تجري ممارستها أحياناً ما يكونان قريبين للغاية، على سبيل المثال، عندما تُرفع دعوى مدنية وتُنظر في نطاق قضية جنائية.

(١٦٠) وقد يقال أيضاً إن الحصانة الممنوحة لرئيس الدولة أثناء وجوده في منصبه، أي الحصانة الشخصية، قطعية في طبيعتها (انظر، على سبيل المثال، رأي اللورد هوب، المشار إليه في المرجع الوارد أدناه)، ولكن من الصعب الموافقة على هذا الرأي. فالدول فيما يبدو قادرة بالتأكيد على إبرام اتفاق دولي يقضي بالألا يتمتع رؤساء الدول أثناء وجودهم في مناصبهم بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية لأي من أطراف الاتفاق. ولا يوجد فيما يبدو أي مبرر لافتراض بطلان مثل هذا الاتفاق. انظر المادة ٨ (١) من قرار المعهد - ٢٠٠١، الحاشية ٤٠ أعلاه: "يجوز للدول، بالاتفاق فيما بينها، أن تنتقص، بقدر ما تراه مناسباً، من حرمة رؤساء دولها ومن الحصانة الممنوحة لهم من الولاية القضائية ومن تدابير تنفيذ الأحكام".

(١٦١) ثمة أهمية في هذا الصدد للمقطع التالي المقتبس من مقال كتبه ب. ستيرن: "وهناك مسألة أخرى تتعلق بمركز رئيس الدولة الموجود في منصبه، الذي تأكدت من جديد حصانته المطلقة في المسائل الجنائية. وإذا كان الحل الذي اعتمد لرئيس الدولة السابق يستند إلى ما يتسم به حظر الجريمة من طابع أمر له الغلبة على أي قاعدة تتيح الإفلات من العقاب على هذه الجريمة، فمن الصعب فهم السبب في عدم انطباق ذلك بالقدر نفسه على رؤساء الدول الموجودين في مناصبهم، إلا إذا اعتبرت أيضاً حصانته المطلقة قاعدة من القواعد الأمرة، وهو أمر ليس بالبديهي على الإطلاق. ومع ذلك، فهذا هو الموقف الذي اتخذته اللورد هوب في القرار الثاني [في قضية بينوشيه - المؤلف]، لأنه يعتمد على 'الطابع الملزم للحصانة التي تتمتع بها رؤساء الدول الموجودين في مناصبهم'، للقول على وجه التحديد بأنه ليس من الواضح أن الحصانة التي تحتل هذه المكانة في التسلسل الهرمي للمعايير يجب أن تُرفع بسهولة عن رؤساء الدول الموجودين في مناصبهم.

"ولكن من الممكن أيضاً الأخذ بالمنطق المعاكس، وبالفعل يعتقد البعض أنه ما دامت الحصانة قد رفعت عن رؤساء الدولة السابقين فيما يتعلق ببعض أعمالهم، فلا سبب لثلا يكون الحال كذلك أيضاً بالنسبة لرؤساء الدول الموجودين في مناصبهم. وبالطبع، يجب التشجيع على تراجع الإفلات من العقاب، ولكن ليس بأي ثمن. وأنا شخصياً أعتقد أنه ينبغي عدم الإقدام على الخطوة التالية، التي تطالب بها بعض

٦٨ - ويتمثل أحد الأسس المنطقية الأخرى للاستثناء من الحصانة الموضوعية في فكرة أن ثمة معياراً قد نشأ في القانون الدولي العرفي تبطل بموجبه هذه الحصانة عندما يرتكب أحد المسؤولين جريمة خطيرة. بموجب القانون الدولي^(١٦٢). ويمكن دعم وجود قاعدة من هذا القبيل بالرجوع إلى أحكام الوثائق التأسيسية والأحكام الصادرة عن المحاكم الجنائية الدولية، بدءاً بالأحكام الصادرة عن محكمتي نورمبرغ وطوكيو^(١٦٣)، والمعاهدات الدولية التي تحرم أفعالاً مثل الإبادة الجماعية والفصل العنصري. وترد هذه الحجج بقدر كبير من التفصيل في مذكرة الأمانة العامة^(١٦٤). واستشهدت بها أيضاً بلجيكا أمام محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة الاعتقال^(١٦٥). وكما هو معلوم للجميع، فإن محكمة العدل الدولية رغم إقرارها

المنظمات غير الحكومية، والتي تأذن بمحاكمة رؤساء الدول الموجودين في مناصبهم أمام أي محكمة وطنية تمارس الولاية القضائية العالمية. ويُظهر مثال المحكمة التي حكمت في بلغراد في ٢١ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٠ على ١٤ زعيماً غربياً، منهم بيل كليبتون وتوني بليز وجاك شيراك، بالسجن لمدة ٢٠ سنة بسبب الأعمال التي ارتكبتها منظمة حلف شمال الأطلسي في يوغوسلافيا، بعض الآثار العكسية التي سنتنتج في حالة فتح الباب أمام هذا الأمر على نطاق واسع“ . Sten B.، الحاشية ٧٠ أعلاه، الصفحتان ٥٢٥ و ٥٢٦.

(١٦٢) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ١٩٧-٢٠٤. وتشير محكمة النقض الإيطالية نفسها أيضاً في الأحكام المذكورة آنفاً إلى قاعدة عرفية تنص على الاستثناء من الحصانة الموضوعية، ولكن بمعناها الأضيق، إذ تتعلق المناقشة في هذا الصدد بوضع قاعدة من قواعد القانون العرفي الدولي تكون بموجبها للقواعد القطعية التي تمنع الجرائم الدولية الغلبة، في رأي المحكمة، على الحصانة الموضوعية.

(١٦٣) من الأحكام التي صدرت في عهد قريب نسبياً عن المحاكم الدولية المشار إليها في هذا الصدد الحكم الصادر عن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية بلاسكيتش، الذي ينص، بوجه خاص، على أن الاستثناءات من القواعد العرفية للقانون الدولي المتعلقة بالحصانة الوظيفية لمسؤولي الدولة “تنشأ 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“. المدعي العام ضد بلاسكيتش، القضية رقم IT-95-14، حكم دائرة الاستئناف في طلب جمهورية كرواتيا مراجعة قرار الدائرة الابتدائية الصادر في ١٨ تموز/يوليه ١٩٩٧ (إصدار أمر بتقديم المستندات)، ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٧، الفقرة ٤١ (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). ولا يشير هذا القرار إلى نشوء قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي للاستثناء من الحصانة الموضوعية، ولم يُطرح أي تفسير على الإطلاق للسبب في وجود الاستثناءات. وإذا حاولنا تخمين المنطق الأقرب إلى رأي المحكمة، فإنه قد يكون المنطق الذي تم بحثه أعلاه، والذي تكون وفقاً له القواعد التي تحظر الجرائم المذكورة في الحكم قواعد آمرة في طبيعتها. فبغير ذلك يكون من الصعب أن نرى من هذا الحكم السبب في أن تلك القواعد لها الغلبة على الحصانة.

(١٦٤) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ١٩٧-٢٠٤.

(١٦٥) انظر مذكرة الاعتقال، المذكرة المضادة المقدمة من بلجيكا، الفقرة ٣-٥-١٣ وما يليها. ومن الجدير بالذكر أن الطرف البلجيكي في رده على الاعتراضات المحتملة، في الفقرة ٣-٥-٨٤ من المذكرة المضادة، يساوي من حيث الجوهر بين عواقب تطبيق قاعدة الاستثناءات التي بينها في ما يتعلق بالحصانة الموضوعية

بوجود هذه الحجج، قد رفضتها، سواء فيما يتعلق بالحصانة الشخصية لشاغل وظيفة وزير الشؤون الخارجية (وغيره من المسؤولين الذين يتمتعون بهذه الحصانة)^(١٦٦)، أو فيما يتعلق بالحصانة الموضوعية للمسؤولين السابقين^(١٦٧). ومع ذلك، لا تزال فكرة وجود القاعدة العرفية المذكورة أعلاه مطروحة. ومن الحجج الرئيسية التي تدعمها، إلى جانب الحجج المذكورة، أنها تستند إلى مجموعة كاملة من الأحكام القضائية الوطنية التي تدل، في رأي أنصار وجهة النظر هذه، على أن الحصانة لا تشكل عائقاً أمام ممارسة الولاية القضائية الجنائية على المسؤولين الأجانب، ومن بين أحدث الوثائق التي تعرض هذا الموقف نشير إلى المذكرات التي قدمتها إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في إطار قضيتي جونز ضد المملكة المتحدة وميتشل وآخرين ضد المملكة المتحدة، ثلاث منظمات غير حكومية، هي صندوق درء الظلم ومنظمة العفو الدولية والمركز الدولي للحماية القانونية لحقوق الإنسان^(١٦٨). وتتضمن هذه المذكرات إشارات إلى عدد من الأحكام القضائية الوطنية التي تدعم وجهة النظر المذكورة. وتعلق هذه الأحكام، على وجه الخصوص، بالمحاكمة الجنائية الوطنية للمسؤولين الأجانب الذين ارتكبوا جرائم خلال الحرب العالمية الثانية، قضية بينوشيه، ودعاوى ضد مسؤولين أجانب في إسبانيا وإيطاليا والسنغال والسويد وفرنسا وهولندا والولايات المتحدة الأمريكية^(١٦٩). ومن أجل تقييم مدى إمكانية اعتبار هذه الأحكام برهاناً على وجود قاعدة القانون الدولي العربي المشار إليها، لا بد من النظر إليها بتفصيل أكبر إلى حد ما، وكذلك النظر في ردود أفعال الدول المعنية التي جاءت في أعقاب بعض هذه الأحكام.

والحصانة الشخصية، معتمداً بذلك موقفاً جذرياً ("... وفيما رأى قضاة آخرون ... في الحكم الصادر في ٢٤ آذار/مارس ١٩٩٩ [في قضية بينوشيه الثالث - المؤلف]، أن بينوشيه لم يكن له حق في الحصانة الموضوعية، فقد تحفظوا على مسألة الحصانة الشخصية إذ أنها تخص رئيس الدولة الموجود في منصبه. وفي بلجيكا، لا يقوم هذا التحفظ على استبعاد الحصانة فيما يتعلق بجرائم القانون الدولي الإنساني، في ضوء القواعد الدولية المذكورة أعلاه، وهي قواعد لا تميز على الإطلاق بين الحصانة الموضوعية والحصانة الشخصية").

(١٦٦) مذكرة الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٨.

(١٦٧) المرجع نفسه، الفقرة ٦١. وكانت محكمة العدل الدولية، بطبيعة الحال، على علم أيضاً بحكم المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية بلاسكيتش المشار إليها أعلاه (انظر الحاشية ١٦٣).

(١٦٨) جونز ضد المملكة المتحدة (Application Number 34356/06)، ميتشل وآخرون ضد المملكة المتحدة (Application Number 40528/06)، تعليقات خطية قدمها إلى المحكمة صندوق درء الظلم، ومنظمة العفو الدولية، والمركز الدولي للحماية القانونية لحقوق الإنسان (إنتررايتس) ومنظمة العدالة، في ١٤ و ٢٥ كانون الثاني/يناير ٢٠١٠، النص متاح على الموقع التالي: <http://www.interights.org/jones>، المرجعان ٤٠ و ٤١.

(١٦٩) المرجع نفسه، الفقرة ١٨ و ٢١.

