

Original Article

# Reparation for violation of right to receive consular protection via Relative Restitution

Ehsan Shahsavari<sup>\*1</sup>, Amir Hossein Ranjbarian<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.5.8



10.22080/LPS.2023.25604.1525

**Received:**

June 10, 2023

**Accepted:**

August 9, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Restitution, consular protection, right to fair trial, reparation, right to life, effective review and reconsideration

## Abstract

The right to receive consular protection and its guarantee by the host state is an element of making the right to a fair trial effective. Its development in the practice of human rights treaty bodies as a human right has put consular protection in interaction with human rights, especially the right to fair trial and the right to life. Violation of this right and depriving individuals in national courts and, conviction and sentence based on consular deprivation may lead to the ineffectiveness of criminal proceedings and the violation of some substantive rights, such as the right to life and Freedom from torture. The present essay, with an analytical-descriptive method, seeks to answer the question of how the Humanistic approach affects restitution as an appropriate remedy for the violation of the right to receive consular protection. It seems that Relative restitution in the form of review and reconsideration of sentences and punishments, provided to effectiveness, is considered an effective and appropriate remedy and guarantees the human rights of foreign nationals and the legitimate interests of the host state. On the other hand, the approach of full restitution in the form of annulment of the issued sentences and punishments is not considered an appropriate remedy due to providing an opportunity to escape from criminal justice and denying the jurisdiction of the host state. International precedent, alongside Cessation and non-repetition, has chosen partial restitution, provided to its effectiveness.

**\*Corresponding Author:** Ehsan Shahsavari

**Address:** Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

**Email:** [e.shahsavari@umz.ac.ir](mailto:e.shahsavari@umz.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Article 36 of the VCCR, regardless of criminal charge, recognize the right of all foreigners to receive consular protection (assistance) from the national state. The host State has a positive obligation to guarantee this right as an essential element of the right to fair trial. International jurisprudence affirms the individual nature of this right, and human rights treaty bodies affirm the humanistic aspects of the right, particularly in interaction with the right to fair trial, the right to life, and the right to freedom from torture. This study examines restitution as an appropriate remedy for breaches of the host state's obligation to recognize and facilitate consular access and the appropriateness of partial restitution in light of the precedents of the ICJ and the ILC's ARSIWA.

### 2. Method

The library method was used in this research for collecting data through reviewing books, papers, treaties, international judgments, related documents of international and non-international organizations and human rights treaty bodies, and all other data related to the topic.

### 3. Findings

Partial restitution in the form of review and reconsideration of sentences and punishments, provided to effectiveness, is considered an effective and appropriate remedy and guarantees the human rights of foreign nationals and the legitimate interests of the host state in exercising territorial jurisdiction. On the other hand,

the approach of full restitution in the form of annulment of the issued sentences and punishments, erasing the evidence and the total freedom of the person, is not considered an appropriate remedy due to providing an opportunity to escape from criminal justice and denying the jurisdiction of the host state. International precedent, alongside Cessation and non-repetition, has chosen partial restitution due to its effectiveness

### 4. Conclusions

The paper has concluded that in the cases of breach of consular assistance as enshrined in Article 36 of the VCCR, the host state, by the means of its own choosing, has an as international obligation to effective review and reconsideration of the conviction and sentence issued by its domestic courts to ensure that full weight is given to the effect of the violation of the rights set forth in Article 36 of the Convention. This is an obligation to result, while the host state has a discretionary power about the means of implementing this obligation.

### Funding

There is no funding support

### Authors Contribution

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of this work

### Conflict of interest

Author declares no conflict of interest.

### Acknowledgments

We are grateful to all the persons who provided scientific consulting for this paper.

## جبران نقض حق بردریافت حمایت کنسولی از طریق اعاده به وضعیت سابق

احسان شهسواری<sup>۱\*</sup>، امیر حسین رنجبریان<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.5.8



10.22080/LPS.2023.25604.1525

### چکیده

حق دریافت حمایت کنسولی و تضمین آن از جانب دولت میزبان، از مولفه های موثرسازی حق بر دادرسی عادلانه است. توسعه این حق در رویه نهادهای ناظر معاهده ای به عنوان حقی بشری، حمایت کنسولی را در تعامل با حقوق بشر، بویژه حق دادرسی عادلانه و حق حیات قرار داده است. سلب این حق از افراد در محاکم ملی و محکومیت و مجازات بر پایه محرومیت از آن ممکن است منتهی به نقض حقوق ماهوی از جمله حق حیات و حق رهایی از شکنجه شود. جستار حاضر با روشی تحلیلی-توصیفی، در پی پاسخ به این پرسش است که رویکرد بشری به حمایت کنسولی چگونه بر اعاده به وضع سابق بعنوان جبران مناسب نقض حق بر دریافت حمایت کنسولی اثر میگذارد؟ بنظر میرسد با انکار رویکرد محض بشری به حق دریافت حمایت کنسولی، اعاده نسبی در قالب تجدیدنظر و بازبینی احکام و مجازاتهای صادره به شرط موثر بودن، جبرانی موثر و مناسب تلقی شود و تضمین کننده حقوق بشری اتباع بیگانه و تامین کننده منافع مشروع دولت میزبان باشد. در مقابل، رویکرد اعاده کامل به وضع سابق در قالب الغای احکام و مجازاتها بواسطه تمهید فرصت برای گریز از عدالت کیفری و انکار صلاحیت قضایی دولت میزبان، جبرانی مطلوب تلقی نمیشود. رویه قضایی بین المللی در کنار لزوم توقف عمل متخلفانه و تعهد به عدم تکرار، رهیافت اعاده نسبی را به شرط موثر بودن برگزیده است.

تاریخ دریافت:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۸ مرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

کلیدواژه ها:

اعاده به وضع سابق، حمایت کنسولی، جبران خسارت، حق حیات، تجدید نظر و بازبینی موثر

\* نویسنده مسئول: احسان شهسواری

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

ایمیل: [E.shahsavari@umz.ac.ir](mailto:E.shahsavari@umz.ac.ir)



## ۱ مقدمه

نهاد حمایت کنسولی که خود از اجزای نظام حقوق کنسولی است از مفاهیم دیرین و تثبیت شده در حقوق بین الملل است و در اساس چهره ای عرفی دارد. با تدوین کنوانسیون ۱۹۶۳ وین راجع به روابط کنسولی توسط کمیسیون حقوق بین الملل و تدوین رویه های یکپارچه، مستمر و تثبیت شده ی موجود تا آن زمان، اکنون الزامی معاهده ای پیرامون اجزای این نهاد حاصل شده است. تأیید، تکمیل، توسعه و یا بسط قلمرو اجرایی مقررات این کنوانسیون بواسطه انعقاد موافقتنامه های دو یا چندجانبه میان دولتها نقشی روزافزون در تکامل، روزآمدی و انسانی شدن نهاد حمایت کنسولی داشته است. با این قید که نظم مستقر در موافقتنامه های اخیر باید مکمل حداقل استانداردهای موجود در کنوانسیون ۱۹۶۳ باشد. رای دیوان در قضیه جاداو موید تعریف حداقلی از حمایت کنسولی در کنوانسیون ۱۹۶۳ است؛ حداقلی که می تواند با نظم جدید معاهده ای یا عرفی تکامل یافته یا ارتقاء یابد اما کاستن از آن حداقل مجاز نیست (Jadhav Case, 2019: 94-97).

موضوع حمایت کنسولی، فرد انسانی محروم از آزادی و محتوای آن اداره حقوق و منافع انسانی و تمهید دفاع حقوقی شایسته از وی در قلمرو دولت میزبان است؛ امری که به شرط درخواست همان فرد در زمان توقیفش، متضمن تکلیف دولت میزبان به اطلاع رسانی فوری به پست کنسولی دولت فرستنده خواهد بود. این که محرومیت پیش گفته در اثر کدامین اتهام کیفری یا کنش غیر کیفری باشد اهمیتی ندارد و عموم و اطلاق ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳، عبارت پردازی های دیوان بین المللی دادگستری به ویژه در قضیه جاداو (Jadhav Case, 2019: 86) و تفسیر عمومی کمیته حقوق مدنی و سیاسی (CCPR, General comment No. 36, 2019: 42) موید آن است که تمامی محرومان از آزادی ولو مرتکبان قتل، جاسوسی، جرایم نظامی و اقدام علیه امنیت ملی دولت میزبان نیز ازین

پوشش حمایتی برخوردارند و این تمتع سرآغاز بهره مندی آنان از حق دادرسی عادلانه و نیز حق حیات است. نیاز تبعه بیگانه به خدمات حاصل از حمایت کنسولی برای تمهید دفاع و هدایت صحیح آن ویژه در امرکیفری غیرقابل انکار است. این نیاز بواسطه اوضاع و احوال بغرنج ناشی از ناآگاهی تبعه بیگانه نسبت به زبان دادگاه و قانون حاکم بر آن تعریف میشود نه نوع جرم ارتكابی.

نهاد حمایت کنسولی را میتوان شبکه ای بهم پیوسته از تعهدات متقابل دولت میزبان و دولت متبوع در حمایت از حقوق و آزادیهای فرد انسان دانست. وجود دو دولت پیش گفته و موضوعیت یافتن حقوق افراد انسانی سبب ایجاد رابطه ای سه جانبه تحت عنوان حمایت کنسولی خواهد شد. ایفای جزئی از این تعهد حمایتی بر عهده دولت میزبان و جزئی دیگر بر عهده پست های کنسولی دولت فرستنده در دولت میزبان است. اهمیت شبکه حمایتی پیش گفته با توجه به دو امر آشکار می شود:

نخست مقیاس بهره مندان از این حق است. هر فرد که به هر جهت؛ دائم یا موقت وارد قلمرو دولتی دیگر شود بصورت بالقوه ذینفع حمایت کنسولی خواهد بود و فعلیت یافتن آن زمانی خواهد بود که در معرض دستگیری، توقیف، بازداشت، حبس و یا مجازات باشد. ۲۷۱ میلیون تردد بین المللی ناشی از مهاجرت در سال ۲۰۲۰ (IOM, world migration report, 2022: 10)، ۹۰۰ میلیون تردد بین المللی ناشی از گردشگری در سال ۲۰۲۲ (UNWTO, World Tourism Barometer, 2022)، ۲۶ میلیون تردد بین المللی ناشی از پناهندگی و ۱۶۹ میلیون تردد بین المللی ناشی از پدیده ای کارگر-مهاجری (IOM, world migration report, 2022: 10) آماری روشن از افرادی است که تردهای بین المللی دارند و محرومیت شان از آزادی در قلمرو دولت میزبان کاملاً قابل تصور است. عبور پیوسته از مرزهای بین المللی و گردش مستمر اتباع دولت های گوناگون در سرزمین دولت های دیگر، در کنار

کیفری دولت میزبان باشد، بیگانه را در موقعیت مناسب برای تدارک دفاع قرار میدهد.

در مقابل فرضیه فوق، رویکردی دیگر در قالب اعاده کامل به وضعیت سابق قابل شناخت است<sup>۱</sup> که محتوایش افزون بر امحای ادله و الغای محکومیت و مجازات، متضمن آزادی بیگانه، منع محاکمه مجدد و حتی تمهید امکان خروج امن او از کشور میزبان است. رویکرد اخیر هرچند تضمینی موثرتر برای حمایت از حقوق بشر است اما نامتناسب بوده، در تقابل با صلاحیت سرزمینی دولت میزبان است و مورد حمایت رویه های ملی و بین المللی قرار نگرفته است.