٦٩ - وقد عوقب "آلاف مسؤولي دول المحور السابقين الذين حوكموا بتهمة ارتكاب جرائم خلال الحرب العالمية الثانية"، والذين ورد ذكرهم في المذكرات المقدمة^(١٧٠)، على أساس "قانون نورمبرغ" (ومن المعروف أن المادة ٧ من ميثاق محكمة نورمبرغ تنص على أنه "لا يجوز اعتبار الصفة الرسمية للمدعى عليهم، سواء كانوا رؤساء دول أو موظفين مسؤولين في الإدارات الحكومية، سببا لإعفائهم من المسؤولية أو لتخفيف العقوبة"^(١٧١)). ويتضمن ميثاق محكمة طوكيو والقانون رقم ١٠ الصادر عن مجلس إشراف الحلفاء أحكاما مماثلة^(١٧٢) كما هو الشأن في حالة القانون الوطني المعتمد لسن ذلك القانون. وليس فيما اطلع عليه المقرر الخاص من مواد تتناول الإجراءات الجنائية المتخذة في حق المسؤولين الذين ارتكبوا جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية خلال الحرب العالمية الثانية ما يدل على أن الدول التي كان هؤلاء الأشخاص في خدمتها أكدت على تمتعهم بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية بصفتهم مسؤولين سابقين^(١٧٣). ويمكن اعتبار هذا دليلا على وجود اتفاق عام بين الدول التي تمارس الولاية القضائية والدول التي كان هؤلاء الأشخاص في خدمتها على أن الحصانة لا تسري على الجرائم المحددة التي ارتكبها مسؤولو بلدان المحور. غير أن هذا ما زال لا يؤكد فيما يبدو وجود قاعدة عرفية عامة في القانون الدولي بشأن عدم الحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بهذا الصنف من الجرائم التي ارتكبها مسؤولون آخرون بعد الحرب العالمية الثانية:^(١٧٤)

(١٧٠) المرجع نفسه، الحاشية ٣٧.

(١٧١) Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945 (ميثاق المحكمة العسكرية الدولية، ٨ آب / أغسطس ١٩٤٥) (النص متاح على الموقع التالي: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>).

(١٧٢) Control Council Law No.10, 20 December 1945 (النص متاح على الموقع التالي: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> و http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/ East (النص متاح على الموقع التالي: http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/ (B009965/Tokyo%20Statute.pdf).

(١٧٣) أُسريت مسألة الحصانة كوسيلة للدفاع في قضية آيخمان (Eichmann). غير أن الحصانة في هذه القضية لم تكن تتعلق بحصانة مسؤول بل كانت حصانة ناجمة عن وجود آيخمان في الأرجنتين هربا من العدالة فيما يتعلق بأعمال لا تندرج في إطار قانون التسليم الرسمي للمطلوبين ("حصانة المجرم الهارب" مع مراعاة "مبدأ التخصص"). انظر: <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>

(١٧٤) تقول ر. فان أليبيك: "إن التشريعات التي سنتها بعض الدول بعد الحرب العالمية الثانية اقتصررت على الجرائم التي ارتكبت في تلك الحرب، ولم تعط المحاكم اختصاصا عاما للبت في الجرائم المرتكبة في الخارج ضد القانون الدولي. ولم تمارس المحاكم الوطنية الولاية القضائية العالمية إلا في عدد قليل من الحالات في واقع الأمر، وهذه المحاكمات - مثل قضية آيخمان الإسرائيلية، وقضية باربي الفرنسية، وقضية فينتا الكندية،

(أ) في قضية بن سعيد Ben Said (وهو موظف قنصلي تونسي سابق) التي نُظرت في فرنسا في عام ٢٠٠٨، لا يوجد دليل على أن حصانته الموضوعية قد أُخذت في الحسبان (باعتباره مفوض شرطة، وهي الصفة التي ارتكب بها العمل الإجرامي المزعوم المتمثل في التعذيب). وقد صدر الحكم غيايبا ولم تكن له أي آثار من الناحية العملية^(١٧٥)؛

(ب) رُفعت دعاوى في إيطاليا في الفترة ٢٠٠٠-٢٠٠١ ضد سبعة من الجنود الأرجنتينيين السابقين، منهم الجنرال غ. شواريس، اُتهموا بقتل واحتطاف مواطنين إيطاليين إبان فترة "الحرب القذرة". ولم تطلب الأرجنتين امتناع إيطاليا عن ممارسة الولاية القضائية الجنائية على هؤلاء الأشخاص بدعوى الحصانة^(١٧٦). ومعروف أن الأرجنتين تعتزم بدورها محاكمة جنود ضالعين في "الحرب القذرة" في إطار ولايتها القضائية، وقد أُلغيت قوانين العفو ذات الصلة، غير أن السؤال المطروح في حالات هؤلاء الأشخاص يتعلق بالأولوية القضائية وليس بالحصانة^(١٧٧)؛

(ج) في قضية رئيس الاستخبارات السابق ونائب وزير أمن الدولة في أفغانستان سابقا (قضية مدير جهاز الاستخبارات العسكرية KhAD-e-Nezami) التي نُظرت في هولندا في عام ٢٠٠٨^(١٧٨)، طُرحت مسألة الحصانة بالفعل (وكانت التهمة تتعلق بجرائم حرب)^(١٧٩). إلا أنه يجب ألا يغيب عن البال أن أعمال المتهم تمت أثناء العمليات العسكرية

وقضية بوليوخوفيتش الأسترالية - كانت كلها تتعلق بجرائم النازية". ر.فان ألبيك، الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحة ٢٧٩.

(١٧٥) انظر: Khaled Ben Said, at Trial Watch ([http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-\(procedures/khaled_ben-said_449.html](http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-(procedures/khaled_ben-said_449.html)).

(١٧٦) انظر: «Disappeared, but not forgotten», Guardian.co.uk, 15 June 2006 (<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>).

(١٧٧) انظر، على سبيل المثال: «Argentina holds 'Dirty War' trial», BBC News, 21 June 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>).

(١٧٨) انظر: LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), appeal ruling with translation into English (<http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>).

(١٧٩) من بين ما ورد في استئناف الدفاع أن المحكمة "لم تعتبر (بصورة تلقائية) أن الملاحقة القضائية ... غير مقبولة لانتفاء الولاية القضائية لأن المدعى عليه يتمتع بالحصانة باعتباره شخصا كان يتقلد السلطة حينها في أفغانستان [الفقرة ٧-١]". وردا على ذلك، قالت المحكمة العليا في هولندا: "إن الأساس الذي يقوم عليه الاستئناف يجانبه الصواب، إذ أقل ما يُقال أن المتهم لا حق له في الحصانة من الولاية القضائية على نحو ما ذكر أعلاه في النقطة ٦-٦ [وقد ورد في النقطة ٦-٦ ما يلي: "رغم أن المادة ٨ من القانون الجنائي [الهولندي] تنص بالفعل على أن إمكانية تطبيق الأحكام القانونية الهولندية المتعلقة بالولاية القضائية تحدها الاستثناءات التي يقرها القانون الدولي، فإن هذا لا يعني [...] أكثر من الاعتراف القانوني بالحصانة

التي كانت جارية في أفغانستان في الثمانينيات من القرن العشرين، وأن حكومة أفغانستان الحالية لم تتمسك بالحصانة. وقد سبقت الإشارة في هذا التقرير إلى قضية سيلينغو (Scilingo) التي نُظرت في إسبانيا (إدانة ضابط البحرية الأرجنتينية السابق أدولفو سيلينغو)^(١٨٠). ومن الممكن هنا الكلام عن تنازل الأرجنتين عن الحصانة^(١٨١).

٧٠ - وفيما يتعلق بمذكرات الاعتقال المشار إليها في هذا السياق في المذكرة التي قدمتها ثلاث منظمات غير حكومية إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(١٨٢)، يمكن ملاحظة ما يلي:

(أ) أثارت مذكرات الاعتقال الفرنسية والإسبانية الصادرة في حق مجموعة من المسؤولين الروانديين الرفيعة المستوى احتجاجات من جانب رواندا والاتحاد الأفريقي. فقد جاء على وجه التحديد في مقرر صادر عن قمة الاتحاد الأفريقي الحادية عشرة أن هذه التطورات تنتهك سيادة رواندا وحرمة إقليمها وتشكل إساءة استعمال للولاية القضائية العالمية^(١٨٣). وفي تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦، قطعت رواندا علاقاتها الدبلوماسية مع فرنسا بسبب هذا الحادث، ولم تُعد تلك العلاقات إلى طبيعتها حتى تشرين الثاني/نوفمبر

من الولاية القضائية المستمدة من القانون الدولي“]، سواء بصفته السابقة كرئيس لجهاز الاستخبارات في أفغانستان أو بصفته نائب وزير أمن الدولة. [الفقرة ٧-٢]“ المرجع نفسه.

(١٨٠) انظر الفقرة ١٦ أعلاه.

(١٨١) “قال وزير حقوق الإنسان الأرجنتيني، إدواردو دوهالدي، في مقابلة مع وكالة الأنباء إنتربريس إن للمحاكم الإسبانية الولاية التي تخول لها محاكمة النقيب السابق في البحرية الأرجنتينية، أدولفو سيلينغو (Adolfo Scilingo)، الذي يُحاكم في إسبانيا بتهمة ارتكاب جرمي الإبادة الجماعية والتعذيب“ انظر: Argentina Recognizes Spain's Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18 April 2005, (<http://ipsnews.net>).

(١٨٢) انظر جونز ضد المملكة المتحدة، (Jones v. United Kingdom (Application Number 34356/06)) وميتشل وآخرون ضد المملكة المتحدة (Mitchell and Others v. United Kingdom (Application Number 40528/06))، تعليقات خطية قدمها صندوق درء الظلم ومنظمة العفو الدولية، والمركز الدولي للحماية القانونية لحقوق الإنسان ومنظمة العدالة، إلى المحكمة في ١٤ و ٢٥ كانون الثاني/يناير ٢٠١٠، النص متاح على الموقع التالي: <http://www.interights.org/jones>، المرجع (٤١).

(١٨٣) “إن الطابع السياسي لمبدأ الولاية القضائية العالمية وسوء استخدامه من قبل قضاة بعض الدول غير الأفريقية ضد قادة أفريقيين، وخاصة رواندا، هو حرق سافر لسيادة هذه الدول ووحدة أراضيها“، مقرر بشأن تقرير المفوضية عن سوء استخدام مبدأ الولاية القضائية العالمية، الوثيقة ASSEMBLY/AU/14 (XI)، الفقرة ٥ (٣) (Assembly/AU/Dec.199(XI))، (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/2008/june/summit/summit.htm#>). ويمكن افتراض أن هذه الحالة أصبحت من أسباب إجراء مناقشات بين الاتحادين الأفريقي والأوروبي بشأن الولاية القضائية العالمية. انظر أيضا [الرؤساء الأفارقة يدنون لوائح الاتهام الغربية]، “African Presidents Condemn Western Indictments” Radio Nederland Wereldroep 02.07.2008 (<http://static.rnw.nl/migratie/www.rnw.nl/international-justice/specials/Universal/080702-rwanda-redirected>).

٢٠٠٩^(١٨٤)، وهددت برفع دعاوى قضائية ضد مواطنين فرنسيين رداً على ذلك^(١٨٥). وفي غضون ذلك، لم تؤد هذه التطورات سوى إلى إثارة التوتر في العلاقات بين الدول^(١٨٦)، وتحاول الأطراف تخفيف هذا التوتر (دليل ذلك التصريحات التي أدلى بها الرئيس الفرنسي ساركوزي خلال زيارة رسمية قام بها إلى رواندا في شباط/فبراير ٢٠١٠^(١٨٧). وقد أوقفت الدعوى التي رفعت في فرنسا ضد روز كابوي، رئيسة المراسم الرئاسية في رواندا، والتي أُشير إليها في مذكرة المنظمات غير الحكومية^(١٨٨)(١٨٩).

(ب) اعترضت تعقيدات تتعلق بتنازع الاختصاصات، وليس مسألة الحصانة، إنفاذ مذكرات الاعتقال الصادرة في إسبانيا في حق مسؤولين سابقين في الأرجنتين وغواتيمالا وغيرهما من البلدان وجهت إليهم اتهامات بارتكاب جرائم خطيرة. بموجب القانون الدولي^(١٩٠)؛

(ج) صدرت في السويد مذكرة باعتقال الأرجنتيني أ. أستيس (A. Astiz)، وهو نقيب سابق في الاستخبارات العسكرية الأرجنتينية متهم بارتكاب جرائم خلال "الحرب القذرة"، ومحكوم عليه بالسجن مدى الحياة في فرنسا^(١٩١). إلا أن الأرجنتين رفضت أن

(١٨٤) انظر (ساركوزي يعترف - أثناء زيارة يقوم بها لرواندا - بوجود "أخطاء جسيمة" فيما يتعلق بأعمال الإبادة الجماعية التي حدثت عام ١٩٩٤)، صحيفة نيويورك تايمز، عدد ٢٥ شباط/فبراير ٢٠١٠ "On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits 'Grave Errors' in 1994 Genocide", The New York Times, (25.02.2010 (<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>).

(١٨٥) انظر (الرئيس الرواندي كيغامي يهدد الرعايا الفرنسيين بالاعتقال) "Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest", guardian.co.uk, 12.11.2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>).

(١٨٦) انظر: <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html> و <http://www.expatica.com/be/n> و <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html> .ews/community_focus/Rwanda-and-Spain-discuss-genocide-warrants_57334.htm

(١٨٧) <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>.

(١٨٨) جونز ضد المملكة المتحدة، (Jones v. United Kingdom (Application Number 34356/06)) وميتشل وآخرون ضد المملكة المتحدة (Mitchell and Others v. United Kingdom (Application Number 40528/06))، تعليقات خطية قدمها صندوق درء الظلم، ومنظمة العفو الدولية، والمركز الدولي للحماية القانونية لحقوق الإنسان، ومنظمة العدالة، إلى المحكمة في ١٤ و ٢٥ كانون الثاني/يناير ٢٠١٠، النص متاح على الموقع التالي: <http://www.interights.org/jones>، المرجع (٤٧).

(١٨٩) انظر الحاشية ١٩ أعلاه.

(١٩٠) "أصدرت المحاكم الإسبانية مذكرات اعتقال بحق مسؤولين حاليين وسابقين من الأرجنتين وشيلي وغواتيمالا"، انظر: Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, D. Previa 331/1999، الحاشية ٤١ (2008).

(١٩١) انظر: (Alfredo Astiz, Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Astiz)).

تسلّمه سواء لفرنسا^(١٩٢) أو للسويد^(١٩٣). وتعتزم الأرجنتين محاكمته بشكل مستقل، ولن تكون مسألة الحصانة محل نظر في هذه الحالة. وفي جميع القضايا التي تتعلق بالجرائم التي يعود تاريخها إلى فترة "الحرب القذرة"، يبدو على وجه العموم أنه حيثما بُذلت محاولات للنظر فيها في شتى الدول كانت المسألة الرئيسية هي مسألة الأولوية القضائية^(١٩٤)؛

(د) لم تكن قضية ألفاريس (قضية سوسا ضد ألفاريس - ماشين)، التي أشير إليها في مذكرات المنظمات غير الحكومية، والتي رُفعت في الولايات المتحدة الأمريكية، تتعلق بحصانة مسؤولي الدول الأجنبية، وأما في قضية حسين حبري التي رُفعت في السنغال فقد تم التنازل عن الحصانة، وفق ما ذكر أعلاه (الفقرة ١٦).

٧١ - وبطبيعة الحال، فإن النتائج التي أفضى إليها تحليل عدد من القضايا الجنائية التي أشارت إليها المنظمات غير الحكومية الثلاث في مذكراتها المقدمة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليست حصرية بأي حال من الأحوال. إلا أنها تبعث على قدر كبير من الشك فيما إذا كانت هذه القضايا تؤكد وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي ترسي استثناء من الحصانة الموضوعية (ولا سيما بالاقتران مع قرارات المحاكم الوطنية وأجهزة إنفاذ القانون التي تم فيها التمسك بالحصانة بصورة مباشرة، بالإضافة إلى ردود فعل الدول المعنية). فهي ليست سوى تأكيد لوجود محاولات ترمي إلى ممارسة ولاية قضائية جنائية عالمية أو وطنية تمتد خارج إقليم الدولة، فيما يتعلق ببعض الأعمال التي يجرمها القانون الدولي، كما تؤكد أن هذه المحاولات لا تصادف النجاح في جميع الحالات على الإطلاق.

٧٢ - ومع ذلك، هناك رأي مفاده أن الحصانة الموضوعية لأي مسؤول لا تنطبق في الحالات التي تكون فيها الجريمة المعنية من النوع الذي تمارس بشأنه الدولة الأجنبية لولاية قضائية جنائية عالمية أو ولاية وطنية ماثلة تمتد خارج إقليمها^(١٩٥). ولا يوجد تعريف متفق عليه بصورة عامة للولاية القضائية العالمية. ولأغراض هذا التقرير، لا يعتبر أنه من الضروري دراسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية العالمية وتحديد معناها، وبيان ما إذا كانت تختلف عن

(١٩٢) انظر (الأرجنتين ترفض طلب فرنسا تسليمها أستيس)، BBC News، "Argentina rejects French Astiz bid"، 21.09.2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3126260.stm>)

(١٩٣) انظر (إطلاق سراح أستيس: فض طلب التسليم)، MercoPress، "Astiz Freed: Extradition bid fails"، 29.01.2002 (<http://en.mercopress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>)

(١٩٤) من الأمثلة البارزة على ذلك حالة الضابط العسكري الأرجنتيني، ريكاردو كافايو (المتهم بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية والإرهاب)، التي تم بحثها في إسبانيا. فقد سُلم إلى الأرجنتين في ٣١ آذار/مارس ٢٠٠٨، انظر: www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel_cavallo_48.html.

(١٩٥) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرات من ٢٠٥ إلى ٢٠٧.

الولاية القضائية الوطنية التي تمتد خارج إقليم الدولة، وتوضيح ماهية الاختلاف، إن وُجد. ويبدو أنه يكفي المضي قدماً على أساس أحد التعريفات الواردة في الأدبيات الفقهية أو في وثائق المنظمات غير الحكومية. فعلى سبيل المثال، يورد المعهد في قرار أصدره في عام ٢٠٠٥ التعريف التالي: "تعني الولاية القضائية العالمية في الشؤون الجنائية، باعتبارها مسوغاً إضافياً للولاية القضائية، اختصاص الدولة بمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم ومعاقتهم إذا أدينوا، أياً كان مكان ارتكاب الجريمة وبغض النظر عن وجود أي صلة إيجابية أو سلبية من حيث الجنسية، أو عن أي أسس أخرى للولاية القضائية معترف بها في القانون الدولي"^(١٩٦). وفي الوقت نفسه، يشير القرار إلى أن الولاية القضائية الجنائية العالمية تستند في المقام الأول إلى القانون الدولي العرفي وتُمارس على الجرائم الدولية المحددة في القانون الدولي، مثل الإبادة الجماعية، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، ما لم يُتفق على خلاف ذلك^(١٩٧). وهكذا، فإن الجرائم المعنية هي نفس الجرائم التي تثار بشأنها أسباب منطقية أخرى للاستثناء من الحصانة الموضوعية.

٧٣ - ويؤكد البعض بوجه خاص أن الولاية القضائية العالمية أو الولاية القضائية الممتدة خارج الإقليم على أخطر الجرائم الدولية، لا تتوافق مع حصانة المسؤولين من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. وقد تحدث اللورد فيليبس واللورد براون - ويلكنسون واللورد

(١٩٦) معهد القانون الدولي، دورة كراكاو - ٢٠٠٥، اللجنة السابعة عشرة، [الولاية القضائية الجنائية العالمية فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب]، القرار، الفقرة ١، Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes النص متاح على الموقع التالي: www.idi-iiil.org. وفي عام ٢٠٠٩، عرفها خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي على النحو التالي: "الولاية القضائية الجنائية العالمية هي تأكيد من جانب إحدى الدول لولايتها القضائية بخصوص جرائم يدعى ارتكابها في أراض دولة أخرى من قبل مواطني دولة أخرى ضد مواطني دولة أخرى، حيث لا تشكل الجريمة المزعومة تهديداً مباشراً للمصالح الحيوية للدولة التي توكّد ولايتها القضائية. وبعبارة أخرى، يقصد بالولاية القضائية العالمية أن تطالب دولة بحقها في المحاكمة على جرائم في ظروف لا توجد فيها صلة من الصلات التقليدية الخاصة بمبادئ الصفة الإقليمية أو الجنسية أو الشخصية السلبية أو مبدأ الحماية عند ارتكاب الجريمة المزعومة". انظر: التقرير المشترك بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الحاشية ١٤ أعلاه، الفقرة ٨.

(١٩٧) انظر الفقرتين ٢ و ٣ (أ)، الحاشية ١٩٦ أعلاه. يتناول أيضاً التقرير المذكور الذي أعده خبراء الاتحادين الأفريقي والأوروبي مسألة تمديد الولاية القضائية الجنائية العالمية لتشمل هذه الجرائم وتشمل القرصنة، التقرير المشترك بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الفقرة ٩. ويقول ف. جيسبرغر (F. Jessberger): "يمكن، على الأقل من الناحية النظرية، أن يتجاوز كثيراً نطاق الجرائم التي يجوز محاكمة مرتكبيها وفقاً لمبدأ العالمية نطاق هذه الجرائم الرئيسية التي ينص عليها القانون الدولي". انظر: F. Jessberger, Universal jurisdiction, in: The Oxford Companion to International Criminal Justice, Editor-in chief A. Cassese, 2009, p. 556. المرجع نفسه، الصفحة ٥٥٨، انظر القائمة غير الحصرية التي ترد في الأدبيات الفقهية المتعلقة بالولاية القضائية العالمية.

هوب عن هذا الأمر في قضية بينوشيه الثالثة (التي أثرت فيها مسألة قيام الولاية القضائية على أساس اتفاقية ١٩٨٤ المتعلقة بمناهضة التعذيب)^(١٩٨). ووجهة النظر هذه مطروحة في الفقه القانوني^(١٩٩). وأشار إليها أيضا في التقرير الختامي المتعلق بممارسة الولاية القضائية العالمية على الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، الذي أعدته رابطة القانون الدولي في عام ٢٠٠٠. وذكر في التقرير، على نحو خاص، أن "مفهوم الحصانة من المسؤولية الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في القانون الدولي التي يرتكبها بالصفة الرسمية شاغلو المناصب حاليا أو سابقا، يبدو أمرا يتعارض جذريا مع مقولة أن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان تخضع للولاية القضائية العالمية"^(٢٠٠). (ونود أيضا أن نشير هنا، بخصوص النص المذكور الوارد في تقرير الرابطة، أن هذه المسألة ليست متعلقة بالحصانة من المسؤولية الجنائية وذلك، ببساطة شديدة، لأنه لا وجود لمثل هذه الحصانة. فالحصانة، كما ذكرنا سابقا، هي مجرد عائق إجرائي أمام بعض تدابير الإجراءات الجنائية).