برای پاسخ دهی به پرسش اصلی پژوهش، بر آنیم که نخست محتوا و ماهیت حمایت کنسولی را در ساحت قواعد اولیه حقوق بین الملل بررسی کنیم. بدین منظور پس از صورت شناسی و توصیف چگونگی نقض ماده ۳۶، ابعاد انسانی حق دریافت حمایت کنسولی در ارتباط با حق دادرسی عادلانه و حق حیات تشریح و در بخش دوم سازکار جبرانی مناسب مورد تحلیل قرار میگیرد.

علیرغم وجود آثاری در زمینه حق بر دریافت حمایت کنسولی به صورت کلی، موضوع از جنبه آثار مسوولیت بین المللی دولت متخلف مورد مطالعه و بررسی قرار نگرفته است. با توجه به دامنه موضوع و گستردگی آن، شناخت آثار نقض این حق و ارائه الگویی متقن از تعهد دولت برای جبران خسارتهای ناشی از نقض دسترسیهای کنسولی ضروری به نظر میرسد.

## ۲ شناخت اشکال نقض ماده

### ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین

ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، تعریف کننده زنجیره ای از حقوق و تعهدات متقابل است. بر اساس این مقرر و به منظور تسهیل انجام وظایف پست کنسولی در مورد اتباع دولت فرستنده، مأموران

فرصت هایی که برای فعالیتهای مذهبی، علمی و اقتصادی فراهم می آورد، به همان نسبت نیز خطرانی بالقوه در مسیر گردش آزاد افراد ایجاد می کند و راه را بر محدودیت و سلب حقوق و آزادی های مشروع افراد هموار می کند

دوم، وصف افراد در گردش است. تفاوت های فرهنگی و زبانی، جهل به قوانین، مقررات و رویه های ملی، عدم آشنایی کافی و لازم به نظام قضایی و تاسیسات دادرسی کیفری دولت میزبان، موقعیت دشوار روحی ناشی از ابتلا به دادرسی و نیز مواجهه با الگوهای از پیش موجود خشونت یا پیشداوری نسبت به بیگانگان در قلمرو دولت میزبان سبب تضعیف جایگاه آنان به ویژه در تمهید دفاع حقوقی شایسته میشود و آنان را معرض خطر سلب آزادی و نقض حقوقشان توسط مقامات دولت میزبان قرار می دهد. تهدید حقوق و آزادیهای بنیادین افراد و حتی سلب حق حیاتشان در چنین شرایطی دور از ذهن نیست. نظر به اهمیت موضوع است که برخی، دریافت حمایت کنسولی را به منزله پلی فرهنگی دانسته اند که مسیر را برای عبور امن فرد جهت بهره مندی از دادرسی عادلانه در دادرسی کیفری کشور میزبان مهیا میکند (Veneziano, 2018).

با توجه به اولویت اعاده به وضع سابق به عنوان شیوه ای جبرانی در حقوق مسوولیت بین المللی دولت (ARSIWA, Art. 35.3)، این پرسش مطرح است که زدودن آثار عمل متخلفانه در قالب اعاده وضعیت به حالت سابق به چه کیفیتی خواهد بود. فرضیه اصلی آن است که در پرتو اصل تناسب جبران خسارت، اعاده نسبی بمعنای امحای ادله حاصله در زمان محرومیت از حمایت کنسولی و برگزاری دادرسی نو با ملزومات شکلی آن از جمله حمایت کنسولی به عنوان عنصر مقوم دادرسی عادلانه می باشد. این جبران بی آنکه نافی صلاحیت

<sup>1</sup> Full restitution



است که حق مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون به نفع فرد انسان تعریف شده است و او ذی نفعی مستقیم و صلاحیدی<sup>۲</sup> در بهره مندی از آن دارد و پیوند آن با حقوق بشر به دور از مقاصد اولیه تدوین کنندگان کنوانسیون وین است (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 124). نقض حاصل در این سیاق به مثابه نقض یک حق فردی مورد حمایت حقوق بین الملل است.

دومین صورت، نقض حق دولت متبوع در دسترسی به تبعه محروم از آزادی خود<sup>۳</sup>، ملاقات با او و تمهید حمایت از آن تبعه است: هسته ماده ۳۶ تعریف نهادی است که افزون بر حق فردی به شکل پیش گفته، دربردارنده حقی دولتی است و نقض آن متضمن نقض حقی دولتی و مورد حمایت حقوق بین الملل (حق دسترسی به اتباع و ارائه حمایت به آنان) است. ذی نفعی موجود در این سیاق حاصل از یک رابطه تابعیتی است. در نتیجه حق اقدام، حمایت و طرح دعوا نیز طبعاً در انحصار دولت متبوع فرد بوده و واکنش جمعی را به آن شکل که در نقض تعهدات عام الشمول بین المللی متصور است ایجاد نمی کند.