٧٤ - ويبدو للوهلة الأولى أن تشريعات دول عديدة تكرس إمكانية ممارسة الولاية القضائية العالمية فيما يتعلق بالجرائم الدولية الخطيرة. وفي الوقت نفسه، كثيرا ما يبيّن النظر عن كثب أن هذه الولاية القضائية ليست عالمية تماما، لأن ممارسة الولاية مشروطة بوجود صلة ما مع الدولة التي تمارسها^(٢٠١). وتُعتمد هذه التشريعات، على وجه الخصوص، من

(١٩٨) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢٠٥، الحاشية ٥٩٠.

(١٩٩) المرجع نفسه، الحاشية ٥٩٣.

(٢٠٠) Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, London Session (2000), p.14، (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.ila-hq.org>).

(٢٠١) على سبيل المثال، فيما يخص تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد الأفريقي والدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، التي تنص على الولاية القضائية الجنائية العالمية والقيود المفروضة عليها، انظر تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الفقرات ١٦-١٨، و ٢٢-٢٥. وحسب ما أشار إليه ك. أمبوس (K. Ambos)، فيما يخص الدراسة التي أعدها معهد ماكس بلانك للقانون الجنائي الأجنبي والدولي (انظر: "الولاية القضائية الممتدة خارج الإقليم استنادا إلى الولاية القضائية العالمية هي ولاية محدودة بشكل أو بآخر في جميع الأحوال تقريبا". فهي تعتمد إما على واجب دولي يقضي بالتحاكم (بالاستناد إلى معاهدة) (في إستونيا، وإنكلترا وويلز، وبولندا، وبيلاروس، وروسيا، والصين، وكرواتيا، والنمسا، واليونان) أو على وجود المشتبه فيه في دولة المحكمة (إسبانيا، وسويسرا، وصربيا [، الجبل الأسود]، وكرواتيا، وكندا، وهولندا، والولايات المتحدة). وفي حالات استثنائية فقط، تنطبق الولاية القضائية العالمية على جميع الجرائم الدولية الأساسية (أستراليا، وألمانيا، وسلوفينيا) أو على بعض منها (إسرائيل وإيطاليا والسويد وفنلندا)". K.Ambos, Prosecuting Guantanamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the "Torture Memos" Be held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction? 42 Case W. Res. J.Int'l L., 2009, p. 445-446, fn. 230

أجل تطبيق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و/أو من أجل ضمان تطبيق مبدأ التكامل. وتوجد حالات، وإن كان عددها قليلا جدا، ترفض فيها هذه التشريعات حصانة المسؤولين الأجانب رفضا مباشرا^(٢٠٢). (والسؤال الذي يطرح هنا يتعلق بمدى اتفاق هذه التشريعات التي ترفض الحصانة مع القانون الدولي)^(٢٠٣). وقد اجتازت هذه التشريعات التي ترفض منح الحصانة اختبار الممارسة العملية، وإن لم يكن في جميع الحالات. ففي بلجيكا، على سبيل المثال، جرى تغيير التشريع لكي تراعى على وجه الخصوص مسألة وجود حصانة للمسؤولين الأجانب وفقا للقانون الدولي. ولا تشكل الحصانة الممنوحة للمسؤولين وفقا للقانون الدولي عقبة أمام ممارسة الولاية القضائية الجنائية العالمية بموجب القانون البلجيكي فحسب، وإنما أيضا بموجب قوانين عدد من الدول الأخرى^(٢٠٤).

٧٥ - ونظر أعلاه في عدد من القضايا الجنائية المحلية الناتجة عن ممارسة الولاية القضائية العالمية أو الولاية القضائية الممتدة خارج الإقليم، التي أشير إليها من أجل دعم فكرة وجود

(٢٠٢) يشير تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي (الحاشية ١٤ أعلاه) في الفقرة ١٧ إلى ثلاث دول على الأقل في أفريقيا - جمهورية الكونغو الديمقراطية، وجنوب أفريقيا، والنيجر. وليس لدى المقرر الخاص معلومات عن حالات جرى فيها تطبيق هذا التشريع أو عن ردود فعل الدول المعنية إزاء ذلك.

وتضمن القانون البلجيكي الصادر في عام ١٩٩٩ بشأن المعاقبة على الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي المادة ٥ (٣) التي تنص على ما يلي: "لا تحول الحصانة المرتبطة بالصفة الرسمية لشخص ما دون تطبيق هذا القانون". ولكن القانون المشار إليه تغير في عام ٢٠٠٣ بعد الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في قضية مذكرة الاعتقال. ونصت المادة ٥ (٣) الجديدة على ما يلي: "لا تحول الحصانة الدولية المرتبطة بالصفة الرسمية لشخص ما دون تطبيق هذا القانون إلا ضمن الحدود التي يفرضها القانون الدولي". (انظر: Pierre d'Argent, Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 aout 2003, <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40nl/dargent.html>). وفي نفس العام، تم تغيير هذا القانون أيضا، وأدرجت أحكامه في القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية في بلجيكا. وتضمنت المادة ١ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية النص التالي بشأن الحصانة: "لا يجوز، بموجب القانون الدولي، ملاحقة رؤساء الدول ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية الأجانب، خلال الفترة التي يزاولون فيها وظائفهم، وغيرهم من الأشخاص الذين يقر القانون الدولي بحصانتهم؛ - الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة كاملة أو جزئية بناء على معاهدة ملزمة لبلجيكا". (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.ejustice.just.fgov.be>).

(٢٠٣) انظر الحاشية السابقة.

(٢٠٤) تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الفقرتان ١٨ و ٢٥. كذلك تتضمن مذكرة الاعتقال الأوروبية لعام ٢٠٠٢، التي تشمل نطاقها جملة أمور منها جرائم تطالها الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية، كما يتضمن مادة تتعلق بالامتيازات والحصانات والتنازل عنها. انظر المادة ٢٠ من القرار الإطاري الصادر عن المجلس في ١٣ حزيران/يونيه ٢٠٠٢ بشأن مذكرة الاعتقال الأوروبية وإجراءات نقل المطلوبين بين الدول الأعضاء (JHA/2002.584)، النص متاح على الموقع التالي: <http://www.eur-lex.europa.eu>. وتنص أيضا تشريعات الاتحاد الروسي بشكل مباشر على حصانة مسؤولي الدول الأجنبية من الإجراءات الجنائية المادة ٣ (٢) من قانون الإجراءات الجنائية في الاتحاد الروسي. انظر الفقرة ٣٨ من التقرير الأولي.

قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي تنص على استثناءات من الحصانة. ويتضمن تقرير مجموعة الخبراء الفنية المختصة التابعة للاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي بشأن مبدأ الولاية القضائية العالمية معلومات مرجعية عن مجموعة كاملة من القضايا التي مورست فيها الولاية القضائية الجنائية بحق مسؤولين أجانب^(٢٠٥). وكان بعض القضايا المذكورة يتعلق بأشخاص يتمتعون بالحصانة الشخصية والبعض الآخر بأشخاص يتمتعون بالحصانة الوظيفية (كما في ذلك رؤساء دول وحكومات ووزراء للخارجية والدفاع وما إلى ذلك، ومسؤولون سابقون). ويذكر التقرير ما يلي: ”وأدت هذه الدعاوى إلى نتائج متفاوتة. فقد أسفر بعض الملاحظات الجنائية عن إدانات. لكن غالبية القضايا توقفت لأسباب مختلفة، من بينها الاعتراف بالحصانات الممنوحة بموجب القانون الدولي“^(٢٠٦).

٧٦ - وليس من الصعب ملاحظة أن محاولات ممارسة الولاية القضائية الجنائية العالمية تجري، في الأغلبية الساحقة من الحالات، في بلدان متقدمة النمو وبحق مسؤولين حاليين أو سابقين من دول نامية. ولا تنظر الدول النامية إلى هذا الأمر بوصفه ممارسة للعدالة بل بوصفه أداة سياسية لحل مسائل مختلفة، وتعبيراً عن سياسة تنطوي على معايير مزدوجة، ولا تؤدي إلى تحقيق النتائج التي تنشدها العدالة بقدر ما تؤدي إلى تعقيدات في العلاقات بين الدول^(٢٠٧). وهذا هو السبب المحدد الذي أدى إلى الحوار بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي بشأن الولاية القضائية العالمية الذي تمخض عن نتائج من بينها التقرير المشار إليه في هذا الفرع. وتنص إحدى توصيات هذا التقرير على ما يلي: ”تكون سلطات العدالة الجنائية الوطنية التي تعتزم أن تمارس الولاية القضائية العالمية بشأن أشخاص يُشتبه في ارتكابهم جرائم خطيرة تثير قلقاً دولياً ملزمة قانوناً بمراعاة جميع الحصانات التي قد يتمتع بها موظفو الدولة الأجنبية بموجب القانون الدولي وعليها، بالتالي، أن تمتنع عن محاكمة الموظفين الذين يتمتعون بتلك الحصانات“^(٢٠٨). وتتجنب هذه التوصية التطرق إلى مسألة ما إذا كان المسؤول يحتفظ بالحصانة الموضوعية حينما تُمارس عليه الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. ومع ذلك، لا يوجد في مضمون التقرير، الذي يلخص ممارسات ومخاوف العديد من الدول الأفريقية

(٢٠٥) تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الحاشية ١٤ أعلاه، الفقرتان ٢٤ و ٢٦.

(٢٠٦) المرجع نفسه، الفقرة ٢٦.

(٢٠٧) انظر على سبيل المثال الجزء المعنون ”مخاوف أفريقية“ من تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الفقرات ٣٣-٣٨، وكذلك الحاشيتان ١٤ و ١٩٦ أعلاه؛ وك. أمبوس، الحاشية ٢٠١، الصفحتان ٤٤٤-٤٤٥.

(٢٠٨) تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الفقرة ٤٦، التوصية ٨.

والأوروبية، ولا في هذه التوصية، ما يدعو إلى تأييد وجود ولاية جنائية عالمية تنتفي فيها هذه الحصانة.

٧٧ - وإذا قيل إن الحصانة لا تتوافق مع الولاية القضائية العالمية، فإن السبب ليس واضحا تماما في وجوب ألا يتعلق ذلك لا بالحصانة الوظيفية فحسب، وإنما أيضا بالحصانة الشخصية. وعند النظر في العلاقة بين الولاية القضائية العالمية والحصانة ككل، أو الحصانة الموضوعية وحدها، ينبغي أيضا التذكير بموقف محكمة العدل الدولية في هذا الصدد، الذي سبق ذكره في التقرير الأولي المقدم في الدورة الستين للجنة، غير أن له أهميته في هذا السياق، إذ جاء فيه ما يلي: "وينبغي كذلك ملاحظة أن القواعد التي تنظم الولاية القضائية للمحاكم الوطنية يجب أن تُميّز بعناية عن القواعد التي تنظم الحصانات من الولاية القضائية: فالولاية القضائية لا تعني عدم وجود حصانة، بينما لا يعني غياب الحصانة وجود ولاية قضائية. وهكذا، ورغم أن مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمنع بعض الجرائم الخطيرة والمعاقبة عليها يفرض على الدول التزامات بمقاضاة مرتكبيها أو تسليمهم، مما يقتضي منها أن توسع نطاق ولايتها القضائية الجنائية، فإن هذا التوسيع لا يؤثر بأي حال من الأحوال على الحصانات الممنوحة بموجب القانون الدولي العرفي، بما فيها حصانات وزراء الخارجية. ويظل التحجج بهذه الحصانات ممكنا أمام محاكم دولة أجنبية، حتى عندما تمارس تلك المحاكم الولاية القضائية بموجب هذه الاتفاقيات" (٢٠٩).