سومین صورت از نقض ماده ۳۶، نقض حق دریافت حمایت کنسولی به منزله نقض حق بشری است. این تصویر استقلال ندارد و ترجمان بشری حق فردی نخستین است از رویه قضایی منطقه ای بویژه در آمریکا (Advisory Opinion No. 18, OC-16/99, 1999)، برخی معاهدات حقوق بشری از جمله کنوانسیون بین المللی حمایت از حقوق همه کارگران مهاجر و اعضای خانواده‌های آنان (Migrant Workers Convention, 1990: Art. 16.7)، تعیین مسوولیت جمعی به حمایت کنسولی از اتباع خود و دیگر کشورها در برخی اسناد بین المللی (EU Charter of Fundamental Rights, 2000: Art. 46) و رویه نهادهای ناظر معاهده ای (CMW, general comment No. 5, 2021: 65-67)

کنسولی آزاد خواهند بود که به اتباع دولت فرستنده دسترسی و ارتباط داشته باشند و اتباع دولت فرستنده نیز از همان آزادی برخوردارند. در صورت سلب آزادی اتباع دولت فرستنده فارغ از مدت و علت محرومیت، مقامات صلاحیتدار دولت پذیرنده بنا به تقاضای ذینفع بدون تأخیر مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. مقامات مذکور، حقوقی را که شخص ذینفع به موجب این بند داراست به اطلاع خواهند رسانید. مأموران کنسولی حق دارند با تبعه محروم از آزادی دولت فرستنده ملاقات، مذاکره، مکاتبه و ترتیب نمایندگی قانونی او را بدهند. مگر آن تبعه صریحاً نسبت به اقدام مأموران کنسولی از طرف مخالفت ورزد.

این مقرر، الگویی به هم پیوسته از حقوق فردی و دولتی را معرفی کند. در ازای این دو حق، دو تکلیف نیز از جانب دولت میزبان قابل تصور خواهد بود. نقض این دو میتواند از دو باب (نقض حق فردی و حق دولتی) مسوولیت بین المللی دولت میزبان را ایجاد کند. چون افراد میتوانند خارج از چارچوب حقوق بشر و به موجب حقوق بین الملل عام واجد حقوق فردی باشند (Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928: 17-18)؛ نخستین صورت از نقض ماده ۳۶، نقض حق فردی دریافت حمایت کنسولی<sup>۱</sup> است: بر اساس ماده ۳۶، حقی فردی (نه الزاماً بشری) به نام حق دریافت حمایت کنسولی از جانب دولت متبوعش تعریف و استیفای آن مشروط به تقاضای تبعه در زمان بازداشت است. جُز خود فرد و عنداللزوم دولت متبوعش، این حق ذی نفع دیگری ندارد؛ نه از نقض آن آسیبی متوجه جامعه بین المللی می شود و نه از تحققش منفعتی حقوقی برای جامعه بین المللی متصور است. ازین رو حق واکنش دسته جمعی به مظاهر نقض این حق فردی نیز قابل تصور نیست. رویه دیوان بین المللی دادگستری از جمله در آرای لاگران (۲۰۰۱)، اونا (۲۰۰۳) و اخیر در قضیه جادا (۲۰۱۹) حاکی از آن

<sup>3</sup> right to consular access

<sup>1</sup> right to consular assistance

<sup>2</sup> discretionary

دسترسی داشته باشند. اتباع دولت فرستنده نیز در مورد برقراری ارتباط با مامورین کنسولی دولت متبوع خود و دسترسی داشتن به آنها از همان آزادی برخوردار خواهند بود.<sup>۱</sup> متقابلاً اتباع دولت فرستنده نیز حقی مشابه بر دسترسی و ارتباط گیری با کنسولهای دولت متبوع خود خواهند داشت. چنین حقی تابع سیاق کیفری نیست و اطلاق و عموم آن بند موید آن است که در تمام زمینه های حقوقی، کیفری و اداری چنین حق باید مورد حمایت دولت میزبان قرار گیرد. اهمیت این دسترسی در برخی زمینه های ویژه مانند قاچاق زنان و دختران در سیاق مهاجرت های گسترده مورد تایید نهادهای ناظر معاهده ای از جمله کمیته امحای کلیه اشکال تبعیض علیه زنان بوده است (CEDAW, General Recommendation No. 38, 2020: 84).

شق ب بند نخست ماده ۳۶ مقرر کرده است "در صورتی که در حوزه کنسولی یکی از اتباع دولت فرستنده توقیف یا زندانی و یا در انتظار محاکمه بازداشت و یا به هر صورت دیگر توقیف شده باشد مقامات صلاحیتدار دولت میزبان بنا به تقاضای ذینفع بدون تأخیر مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. مقامات مذکور حقوقی را که شخص ذینفع به موجب این بند داراست به اطلاع خواهند رسانید". این بند خود متضمن سه حق مستقل اما مرتبط و دو تعهد مجزاست: اول، حق دولت به مطلع شدن از سلب آزادی شهروندان خود، دوم، حق فرد به ارتباط گیری و دریافت حمایت کنسولی از دولت متبوعش و سوم، حق فرد به آگاهی از حقوق پیشین.

عبارت پردازی ماده ۱۳۶ موید آنست که در معاضدت خواهی، محوریت با فرد است. بر این اساس دو تعهد متوجه دولت میزبان است: مستحضر نمودن بیگانه بازداشت شده از حق خود مبنی بر امکان ارتباط گیری با دولت متبوعش و نیز مستحضر نمودن پست کنسولی دولت متبوع در صورت درخواست فرد محروم از آزادی. دیوان در

آید که دسترسی به حمایت کنسولی در دادرسی های کیفری از اجزای حق بر دادرسی عادلانه در معنای ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است و در پیوند با آن، حقی بشری تلقی و نقض آن نه نقض حقی فردی بلکه نقض حقوق بشر بوده و نه متضمن آثار فردی بلکه دربردارنده همان آثاری است که نقض یک حق بشری می تواند داشته باشد. در نتیجه، فرآیند تحقیقات مقدماتی، تامین دلیل، تحصیل آن، دادرسی، تعیین کیفر و اجرای آن بدون کاربست صحیح حق فرد بر دریافت حمایت کنسولی به مثابه سلب خودسرانه حق حیات و حق دادرسی عادلانه است. در سیاق اخیر، ما پیوند حقوق کنسولی، حقوق بشر و حقوق مسوولیت بین المللی دولت را شاهد خواهیم بود. در حالی که در دو سیاق نخست پیوندی جز میان حقوق کنسولی و حقوق مسوولیت بین المللی دولت قابل یافت نیست. به نظر ما از میان این سه الگو، هر یک بخشی از حقیقت موجود در ماده ۳۶ را انعکاس می دهند و تعریف جایگاه کاملاً دولتی برای این حق، تلقی فردی محض و یا پذیرش تام محتوای بشری برای محتوای ماده ۳۶ کنوانسیون ممکن نیست. ماده ۳۶ شبکه ای به هم پیوسته از حقوق فردی-دولتی را با جمیع تحولات و دلالت های بشری در حقوق بین الملل کنونی معرفی کرده و نقض هر یک از این دو به درجات متفاوتی میتواند متضمن مسوولیت بین المللی برای دولت متخلف باشد.

### ۳ پیوند جنبه های فردی و دولتی حق بر دریافت حمایت کنسولی

شق الف بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دسترسی کنسولها و ارتباط گیری آنان با اتباع دولت فرستنده را به عنوان حقی عرفی تدوین کرده است. بر این اساس "مأموران کنسولی آزاد خواهند بود که اتباع دولت فرستنده ارتباط برقرار کنند و به آنها

<sup>1</sup> if he so requests



113: Relations, 1961) و مذاکرات مقدماتی تدوین و تصویب آن در کنفرانس دیپلماتیک وین نیز موید همین امر است (VCCR travaux préparatoires, 1963: 337-338). حاصل آنکه فعلیت یافتن ارائه حمایت کنسولی از جانب دولت، منوط به فعلیت یافتن حمایت خواهی از جانب اتباع محروم از آزادی اوست. رویه دیوان بین المللی دادگستری در تفسیر ماده ۳۶ کنوانسیون به ویژه در قضیه لگراند موید آن است که مقررات مندرج در شقوق سه گانه بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون وین متضمن حقی فردی است (Lagrand case, 2001: 77). این حق فردی همبستگی تام با حق دولت بر حمایت از اتباع خود دارد (Jadhav case, 2019: 116) و دولت میزبان مکلف به ایفای آن در حق دولت و اتباع بیگانه است. در رویکردی نوین، گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر راجع به اعدام های فراقضایی، اختصاری و خودسرانه تعهد دولت میزبان را در مانحن فیه به مثابه قاعده عرفی در حال ظهور<sup>۲</sup> تلقی کرده است (A/74/318).

## ۴ حق بر دریافت حمایت کنسولی ضامن دادرسی عادلانه

حق افراد به برخورداری از دادرسی عادلانه در زمره حقوق رویه ای است؛ حقوقی به مثابه رویه و روش تضمین (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۹: ۲۰۱) که بهره مندی از حقوق ماهوی را تسهیل میکند. چنین حقی با تمام اجزایش باید فارغ از وصف تابعیت افراد باید تضمین شود تا ضمن بهره مندی از امکانات دفاعی برابر (CCPR, General comment No. 32, 9: 2007)، امکان غلبه غیرمنصفانه افراد بر یکدیگر در دادرسی ممتنع شود.

ارائه حمایت کنسولی همان هدفی را دنبال میکند که اجزای دادرسی عادلانه از جمله مترجم، وکیل و مشاور حقوقی ذیل ماده ۱۴ میثاق به دنبال

تفسیر کنوانسیون به این امر تصریح داشته است که نقض حق فردی مندرج در ماده ۳۶ به نقض حق دولت منتهی شده و نقض حق دولت (حق دسترسی و ارتباط گیری) نیز متقابلاً به نقض حق فردی منجر خواهد شد (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 40).

تبعه محروم از آزادی ممکن است خود را از حمایت دولت متبوع مستغنی بداند و یا از دولت متبوع و مأموران رسمی آن و از جمله مواجهه با مقامات کنسولی بواسطه سیاق کیفری امر یا سوابق فردی (مانند وصف پناهندگی، مهاجرت یا مجرمیت) بیمناک باشد. با توجه به قید "و یا به هر صورت دیگر توقیف شده باشد..."<sup>۱</sup> در شق ب بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون، در دادرسیهای مدنی منتهی به سلب آزادی (مانند بازداشت محکوم علیه در دعاوی مالی) و تدابیر اداری-انتظامی (مانند قرنطینه های بهداشتی) و نگهداری در مراکز روان-درمانی نیز تعهدات پیش گفته متصور است (Draft Articles on Consular Relations, 1961: 113). دیوان بین المللی دادگستری در قضیه دیالو حمایتهای مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ را بر هر قسم از سلب آزادی ولو وضعیتهای غیرمجرمانه قابل اعمال دانسته است (Ahmadou Sadio Diallo case, 2010: 91). حاصل آنکه ملاقات، مذاکره، مکاتبه و ترتیب نمایندگی قانونی برای تبعه محروم از آزادی حق دولت متبوع اوست.