٧٨ - وفي ضوء ما سبق، يبدو أن لا توجد حجج مُرضية تدعم الأساس المنطقي قيد البحث للاستثناء من الحصانة. وعلى الأقل، فإن معهد القانون الدولي، في القرار المتعلق بالولاية القضائية الجنائية العالمية فيما يخص جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، الذي اعتمده في عام ٢٠٠٥ (أي خلال أربع سنوات من اعتماده قرارا بشأن حصانات رؤساء الدول والحكومات من الولاية القضائية وتنفيذ الأحكام في القانون الدولي، أنكر فيه على رؤساء الدول والحكومات السابقين التمتع بالحصانة الموضوعية، من الولاية القضائية الأجنبية، في حال ارتكابهم جرائم خطيرة ينص عليها القانون الدولي) (٢١٠)،

(٢٠٩) قضية مذكرة أمر الاعتقال، الحكم، الفقرة ٥٩.

(٢١٠) قرار معهد القانون الدولي - ٢٠٠١، الحاشية ٤٠ أعلاه، المادتان ١٣ و ١٦.

"المادة ١٣"

١ - لا يتمتع رئيس دولة سابق بأي حرمة في إقليم الدولة الأجنبية.

٢ - كذلك لا يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية، في الدعاوى الجنائية أو المدنية أو الإدارية، إلا فيما يتعلق بأعمال تنفذ في إطار ممارسة المهام الرسمية وتكون ذات صلة بممارسة تلك المهام. ومع ذلك، تجوز ملاحقته

اكتفى بالعبارة التالية في الفقرة الأخيرة من ذلك القرار: "لا تخل الأحكام الواردة أعلاه بالحصانات القائمة بموجب القانون الدولي"^(٢١١).

٧٩ - والأساس المنطقي قيد البحث، الذي يستند إليه الاستثناء من الحصانة فيما يخص الولاية القضائية العالمية، مشابه لأساس منطقي آخر لا يُنكر أنه أقل انتشاراً، مفاده أن الحصانة لا تسري بشأن جريمة يُنسب ارتكابها إلى مسؤول أجنبي عند سريان مبدأ "التسليم أو المحاكمة". وتشير مذكرة الأمانة العامة إلى أن اللورد سافيل قد أيد هذا الموقف في قضية بينوشيه الثالثة^(٢١٢). وفي التقرير الأولي عن الالتزام بالتسليم أو المحاكمة، الذي قدمه المقرر الخاص ج. غاليتسكي إلى لجنة القانون الدولي في عام ٢٠٠٦، أشير إلى الحصانات بوصفها أحد العوائق التي تحول دون فعالية نظم المقاضاة على الجرائم بموجب القانون الدولي، والتي لا تلائم مثل هذه الجرائم^(٢١٣). وفي الوقت نفسه، أشير خلال مناقشة هذا الموضوع في اللجنة السادسة للجمعية العامة إلى أن تطبيق هذا الالتزام "لا ينبغي أن ... يؤثر على حصانة المسؤولين الحكوميين من الملاحقة الجنائية"^(٢١٤). وليس لدى المقرر الخاص أدلة على وجود أي ممارسة واسعة الانتشار بين الدول، بما في ذلك ممارستها القضائية أو آراؤها فيما تعتبره قواعد ملزمة، تؤكد وجود استثناء في مجال حصانة المسؤولين الأجانب حينما يتعلق الأمر بممارسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية بحقهم بناء على قاعدة "التسليم أو المحاكمة". ويبدو موقف محكمة العدل الدولية، المذكور أعلاه (الفقرة ٧٧) في سياق مسألة الولاية القضائية العالمية، الذي أعربت عنه في الحكم الصادر بشأن قضية مذكرة الاعتقال والذي

ومحاكمته حينما تشكل الأفعال المنسوبة إليه جريمة بموجب القانون الدولي، أو حينما تنفذ حصراً لتلبية مصلحة شخصية، أو حينما تشكل احتلاساً لأصول الدولة ومواردها.

٣ - كذلك لا يتمتع بالحصانة من تنفيذ الأحكام".

وبموجب المادة ١٦، تنطبق المادة ١٣ على رؤساء الحكومات السابقين.

(٢١١) معهد القانون الدولي، دورة كراكاو - ٢٠٠٥، الحاشية ١٩٦ أعلاه، الفقرة ٦.

(٢١٢) انظر مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢٥٩. وذكر اللورد سافيل، على نحو خاص: "فيما يخص الدول الأطراف في الاتفاقية، لا أرى كيف يمكن لهذه الحصانة أن تقوم في انسجام مع أحكام هذه الاتفاقية عندما يتعلق الأمر بالتعذيب. فقد وافقت كل دولة طرف على أن يكون بوسع الدول الأطراف الأخرى أن تمارس ولايتها القضائية على مرتكبي التعذيب المفترضين من المسؤولين الموجودين داخل أقاليمها وذلك إما بتسليمهم أو بإحالتهم إلى سلطاتها المختصة لأغراض المحاكمة؛ وبالتالي، أرى أنه لا يمكنها في الوقت نفسه أن تطلب حصانة من التسليم، أو المحاكمة تستند بالضرورة إلى الطابع الرسمي للتعذيب المدعى ارتكابه"، قضية بينوشيه الثالثة (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>).

(٢١٣) A/CN.4/571، الفقرة ١٤.

(٢١٤) A/CN.4/588، الفقرة ١٦١.

ينطبق لا على العلاقة بين الحصانة والولاية القضائية العالمية فحسب وإنما أيضا على الالتزام بالتسليم أو المحاكمة، مقنعا تماما.

٨٠ - وعمليا، جرت العادة على استخدام العديد من الأسس المنطقية المذكورة أعلاه لإثبات الاستثناءات من حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية حين تُمارس في قضية ذات صلة بارتكاب جريمة خطيرة بموجب القانون الدولي، وقد يكون ذلك مراعاة لعدم قطعية أي من تلك الأسس. ويُضاف إلى ذلك أنه لا يوجد دوما اتفاق فيما بين مؤيدي الاستثناءات على صحة هذا الأساس المنطقي أو ذاك على الإطلاق. ولا يزال المحامون والمنظمات غير الحكومية يشيرون مسألة الاستثناءات من الحصانة الموضوعية في حالات الجرائم الخطيرة المحددة بموجب القانون الدولي. ويتجلى هذا الموقف في قرارين صادرين عن المعهد. فحسب ما ذكر سابقا، يتضمن قرار عام ٢٠٠١ المادتين ١٣ و ١٦ اللتين تنصان على استثناءات من هذا القبيل في حالة رؤساء الدول والحكومات السابقين. فالقرار الذي اعتمده المعهد في عام ٢٠٠٩ بشأن حصانة الدولة والأشخاص الذين يعملون لصالح الدولة من الولاية القضائية في حالات الجرائم الدولية، ينص على أنه فيما يتعلق بالجرائم الدولية، لا تنطبق بموجب القانون الدولي على الأشخاص الذين يتصرفون باسم الدولة أي حصانة باستثناء الحصانة الشخصية، وأن هذه الحصانة تتوقف عند انتهاء وظيفة أو مهمة أي فرد يتمتع بها^(٢١٥). ومع ذلك، وكما يمكننا أن نرى، فإن هذا الرأي ليس هو الرأي السائد في الفقه القانوني، بل يبدو أيضا أن ليس له بعد تأثير حاسم على ممارسات الدول ومواقفها.

٨١ - وتختلف المسألة حينما يتعلق الأمر بالتساؤل عما إذا كانت الحصانة الموضوعية تنتفي حينما تُرتكب الجريمة في أراضي الدولة التي تمارس الولاية القضائية^(٢١٦). والقضية هنا

(٢١٥) قرار معهد القانون الدولي - ٢٠٠٩، الحاشية ٢٢، المادة الثالثة.

(٢١٦) المادة الثالثة - حصانة الأشخاص الذين يتصرفون باسم الدولة:

١ - لا تنطبق بموجب القانون الدولي، فيما يتعلق بالجرائم الدولية، أي حصانة من الولاية القضائية باستثناء الحصانة الشخصية.

٢ - حينما تنتهي وظيفة أو مهمة أي شخص يتمتع بالحصانة الشخصية، فإن تلك الحصانة الشخصية تتوقف^(٢١٦).

وفي الوقت نفسه، وفقا للمادة الرابعة من هذا القرار، فإن الأحكام المذكورة أعلاه "لا تمس بمسألة ما إذا كانت دولة ما تتمتع بالحصانة من الولاية القضائية أمام المحاكم الوطنية لدولة أخرى في الدعاوى المدنية ذات الصلة بجريمة دولية ارتكبتها أحد موظفي الدولة الأولى، والحالات التي تتمتع فيها بتلك الحصانة".

حين إعداد هذا التقرير، لم يكن قد تم بعد نشر حولية المعهد التي تحتوي على مواد كان يمكن أن توضح الكيفية التي أعد بها قرار عام ٢٠٠٩.

(٢١٦) انظر: مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ١٦٢-١٦٥. للاطلاع على تحليل لمسألة حصانة الدولة من الولاية القضائية المدنية للدولة التي تُنفذ في إقليمها النشاط الذي أدى إلى التسبب بالضرر، انظر مثلا:

لا تتعلق بالضرورة بجرائم دولية خطيرة. فالأولوية الممنوحة للولاية القضائية للدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها على الحصانة، قد تكون افتراضيا العامل الإضافي الذي يقضي، وفقا لمبدأ السيادة، بأن الدولة تملك السلطة والولاية القضائية بصورة مطلقة وعليا في إقليمها. ومع ذلك، ينبغي التذكير بأنه يجري في ممارسة هذه المهيمنة الاستثناءات المقررة في القانون الدولي، وخصوصا حصانة الدولة الأجنبية ومسؤوليها^(٢١٧).

٨٢ - وحسب ما جاء في مذكرة الأمانة العامة، "أشير إلى أنه في تحديد ما إذا كانت الأعمال التي يضطلع بها مسؤول في الدولة في إقليم دولة أجنبية تعتبر مشمولة بالحصانة من حيث الموضوع، يكون الاعتبار البالغ الأهمية هو ما إذا كانت الدولة الإقليمية وافقت على اضطلاع هيئة تابعة لدولة أجنبية بمهام رسمية في إقليمها"^(٢١٨). وموافقة الدولة المستقبلية، ليس على أداء المهام فحسب، ولكن أيضا على مجرد وجود مسؤول أجنبي في إقليمها، قد يكون أمرا ذا أهمية. وفي سياق الموضوع قيد النظر، يمكن التمييز بين عدة أنواع من الحالات^(٢١٩). فعلى سبيل المثال، قد تكون الدولة التي تمارس الولاية القضائية قد وافقت على وجود المسؤول الأجنبي فيها وعلى ممارسته للنشاط الذي أدى إلى ارتكاب جريمة في إقليمها. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تحدث حالة مشابهة، إنما تتميز عن الحالة السابقة بأن الدولة المستقبلية لم تعرب عن موافقتها على النشاط الذي أدى إلى الجريمة. وأخيرا، توجد حالات لا تكون فيها الدولة التي تمارس الولاية القضائية قد وافقت لا على النشاط، ولا حتى على مجرد وجود المسؤول الأجنبي في إقليمها.