لیکن هرگاه تبعه فرد موصوف، صریحاً نسبت به اقدامی از جانب مأموران کنسولی مخالفت ورزد مأموران کنسولی از این کار خودداری خواهند نمود. تفسیری متعارف از مفاد ماده ۳۶ کنوانسیون وین در پرتو سیاق عبارات آن با توجه به هدف و موضوع کنوانسیون موید اراده توأمان و به هم پیوسته فرد و دولت در فعال سازی نهاد حمایت کنسولی است؛ با این قید که ابتکار عمل از آن فرد تلقی میشود. سوابق تدوین کنوانسیون در کمیسیون حقوق بین الملل (ILC Draft Articles on Consular)

<sup>2</sup> emerging norm of customary international law

<sup>1</sup> or is detained in any other manner



آند؛ این هدف همانا موثرسازی دادرسی عادلانه است (Arora, 2020: 122). بهره مندی ازین حق تضمین کننده برابری سلاحها، عادلانه بودن دادرسی و تعادل اطراف دعوی در دسترسی به دفاع مناسب تلقی شده و فقدانش نافی دسترسی برابر به دادگاه است (Jadhav Case, Declaration of Judge (Robinson, 2019: V)؛ امری که ناقض اصل عدم تبعیض است و موجبات مسوولیت بین المللی دولت را فراهم می آورد (Cançado Trindade, 2013: 508). بیراه نیست که برخی این حق را به عنوان حقی توانمند ساز<sup>۲</sup> تلقی کرده که دروازه ای به روی احترام و حمایت از سایر حقوق اساسی باز می کند. حقی که اگر فی نفسه، نتواند یک دادرسی عادلانه را تضمین کند. اما نقضش یقیناً مخاطراتی اساسی متوجه حقوق و آزادیهای بنیادین فرد میکند (Stewart, 2020: 452).

این رویکرد در نهادهای ناظر معاهده ای بدون حمایت نبوده است. کمیته ناظر بر کنوانسیون کارگران مهاجر در تفسیر کلی شماره ۱، به ضرورت بهره مندی کارگران و اعضای خانواده آنان از حمایت کنسولی در صورت سلب آزادی یا مواجهه با دادرسی کیفری در کشور محل کار اشاره دارد (CMW, General comment No.1, 2011, 64). کمیته، امکان مواجهه کودکان با دادرسی کیفری را نیز در قلمرو دولت میزبان دور از نظر ندانسته و دریافت حمایت کنسولی مناسب و تضمینش بوسیله دولت میزبان را از اجزای تعهد به حمایت از مصالح عالیله کودک تلقی کرده است (CMW-CRC, Joint Declaration of Judge Oda, 2003, Provisional Measures, 2003). اما در رای ماهوی خود، هر گونه تلقی بشری از دریافت حمایت کنسولی را با توجه به موضوع و هدف کنوانسیون وین و مذاکرات مقدماتی تدوین آن مردود میداند (Avena and Other Mexican Nationals, Mexico v. USA, 2004: 124). دیوان بعدها در قضیه جاداو دولت متخلف را در اجرای مسوولیت بین المللی خود، مکلف به ارزیابی تمام آثار نقض ماده ۳۶ کنوانسیون وین بر دادرسی عادلانه به ویژه در تحصیل ادله و

بنظر میرسد کمیته در پیکربندی استنتاج پیش گفته، موید دکترین انعکاس حداقلی مولفه های دادرسی عادلانه در میثاق است (Clooney and Webb, 2020: 8-10) و امکان تکامل و انبساط محتوایی آن در فرآیند معاهده سازی، رویه سازی و عرف سازی را پذیرفته است. این رویکرد از منظر حقوق بین الملل معاهدات نیز که توجه به "هر قاعده مرتبط و مجرای حقوق بین الملل در روابط میان اطراف معاهده" را یک قاعده مسلم تفسیری میداند قابل دفاع است (VCLT, 1969: 31).

<sup>3</sup> serious procedural flaws

<sup>1</sup> Equality of arms

<sup>2</sup> Enabling right



متضمن حقوق جزئی تر<sup>۳</sup> است. حتی با تلقی آمرانه از ممنوعیت سیاست تبعیض نژادی (ILC, Jus Cogens draft conclusion, 2022: Conclusion Obligation to) و ممنوعیت شکنجه (23 Prosecute or Extradite, 2012: 99)، محرومیت بیگانگان از حمایت کنسولی میتواند منتهی به شکنجه یا مجازاتهای غیر انسانی شود (Lau, 2022: 371)، نقض قاعده آمره حقوق بین الملل باشد و از منظر مسوولیت بین المللی دولت آثار نقض قاعده آمره حقوق بین الملل بر آن مترتب شود (Jadhav Case, separate opinion of Judge Trindade, 2019: 45). با این رویکرد، تحقق حقوق ماهوی همچون حیات و یا رهایی از شکنجه و مجازاتهای غیر انسانی در پناه دریافت حمایت کنسولی متصور خواهد بود.

## ۵ حق بر دریافت حمایت کنسولی ضامن حق حیات

اثر محرومیت از حمایت کنسولی در حلقه ی بعد ممکن است متوجه حق حیات باشد. این آسیب پذیری معلول رسیدگی قضایی ناقصی است که در آن بیگانه، نتوانسته دفاعی مناسب برای خود تدارک ببیند. عبارتی محرومیت کنسولی به دادرسی ناقص، و دادرسی ناقص به سلب خودسرانه حیات می انجامد. البته رابطه سببیت میان محرومیت کنسولی و سلب حیات اندکی غامض بوده، تصریح معاهده ای ندارد و ضعیف تر از رابطه ای است که میان محرومیت کنسولی و دادرسی غیر عادلانه وجود دارد. اما این سببیت ضعیف، فعلیت یافتن سلب حیات را منتفی نمیکند. کمیته حقوق مدنی و سیاسی در دو موضع تفسیری رابطه موصوف را تایید کرده است.

به باور کمیته، هر درجه افزایش سلب حیات قضایی اتباع بیگانه موید محرومیت افزون تر آنان از حمایت کنسولی است. امری که با توجه به وصف

حقوق دفاعی متهم میداند (Jadhav Case, 2019: 145).

به باور برخی قضات دیوان در همان قضیه، مجموعه حقوق جزئی مندرج در ماده ۱۴ میثاق، نه لیستی جامع از مولفه های دادرسی عادلانه بلکه مصادیقی تمثیلی است و افزون عناصری دیگر به اجزای دادرسی عادلانه ممکن است، مشروط به آنکه خصال بنیادین حق دادرسی عادلانه را داشته باشند (Jadhav Case, Declaration of Judge Robinson, 2019: iii-iv). از آن جمله است دریافت حمایت کنسولی که اصدار حکم بر مبنای آن محرومیت از آن ناقض اصل برابری در محضر دادگاه خواهد بود (Jadhav Case, separate opinion of Judge Trindade, 2019: 39). این رویکرد برآیند توسعه حقوق بین الملل بشر و پیوند میان-معاهده ای است و اثر آن، پویایی اجزای حق دادرسی عادلانه و تکامل آن در گذر زمان است.

پیوند پیشین مورد تایید رویه قضایی منطقه ای نیز بوده است. به باور دیوان آمریکایی حقوق بشر، تفسیر و اجرای تضمینات شکلی دادرسی عادلانه مصون از توسعه حقوق بین الملل نیست و حداقل تضمینات آن تابع اصل تصریح شده در قضیه نامیبیا هر معاهده باید در پرتو تمام نظام حقوقی موجود در زمان اجرا، تفسیر شود (Advisory Opinion (No. 18, OC-16/99, 1999: 113).

به باور ما، عاریه گرفتن حقوق بشر از معاهده نه الزامی است نه مطلوب. توسعه تدریجی حقوق بین الملل و عرفی شدن برخی رویه ها میتواند خالق حق یا تکامل بخش برخی حقوق موجود باشد. امروزه حمایت کنسولی فاقد ماهیت تقابلی<sup>۱</sup> است، از ساحت میان-دولتی خارج شده، (Diallo Case Separate opinion of Judge Cançado Trindade, 2010: 9)، حق رویه ای<sup>۲</sup> به شمار آمده و از اجزای دادرسی عادلانه به عنوان خوشه ای

<sup>3</sup> chain of rights

<sup>1</sup> non reciprocal right

<sup>2</sup> Procedural right

در هر پنج قضیه مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۳۶ وین است. دیوان در قضایای برآرد، لگراند، اونا، تفسیر رای اونا و جاداو با صدور دستور موقت مبنی بر لزوم توقف اجرای احکام اعدام اتباع بیگانه محروم از حمایت کنسولی، حمایت از حق حیات اتباع بیگانه مواجه با اعدام را بر هر امری تا حل و فصل ماهوی اختلاف ترجیح داده است. هسته این رویکرد حمایتی دیوان، حمایت از حق حیات است. توسل پیوسته به نهاد دستور موقت در دعاوی کنسولی مبین عبور دیوان از ظاهر منجمد عبارات ماده ۴۱ اساسنامه دیوان است (Jadhav, India v. Pakistan, provisional measures, Concurring opinion of Judge Cançado (Trindade, 2017: 22). بر این اساس هدف دستور موقت حفظ حقوق ادعایی اطراف دعوا و توازن موضع آنان تا ختم رسیدگی ماهوی است. اما رویه دیوان نشان میدهد که در عرض مصالح پیشین، حمایت از حقوق بنیادین انسان از جمله حق حیات اهمیت بنیادین دارد؛ ولو آنکه در رسیدگی ماهوی ثابت شود حمایت از این حقوق قابل احراز نیست.

اثرگذاری دریافت حمایت کنسولی بر حق حیات، افزون بر رویه قضایی بین المللی، مورد تایید رویه های نوین بین المللی نیز بوده است. افزون بر تصریح اصول ماندلا مبنی بر لزوم دسترسی زندانیان بیگانه به معاضدت کنسولی دولت متبوع خود (UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 2015, Rule. 62)، مجمع عمومی بارها پیوند حق حیات و دریافت حمایت کنسولی را مورد تایید قرار داده است. (General Assembly resolution 71/187)، (General Assembly resolution 73/175)، (General Assembly resolution 75/183). دبیر کل ملل متحد در گزارش خود به مجمع عمومی، سلب حیات قضایی اتباع بیگانه در صورت محرومیت آنان از حمایت کنسولی را به منزله سلب خودسرانه حیات تلقی کرده و آنرا مستوجب مسوولیت بین المللی اطراف کنوانسیون ۱۹۶۳ وین میدانند. (General Assembly resolution

بیگانه بودن نشانه ی سیاست رسمی تبعیض و مغایر ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است (CCPR, General comment No. 44: 36, 2019).

نیز به باور کمیته، افزون بر تضمینات مندرج در ماده ۱۴ میثاق، برخی دیگر از تضمینات دادرسی عادلانه در روند توسعه تدریجی حقوق بشر و یا پیوند با رژیم های بین المللی معاهده ای شکل گرفته اند. کمیته ضمن تایید دکترین حداقلی بودن تضمینات دادرسی عادلانه، حمایت کنسولی را از تضمینات دسته اخیر میدانند؛ تضمینی نوین و پیوندیافته که دولت مکلف است ایفای را برعهده گیرد. قصور در اطلاع رسانی فوری این حق به بیگانه، قصور در اطلاع رسانی به دولت متبوع در صورت درخواست بیگانگان بازداشتی و اخلاف در استیفای این حق، در صورت منتهی شدن دادرسی به اصدار حکم اعدام و یا اجرای آن، افزون بر نقض دادرسی عادلانه سلب خودسرانه حیات تلقی میشود. (CCPR, General comment No. 36, 2019: 42).