٨٣ - ولا يبدو أن التطبيق على النوع الأول من الحالات يسبب مشاكل خاصة. فخلاصة القول إن الدولة التي وقعت الجريمة المزعومة في إقليمها قد وافقت مسبقا على أن تمنح الموظف الذي يوجد ويعمل في إقليمها حصانة فيما يخص الأعمال التي يؤديها بصفته الرسمية. فعلى سبيل المثال، إذا كان مسؤول أجنبي قد جاء لإجراء محادثات، وارتكب أثناء توجهه إلى

X.Yang, State immunity in the European court of human rights: reaffirmation and misconceptions, British Journal of International Law, vol. 74 (2003), pp.375-408.

(٢١٧) انظر المادة ٢ من مشروع الإعلان المتعلق بحقوق الدول وواجباتها: "لكل دولة الحق في ممارسة ولايتها على إقليمها وعلى كل الأشخاص ... الموجودين فيه، رهنا بالحصانات التي يقرها القانون الدولي".
The Work of the International Law Commission, 6th ed., vol., p. 262.

(٢١٨) انظر: مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ١٦٣.

(٢١٩) نود التشديد على أن المسألة المثارة هنا تقتصر فقط على تمتع المسؤولين بالحصانة الموضوعية. ولا تندرج في إطار هذا الموضوع حصانات الموظفين القنصليين أو موظفي البعثات الخاصة، رغم أن بعض المقارنات قد تكون مفيدة.

مكان المحادثات انتهاكا لقواعد المرور يستتبع عقوبة جنائية في الدولة المستقبلية، فإن هذا الشخص فيما يبدو يجب أن يتمتع بالحصانة.

٨٤ - وفي الحالة الثانية، يبدو السؤال المطروح هو ما إذا كانت الحصانة تسري في الحالة التي يتم فيها مسبقا تحديد نطاق نشاط المسؤول وتكون الدولة المستقبلية قد أعطت موافقتها على هذا النشاط، دون أن تعطي موافقتها على النشاط الذي أدى إلى الجريمة. فعلى سبيل المثال، إذا كان المسؤول قد جاء لإجراء محادثات بشأن الزراعة، ولكنه شارك خارج نطاق المحادثات في التجسس أو في نشاط إرهابي، عندئذ تكون إمكانية تمتعه بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية للدولة المستقبلية فيما يتعلق بتلك الأعمال غير المشروعة مشكوكا فيها. ولكن الأمر الذي يتسم هنا بأهمية واضحة هو مدى ارتباط النشاط الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة بالنشاط الذي وافقت عليه الدولة. ففي هذه الحالة، من جهة أولى، تعد أفعال المسؤول ذات طابع رسمي، وتنسب إلى الدولة التي يخدمها (أو كان يخدمها)، وبالتالي تتوافر أسس لطرح مسألة حصانة هذا الشخص بناء على سيادة تلك الدولة. ومن جهة أخرى، اضطلعت هذه الدولة، عن طريق المسؤول التابع لها، بنشاط في أراضي الدولة الأخرى دون موافقتها على ذلك، أي على نحو يشكل انتهاكا لسيادة تلك الدولة^(٢٢٠).

٨٥ - وإذا لم تكن الدولة قد وافقت على وجود المسؤول الأجنبي في أراضيها ولا على نشاطه الذي أدى إلى ارتكاب فعل يعاقب عليه جنائيا، فيبدو أن هناك ما يكفي من الأسباب لافتراض أن المسؤول لا يتمتع بالحصانة الموضوعية من الولاية القضائية لتلك الدولة. ففي الحالة المعروضة في الفقرات السابقة، تكون الدولة، من خلال الموافقة على وجود مسؤول أجنبي ونشاطه في أراضيها، قد وافقت مسبقا على حصانة ذلك الشخص فيما له صلة بنشاطه الرسمي. ولكن، إذا لم تتوافر هذه الموافقة، ولم يكن الأمر يقتصر على مجرد إقدام الشخص على تصرف غير قانوني وإنما كان وجوده في أراضي تلك الدولة نفسه غير قانوني، فإن التمسك بالحصانة يكون صعبا إلى حد بعيد. وتشمل الأمثلة على هذا النوع من الحالات أعمال التجسس والتخريب والاختطاف، وما إلى ذلك. وفي الإجراءات القضائية المتعلقة

(٢٢٠) ترى ر. فان أليبيك أن من المهم أيضا، لتقييم أي حالة تنطوي على حصانة مسؤول أجنبي، معرفة ما إذا كان لنشاطه طابع إجرامي يستتبع العقاب بموجب قانون الدولة التي مورس النشاط في إقليمها (ولكن مسألة مسؤول من دولة أجنبية مساءلة فعلية تعتمد على ما إذا كان عمل معين يشكل في واقع الأمر انتهاكا للقانون الوطني للدولة التي انتهكت سيادتها الإقليمية، أو ما إذا كان الانتهاك يتعلق فقط بقاعدة من القواعد السارية بين الدول). (انظر ر. فان أليبيك، الحاشية ٥١ أعلاه، الصفحات ١٨١-١٨٣. ويورد المرجع نفسه، في الصفحات ١٦٧-١٨٣، أمثلة عن أحكام أصدرتها محاكم وطنية في قضايا تتعلق بمسؤولين أجانب ارتكبوا جرائم في إقليم الدولة التي تمارس الولاية القضائية).

بقضايا من هذا النوع إما يجري التحجج بالحصانة دون أن يُقبل ذلك^(٢٢١)، أو حتى عدم التحجج بها مطلقاً^(٢٢٢). وينبغي أيضاً الإشارة هنا إلى أن بعض القضايا، مثل قضيتي ديستومو (Distomo)^(٢٢٣) وفيريبي^(٢٢٤) اللتين لم تعترف فيهما المحاكم اليونانية والإيطالية بحصانة ألمانيا من الولاية القضائية الإيطالية، كانت تتعلق بجرائم ارتكبت في إقليم الدولة التي تمارس الولاية القضائية^(٢٢٥). والحكم الصادر في قضية بوزاري، الذي اعترفت فيه محكمة كندية بالحصانة رغم كون التعذيب محظوراً بموجب قاعدة أمر، يتضمن مقاطع يمكن، عبر تفسيرها باتباع نهج الاستدلال بالضد، أن يُستنتج منها أن الحكم ربما كان ليختلف إذا كان التعذيب قد ارتكب في إقليم الدولة التي تمارس الولاية القضائية^(٢٢٦).

٨٦ - والحالات التي يُنظر فيها هنا قد تحدث مع أي موظف من موظفي الدولة، بمن فيهم الأفراد العسكريون. وبالإضافة إلى ذلك، يبدو أن مسألة الملاحقة الجنائية للأفراد العسكريين وحصانتهم، فيما يخص الجرائم التي ترتكب خلال نزاع عسكري في إقليم الدولة التي تمارس

(٢٢١) انظر قضية عملاء وكالة الاستخبارات المركزية التابعة للولايات المتحدة الذين ألقى القبض عليهم في إيطاليا بهم تتعلق باحتطاف شخص في عام ٢٠٠٣ (مذكرة الأمانة العامة، الحاشية رقم ٤٦٦).

(٢٢٢) انظر على سبيل المثال، قضية رينو واريور (Rainbow Warrior) (المرجع نفسه، الحاشية ٤٦٥). ولكن ثمة حالات يمكن أن يجد فيها المسؤول نفسه، أثناء ممارسته أنشطة رسمية، في إقليم دولة أجنبية من دون موافقتها، ولكن بشكل غير متعمد. ويكون النشاط الوحيد الخاضع للعقاب الجنائي الذي يرتكبه المسؤول في هذه الحالة هو عبوره الحدود بصورة غير مشروعة. ويبدو في مثل هذه الحالة أن ثمة أسباباً تميز طرح مسألة الحصانة. فعلى سبيل المثال، أثناء تدريبات جرت في عام ٢٠٠٥، دخلت طائرة عسكرية روسية المجال الجوي الليتواني عن غير قصد ثم تحطمت. وأقيمت في ليتوانيا دعوى جنائية ضد الطيار الذي كان قد نجح من الموت. وأثار الاتحاد الروسي مسألة ما إذا كان قائد الطائرة، الذي وجد نفسه بطريق الخطأ في أراضي دولة أجنبية أثناء أداء عمله، يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية لتلك الدولة (انظر تعليق وزارة خارجية الاتحاد الروسي الصادر في ١٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٥ بشأن هذه القضية، النص متاح على الموقع التالي: http://www.mid.ru/brp_4.nsf/).

(٢٢٣) المرجع نفسه Prefecture of Voiotia v. Germany in Supreme Court of Greece, no 11/2000 of 4 May 2000.

(٢٢٤) Ferrini v. Repubblica Federale di Germania, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2003-11 March 2004, n.5044.

(٢٢٥) طُرح في الفقه القانوني رأي يقول إن هذا الظرف تحديداً كان السبب في عدم الاعتراف بالحصانة لألمانيا في هذه القضية (انظر X.Yang, Jus cogens and state immunity, New Zealand Yearbook of International Law, (2006), pp. 164-169).

(٢٢٦) على سبيل المثال: "ليس هناك مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي ينص على استثناء من حصانة الدولة عند ارتكاب عمل من أعمال التعذيب خارج دولة المحكمة، حتى بالنسبة للأفعال المخالفة للقواعد الآمرة. وفي الواقع، يُستنتج من الأدلة المستقاة من ممارسات الدول... أن ثمة قاعدة سارية من قواعد القانون الدولي العرفي تنص على حصانة الدولة فيما يتعلق بأعمال التعذيب المرتكبة خارج دولة المحكمة" Bouzari v. Iran [2002] O.J.No. 1624, Court file No. 00-CV-201372, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, para. 63.

الولاية القضائية، تخضع في المقام الأول لأحكام القانون الإنساني، وأنها حالة خاصة، وينبغي ألا يُنظر فيها في إطار هذا الموضوع.

٨٧ - وينص قرار معهد القانون الدولي الصادر في عام ٢٠٠١ على أن رئيس الدولة السابق (وبالتالي رئيس الحكومة) يمكن أن يلاحق جنائيا إذا كانت أفعاله "قد نفذت حصرا لتلبية مصلحة شخصية، أو حينما تشكل اختلاسا لأصول الدولة ومواردها"^(٢٢٧). وبذلك تضاف إلى حالة ارتكاب أخطر الجرائم الدولية حالتان أخريان يحرم فيهما رئيس الدولة السابق (وبالتالي رئيس الحكومة) من التمتع بالحصانة الموضوعية. ومن هنا، يرى واضعو القرار أنه حتى لو كان المسؤول الذي يتمتع بحصانة شخصية يتصرف بصفة رسمية، ولكن لأغراض الإثراء الشخصي، فإنه يفقد حينما يترك وظيفته الحماية التي توفرها الحصانة الموضوعية. وقد أعرب كتّاب مختلفون في الفقه القانوني عن وجهة نظر مشابهة فيما يتعلق بطرق أخرى مماثلة للإثراء الشخصي في إطار ممارسة الأنشطة الرسمية^(٢٢٨). وقد يكون هذا الموقف مفهوما إذا لم يكن هذا النوع من النشاط الذي يزاوله المسؤول قد اعتُبر نشاطا رسميا. ولكن، بما أنه ما زال يُعتبر النشاط الرسمي للمسؤول، وبالتالي، للدولة، فإن ذلك يثير بعض الشكوك حول سلامة هذا الموقف. فثمة سلسلة كاملة من المعاهدات الدولية مكرسة لمكافحة الفساد واكتساب المسؤولين ثروة شخصية بصورة غير مشروعة^(٢٢٩). وتجزم تلك المعاهدات ارتكاب المسؤولين مثل هذه الأعمال (بما في ذلك تلك التي لا يمكن ارتكابها إلا باستغلال المنصب أو الرتبة الوظيفية)، وتحدد واجبات الدول وحقوقها المتعلقة بإقامة وممارسة الولاية القضائية الجنائية فيما يخص الأعمال التي يرتكبها المسؤولون. وبعض المعاهدات لا يتطرق إلى مسألة حصانة المسؤولين الأجنب من الولاية القضائية الجنائية^(٢٣٠). وبعضها الآخر يتضمن بنودا تنص على أن أحكامها لا تخل بأحكام المعاهدات الدولية

(٢٢٧) المادة ١٣١٣ (٢) من القرار. انظر الحاشية ٢١٠ أعلاه.

(٢٢٨) انظر: مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢١١.

(٢٢٩) انظر، على سبيل المثال، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ (النص متاح على الموقع التالي: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-r.pdf)، واتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد لعام ١٩٩٦ (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>)، واتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد لعام ١٩٩٩ (European Treaty Series – No.173)، واتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع ومكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ (النص متاح على الموقع التالي: <http://www.africa-union.org/root/AU/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf>).

(٢٣٠) في الوقت نفسه، يمكن العثور على أحكام متعلقة بحصانة مسؤولي الدولة نفسها (انظر، على سبيل المثال، الفقرة ٢ من المادة ٣٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والفقرة ٥ من المادة ٩ من اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع ومكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣).

الأخرى فيما يخص رفع الحصانة عن هؤلاء الأشخاص^(٢٣١). ويبدو أن أبسط طريقة لحسم مسألة حصانة المسؤولين من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، في الحالات التي يرتكبون فيها جرائم بهدف الإثراء الشخصي، تتمثل في إدراج الأحكام المناسبة في معاهدة دولية تكرس لمكافحة هذه الجرائم. ولكن ذلك لم يحدث بعد، إلا إذا اعتُبر طبعاً أن المعاهدات المذكورة تنص ضمناً على رفع الحصانة.

٨٨ - ويبدو بجلاء أن من اللازم، من أجل البت في مسألة ما إذا كان المسؤول يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية في الحالات قيد النظر هنا، أن تُدرس في كل حالة فعلية مسألة ما إذا كانت الصفة التي نفذ بها ذلك الشخص العمل الذي أدى إلى الإثراء غير المشروع، وما إلى ذلك، رسمية أم شخصية. ومن المعروف أن ثمة حالات مورست فيها الولاية القضائية الأجنبية بخصوص جرائم من هذا النوع ولم تطلب فيها الدولة منح الحصانة لمسؤولها. وهذا ما حدث، على سبيل المثال، في الولايات المتحدة في قضية ماركوس، رئيس الفلبين السابق^(٢٣٢). وفي الوقت نفسه، في قضية آدموف، وزير الطاقة الذرية السابق في الاتحاد الروسي، التي نظرت في إطارها المحكمة الاتحادية السويسرية في مسألة تسليمه إلى الولايات المتحدة أو الاتحاد الروسي، أكد الاتحاد الروسي أن مسؤولها السابق يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية للولايات المتحدة، مشيراً إلى جملة من الأمور منها أن الإثراء غير

(٢٣١) انظر، على سبيل المثال، المادة ١٦ من اتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد لعام ١٩٩٩، والمادة ٤ (٤) من اتفاقية مكافحة الفساد الذي يتورط فيه موظفو الجماعات الأوروبية وموظفو الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي التي اعتمدت في ٢٦ أيار/مايو ١٩٩٧ (النص متاح على الموقع التالي: <http://eur-lex.europa.eu/>).

(٢٣٢) لم تبحر المحكمة العليا في سويسرا، في حكمها الصادر في قضية ماركوس 2 (Tribunal Federal, Affaire Marcos, 2 (Novembre 1989, ref. ATF 115 Ib 496 consid 5 b)، تحليلاً تفصيلياً لطبيعة نشاط هذا الشخص، حيث قررت أنه لا يتمتع بالحصانة لأن الفلبين قد رفضت الاعتراف بالطابع الرسمي لهذا النشاط. وكان الوضع مماثلاً في الحكم الصادر في قضية ماركوس في الولايات المتحدة (In re Grand Jury Proceedings, 817 F.2d at 1111): فقد أبلغت حكومة الفلبين وزارة خارجية الولايات المتحدة، في إطار هذه القضية، بالتنازل عن حصانة ماركوس. وفي قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد نوريغا (USA v. Noriega 117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493، انظر: مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢١١، الحاشية ٦٠٥) أنكرت إحدى محاكم الولايات المتحدة الحصانة على مانويل نوريغا، الرئيس السابق لدولة بنما، استناداً إلى أن حكومة الولايات المتحدة لم تكن قد اعترفت بنوريغا رئيساً للدولة في الفترة التي نفذ فيها الأعمال التي كانت قيد النظر. ولم تتمسك بنما بحصانة نوريغا. وبعبارة أخرى، لم يُعتبر طابع الأعمال التي أداها عاملاً حاسماً في هذه الحالة. ولو كانت السلطات التنفيذية للولايات المتحدة قد اعترفت بشرعية أهلية نوريغا للسلطة، فلا شك في أن حصانته كان سيُعترف بها أيضاً. انظر، على سبيل المثال: Heidi Altman, The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon, April 2002, p. 6, <http://www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf>.

المشروع الذي اهتم به آداموف قد حدث في الاتحاد الروسي نتيجة لنشاطاته الرسمية (إساءة استخدام رتبته الوظيفية)^(٢٣٣).

٨٩ - ولا يجيز ما تقدم تأكيد أن أحكام القرار المشار إليه أعلاه، الذي اتخذه معهد القانون الدولي في عام ٢٠٠١، تعكس قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي^(٢٣٤). وفي الوقت نفسه، لا يبدو أن الحصانة الموضوعية تحمي المسؤول من تدابير الإجراءات الجنائية التي تتخذها دولة أجنبية فيما يتعلق بممتلكاته الشخصية (مثل الأرصدة المودعة في المصارف الأجنبية) في نطاق إجراءات القانون الجنائي التي تمارسها بشأن جريمة يُنسب إليه ارتكابها بهدف الإثراء الشخصي. ولا يمكن اعتبار أن هذه الإجراءات تقيده في أداء أعماله الرسمية.

٣ - استنتاجات بشأن الاستثناءات

٩٠ - يرى المقرر الخاص أن الحجج الواردة أعلاه تبرهن على أن الأسس المنطقية المختلفة للاستثناءات من حصانة المسؤولين من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية يثبت، لدى التدقيق فيها عن كثب، أنها غير مقنعة بشكل كاف. وما زالت هذه الأسس المنطقية محل نقاش في الفقه القانوني. كما أن ممارسات الدول في هذا الصدد غير موحدة على الإطلاق. ولم يؤد الحكم الصادر في قضية بينوشيه، بعد أن أعطى زحماً لمناقشة هذه المسألة، إلى نشوء ممارسات قضائية متجانسة. وفي هذا الصدد، يصعب القول بأن الاستثناءات من الحصانة قد تطورت لتصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، تماماً مثلما يستحيل، على أي حال، التأكيد بشكل قاطع على وجود توجه نحو وضع قاعدة من هذا القبيل. وثمة حالة تختلف عن غيرها في هذا الصدد، وهي الحالة التي تمارس فيها الدولة الاختصاص الجنائي إثر وقوع الجريمة المزعومة في إقليمها، وتكون تلك الدولة لم تعط موافقتها على أن يُمارس في إقليمها النشاط الذي أدى إلى الجريمة، أو على أن يوجد في أراضيها المسؤول الأجنبي الذي ارتكب تلك الجريمة المزعومة. ففي مثل هذه الحالة، يبدو أن ثمة أسباباً كافية تجيز الحديث عن غياب الحصانة.

٩١ - والسؤال الذي يطرح نفسه هو إلى أي مدى يستحسن فرض المزيد من القيود على الحصانة بوصف ذلك قانوناً منشوداً. ولنتذكر في هذا الصدد بعض التوصيات الواردة في تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، بما في ذلك بعض التوصيات التي أشير إليها

(٢٣٣) انظر: *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, Urteil vom 22. Dezember 2005, 1. Öffentlichrechtliche Abteilung (1A.288/2005/gij), para. 3.4.2. وانظر أيضاً التعليقات التي أصدرتها في ١٨ أيار/مايو ٢٠٠٥ إدارة الإعلام والصحافة في وزارة الشؤون الخارجية للاتحاد الروسي، على الموقع التالي: http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument

(٢٣٤) انظر رأي هازل فوكس (Hazel Fox) الوارد في "مذكرة الأمانة العامة" (الفقرة ٢٠٩) ومفاده أن المسألة المطروحة هي أن صياغة تلك الأحكام الواردة في المادة ١٣ من القرار تمثل القانون المنشود.

أعلاه، والتي جاء فيها أنه: ”يتعين على الدول، عند ممارستها الولاية القضائية العالمية بخصوص جرائم خطيرة ذات طابع دولي مراعاة الحاجة إلى تجنب الإخلال بالعلاقات الدولية الودية... وتلتزم قانونا سلطات العدالة الجنائية الوطنية التي تعتمز أن تمارس الولاية القضائية العالمية بالنسبة إلى أشخاص يُشتبه في ارتكابهم جرائم خطيرة ذات طابع دولي. بمراعاة جميع الحصانات التي قد يتمتع بها موظفو الدولة الأجنبية. بموجب القانون الدولي ويكون عليها، بالتالي، التزام بالامتناع عن محاكمة الموظفين الذين حولت لهم هذه الحصانات... ولدى المقاضاة على الجرائم الخطيرة ذات الطابع الدولي، ينبغي للدول، من باب السياسة العامة، إيلاء الأولوية للإقليمية بوصفها أساسا للولاية القضائية، باعتبار أن هذه الجرائم التي تؤدي المجتمع الدولي برمته من خلال انتهاك القيم العالمية، تؤدي أساساً المجتمع الذي ارتكبت فيه، وتشكل خرقا ليس فقط لحقوق الضحايا بل أيضا لاحتياجات الجمهور العام من النظام والأمن في ذلك المجتمع. وزيادة على ذلك، فإن أغلب الأدلة توجد عادة في إقليم الدولة التي يدعى أن الجريمة ارتكبت فيه“^(٢٣٥).

٩٢ - ويمكن التساؤل أيضا عما إذا كان ظهور مثل هذه الاستثناءات في القواعد العامة للقانون الدولي، وما يواكبها من إمكانية ممارسة الولاية القضائية الجنائية الوطنية على مسؤولين أجنبى سيكون محبذا، لأغراض مكافحة الإفلات من العقاب، بوصف ذلك عنصرا مكملا للولاية القضائية الجنائية الدولية أو للولاية القضائية للدولة التي يخدمها (أو خدمها) المسؤول إذا لم تقم تلك الدولة بملاحقته جنائيا بصورة فعلية^(٢٣٦). وتنص تشريعات بعض الدول على ممارسة مثل هذه الولاية القضائية الجنائية الفرعية^(٢٣٧). بيد أن إمكانية ممارسة الولاية القضائية المنصوص عليها في التشريعات لا تعني بعد، كما يتضح مما تقدم، وجود استثناءات من حصانة المسؤولين الأجنبى.

٩٣ - أما مسألة حق الدول في وضع قيود على حصانة موظفيها من الولاية القضائية الجنائية لبعضها بعضا، من خلال إبرام معاهدة دولية، فهي مسألة أخرى^(٢٣٨). وفي هذا

(٢٣٥) تقرير خبراء الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي، الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحتان ٣٣ و ٣٤.

(٢٣٦) انظر الكلمات التي أدلى بها في الدورة الستين للجنة القانون الدولي كل من دونالد ماكراري (A/CN.4/SR.2984, p.9)، وإدموندو فارغاس - كارينيو (A/CN.4/SR.2987, p.11) وماري غوتون جاكوبسون (A/CN.4/SR.2985, pp.5-6).

(٢٣٧) انظر ك. أمبوس، الحاشية ٢٣ أعلاه، الصفحات ٤١٤ و ٤٢٣ و ٤٤٠.

(٢٣٨) يتضمن بروتوكول عام ٢٠٠٦ لمنع جريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجميع أشكال التمييز والمعاقبة عليها، المادة ١٢ المتعلقة بتطبيق أحكامه الخاصة بمكافحة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية على ”السلطات الرسمية“. وتنطبق هذه الأحكام ”على قدم المساواة على جميع الأشخاص المشتبه في ارتكابهم الجرائم التي ينطبق عليها هذا البروتوكول، بغض النظر عن المركز الرسمي لأولئك الأشخاص. وعلى نحو خاص، فإن المركز الرسمي لرئيس الدولة،

الصدد، يمكن للجنة أن تدرس، إلى جانب تدوين القانون الدولي العرفي الساري حالياً، مسألة إعداد بروتوكول طوعي أو بنود نموذجية بشأن تقييد أو منع حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية.

زاي - موجز

٩٤ - يمكن تلخيص محتويات هذا التقرير في العبارات التالية:

- (أ) القاعدة العامة، بصورة إجمالية، هي حصانة مسؤولي الدولة، والدولة نفسها، من الولاية القضائية الأجنبية، أما غيابها في أية حالة معينة فهو الاستثناء من هذه القاعدة؛
- (ب) يتمتع مسؤولو الدولة بالحصانة الموضوعية من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، أي أن لديهم حصانة فيما يتعلق بالأعمال التي تؤدي بصفة رسمية، لأن هذه الأعمال هي أعمال الدولة نفسها التي يخدمونها؛
- (ج) لا توجد أسباب موضوعية تبرر التمييز بين إسناد التصرف لأغراض تحديد المسؤولية من جهة، ولأغراض الحصانة من جهة أخرى. ويصعب وجود أسباب تميز التأكيد بأن العمل الواحد نفسه، الصادر عن المسؤول، يُنسب إلى الدولة ويعتبر من تصرفاتها لأغراض تحديد مسؤولية الدولة، وأنه لا ينسب إليها بتلك الصفة ويعتبر فقط عملاً من أعمال المسؤول لأغراض الحصانة من الولاية القضائية. ومسألة تحديد طبيعة سلوك المسؤول - من حيث كونه ذا طابع رسمي أو شخصي - وبالتالي إسناد هذا التصرف إلى الدولة من عدمه، مسألة يجب منطقياً أن يُنظر فيها قبل النظر في مسألة حصانة المسؤول عن هذا التصرف؛
- (د) إن تصنيف سلوك المسؤول باعتباره سلوكاً رسمياً لا يعتمد على دوافع الشخص أو على مضمون السلوك. فالعامل الحاسم هو أن المسؤول يتصرف بموجب أهليته

أو لرئيس الحكومة، أو لعضو رسمي في الحكومة أو البرلمان، أو لممثل منتخب أو وكيل للدولة، لا يدرأ عنه المسؤولية الجنائية أو يمنعها بأي حال من الأحوال"، المؤتمر الدولي المعني بمنطقة البحيرات الكبرى، بروتوكول منع جريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجميع أشكال التمييز والمعاقبة عليها، النص متاح على الموقع التالي: <http://www.icglr.org/keydocuments/0of%20the%20Crime%20of%20Genocide,%20War%20Crimes%20and%20Crimes%20against%20Humanity%20and%20All%20forms%20of%20Discrimination.pdf>

ومن المحتمل أن تعتبر الأطراف في المعاهدة أن هذه المادة تحول دون تمتع موظفيها بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية لأي طرف آخر، رغم أن البروتوكول لا ينص بصورة مباشرة على تقييد الحصانة أو الحيلولة دون التمتع بها (ولسوء الحظ، ليس لدى المقرر الخاص معلومات عن تطبيق محاكم الدول الأعضاء النص المذكور من البروتوكول من الناحية العملية).

بتلك الصفة. ويجب التفريق بين مفهوم "عمل المسؤول بصفته تلك"، أي "العمل الرسمي"، ومفهوم "العمل الذي يدخل في نطاق الوظائف الرسمية". فالأول أوسع نطاقاً، ويشمل الثاني؛

(هـ) يختلف نطاق حصانة الدولة عن نطاق حصانة مسؤولها، رغم أن الحصانة، في جوهرها، واحدة. فالمسؤول الذي يؤدي عملاً ذا طابع تجاري يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية إذا كان هذا العمل منسوباً إلى الدولة؛

(و) يمتد نطاق الحصانة الموضوعية إلى ما يؤديه المسؤولون من أعمال تتجاوز حدود السلطة، وإلى أعمالهم غير المشروعة؛

(ز) لا تشمل الحصانة الموضوعية الأفعال التي أداها المسؤول قبل توليه منصبه؛ فالمسؤول السابق محمي بالحصانة الموضوعية فيما يخص الأعمال التي أداها بصفته الرسمية خلال فترة شغله للمنصب؛

(ح) لا تتأثر الحصانة الموضوعية بطابع إقامة المسؤول أو المسؤول السابق في الخارج، بما في ذلك في إقليم الدولة التي تمارس الولاية القضائية. فسواء أكان هذا الشخص في الخارج في زيارة رسمية أو كان يمكنه هناك بصفته الخاصة، فمن الواضح أنه يتمتع بالحصانة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية فيما يتعلق بالأعمال التي يؤديها بصفته من المسؤولين؛

(ط) تشمل الحصانة الشخصية، التي تتمتع بها دائرة ضيقة من مسؤولي الدولة الرفيعة المستوى، الأعمال غير المشروعة التي يؤديها المسؤول بصفة رسمية وبصفة خاصة على حد سواء، بما في ذلك قبل توليه مهام منصبه. وهذا ما يعرف بالحصانة المطلقة؛

(ي) بما أن الحصانة الشخصية مرتبطة بمنصب محدد رفيع المستوى، فإنها تكون ذات طابع مؤقت، وتتوقف عندما يترك الشخص منصبه. ولا تتأثر الحصانة الشخصية لا بكون الأعمال التي أدت إلى ممارسة الولاية القضائية قد جرت خارج نطاق وظائف المسؤول، ولا بطبيعة مكوته في الخارج، بما في ذلك في أراضي الدولة التي تمارس الولاية القضائية؛

(ك) يختلف نطاق حصانة المسؤولين الموجودين في الخدمة من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية تبعاً لمستوى المنصب الذي يشغلونه. فالمسؤولون الموجودون في الخدمة يتمتعون جميعاً بالحصانة فيما يتعلق بالأعمال التي يؤديها بصفتهم الرسمية. وثمة فئة معينة فقط من المسؤولين الرفيعة المستوى الذين يتمتعون فضلاً عن ذلك بالحصانة عن الأعمال التي يؤديها بصفتهم الشخصية. ونطاق حصانة المسؤولين السابقين هي نفسها أياً كان مستوى المنصب الذي كانوا يشغلونه: فهم يتمتعون بالحصانة فيما يتعلق بالأعمال التي نفذوها بصفتهم الرسمية خلال الفترة التي شغلوا فيها مناصبهم؛

(ل) حينما تُوجَّه إلى مسؤول أجنبي تم (بزعم أنه مجرم، أو مشتبه فيه، أو ما إلى ذلك)، فإن تدابير الإجراءات الجنائية ذات الطابع التقييدي التي تمنعه من أداء وظائفه عن طريق فرض التزام قانوني عليه هي وحدها التي لا يجوز اتخاذها عندما يتمتع هذا الشخص: (أ) بالحصانة الشخصية أو (ب) بالحصانة الموضوعية، متى كانت تلك التدابير تتعلق بجريمة ارتكبها هذا الشخص لدى أداء أعمال رسمية. ولا يجوز اتخاذ مثل هذه التدابير بحق مسؤول أجنبي يمثل في دعوى جنائية بصفة شاهد، عندما يتمتع هذا الشخص: (أ) بالحصانة الشخصية أو (ب) بالحصانة الموضوعية، متى كانت القضية تتعلق باستدعاء هذا الشخص للإدلاء بالشهادة بشأن أعمال رسمية أداها بنفسه، أو بشأن أعمال علم بها نتيجة لأداء وظائفه الرسمية؛

(م) تسري الحصانة خلال فترة مكوث المسؤول في الخارج، وكذلك خلال فترة مكوث المسؤول في إقليم الدولة التي يخدمها أو خدمها. وتنتهك تدابير الإجراءات الجنائية التي تفرض التزاما على مسؤول أجنبي الحصانة التي يتمتع بها، بغض النظر عما إذا كان هذا الشخص في الخارج أو في إقليم دولته. وانتهاك الالتزام الذي يقضي بعدم اتخاذ مثل هذه التدابير بحق مسؤول أجنبي يتحقق منذ لحظة اتخاذ التدبير وليس فقط حينما يكون الشخص المستهدف به موجودا في الخارج؛

(ن) إن الأسس المنطقية المختلفة المساقة لتبرير الاستثناءات من حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية غير مقنعة على نحو كاف؛

(س) يصعب الحديث عن الاستثناءات من الحصانة بوصفها قاعدة تم إرساؤها ضمن قواعد القانون الدولي، مثلما لا يمكن التأكيد بشكل جازم على وجود توجّه نحو وضع مثل هذه القاعدة؛

(ع) ثمة حالة خاصة في هذا الصدد هي حالة ممارسة الدولة للولاية القضائية الجنائية إثر وقوع الجريمة المزعومة في إقليمها، إذا كانت هذه الدولة لم تعط موافقتها على أن يُمارس في إقليمها النشاط الذي أدى إلى الجريمة، أو على أن يوجد في إقليمها المسؤول الأجنبي الذي ارتكب تلك الجريمة المزعومة. ففي مثل تلك الحالة، يبدو أن ثمة أسبابا كافية تجيز الحديث عن غياب الحصانة^(٢٣٩).

(٢٣٩) يود المقرر الخاص أن يعرب عن امتنانه للسيدة س. س. سرينكوبا والسيد م. ف. موسيخين على المساعدة التي قدماها في إعداد هذا التقرير.