رویه قضایی مؤید رویکرد پیشین است. به باور دیوان آمریکایی حقوق بشر در شرایطی که بیگانه با محرومیت از حمایت کنسولی به مرگ محکوم شود، اجرای چنین کیفری نقض تعهدات بین المللی و به منزله سلب خودسرانه حیات بیگانگان است (Advisory Opinion No. 18, OC- 16/99, 1999: 135-137). به باور دیوان، اصول برابری در برابری قانون و عدم تبعیض که امروزه ماهیتی آمره یافته اند موید استثنانپذیری حمایت کنسولی از بیگانگان میشود. در نتیجه دولت میزبان مکلف به تمهید دادرسی عادلانه با تمام اجزا و عناصر تکامل یافته آن فارغ از تمامی ملاحظات مربوط به وضعیت افراد از جمله غیر قانونی بودن ورودشان به کشور میزبان و یا ثبت نشدن وضعیت مهاجرتی آنان است (Advisory Opinion No.18, OC-18/03, 2003: 101).

دلالت قضایی دیگر در تایید این ارتباط، رویه دیوان بین المللی دادگستری در صدور دستور موقت



## ۶ حکومت قواعد عام مسوولیت بین المللی دولت بر چارچوب جبران نقض ماده ۳۶

قاعده ای کلی وجود ندارد که ورود زیان، عنصر اساسی در شناخت عمل متخلفانه بین المللی باشد (ARSIWA, 2001: Art. 31.6). عبارتی تصور میشود که نقض هر تعهد بین المللی اصولاً متضمن ورود زیان است و احراز آن زیان، شرط لازم برای احراز وقوع عمل متخلفانه بین المللی نیست (Crawford, 2013: 485)؛ هرچند احراز این موضوع اثری جوهری در کیفیت جبران خسارت خواهد داشت. قاعده‌تاً هر نقضی نیز شایان تدارک و جبران خسارت است و چارچوب عام و اصولی حاکم بر این موضوع نظام عام مسوولیت بین المللی دولت است.

گاه از تصریح معاهده محرز میشود که نقض تعهدات اولیه صرفاً به شیوه‌های ویژه مندرج در آن معاهده و نه شیوه‌های جبرانی حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت قابل جبران است (ARSIWA, 2001, Art. 55). در مانحن فیه آنچه واجد اهمیت اساسی است مسکوت ماندن مساله نظام جبران خسارت نقض دسترسی‌های کنسولی در کنوانسیون ۱۹۶۳ و فقدان قاعده خاص<sup>۱</sup> ناظر بر شیوه‌های ویژه جبرانی است. به نظر میرسد با فقدان قواعد ثانویه خودبسنده ناظر به موضوع، این حفره حقوقی متضمن احاله به نظامی حقوقی در خارج از کنوانسیون ۱۹۶۳ باشد. حاصل آن که هر گونه نقض مقررات این کنوانسیون و از جمله انکار و نقض دسترسی‌های کنسولی در ترازوی حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت قرار گرفته و آثارش از منظر نظام اخیر قابل تحلیل و ارزیابی است.

در نظام عام مسوولیت بین المللی دولت، صرف محرومیت افراد از دریافت حمایت کنسولی فی نفسه تخلف از تعهدات بین المللی تلقی میشود

(75/309). افزون بر آن گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر راجع به اعدام‌های فراقضایی، اختصاری و خودسرانه با تایید اثرگذاری دریافت حمایت کنسولی بر تحقق دادرسی عادلانه، تحقق کامل حمایت کنسولی را به عنوان یکی از تضمینات شکلی حق حیات معرفی میکند. (A/74/318, para. 56)، قطعنامه ۳۶/۱۷ شورای حقوق بشر نیز ضمن اشاره به اثرات نامناسب کیفر مرگ بر افراد آسیب پذیر از جمله اتباع بیگانه و اهمیت دسترسی آنان به حمایت کنسولی، تحقق آن را عنصری بنیادین در حمایت از بیگانگان مواجهه به کیفر مرگ می داند (HRC, The question of the death penalty, ) (2017). این موضع شورا، در قطعنامه ۴۲/۲۴ بازتایید شده است (HRC, The question of the death penalty, 2019).

به نظر میرسد دریافت حمایت کنسولی در چارچوب قواعد اولیه حقوق بین الملل، علیرغم تمام تحولات ماهوی و روند ادخال خزنده به پیکره حقوق بشر، هنوز در حصار کنوانسیون وین به عنوان سندی دولت محور است. با وجود این نمیتوان بر تمامی تحولات این نهاد حمایتی و توسعه تدریجی آن در گذر زمان چشم بست و حمایت کنسولی را به حقی دولتی با چارچوب صلاحیددی فروکاست. این حق در حال طی گامهای نهایی برای تبدیل به حقی بشری با ماهیت عرفی است. بلکه در برخی عرصه‌های خاص معاهده ای همچون حمایت از حقوق کارگران مهاجر ماهیت بشری آن شناسایی شده است. حال این پرسش شایان پاسخگویی است که در ساحت قواعد ثانویه حقوق بین الملل، نقض چنین حقی با کدامین چارچوب میتواند از طریق اعاده به وضع سابق جبران شود؟ آیا قواعد و مقررات نظام عام مسوولیت بین المللی دولت می توان چارچوب جبرانی مطلوبی در مانحن فیه ارائه کند؟

<sup>1</sup> lex specialis

صرف نقض کنوانسیون ۱۹۶۳ وین ارتقا میدهد. در دیوان بین المللی دادگستری افزون بر قضیه جادا، این رویکرد بویژه در قضایای مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون در لوایح دولتهای آلمان (Memorial of Germany, 1999: para. 4.108-) و مکزیک (Memorial of Mexico, 2003: 4.111) و مکزیک (para.136-146) علیه ایالات متحد آمریکا به چشم میخورد. اثبات این موضوع نیز ممکن است چارچوب جبران خسارت را از حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت به نظام خاص جبران خسارت نقضهای حقوق بشر تغییر داده (Shelton, 2015: 17) و متضمن قواعدی ثانویه دیگری باشد.

عینیت یافتن موضوع پیشین در حوزه اجرای مسوولیت بین المللی دولت نیازمند اثبات دو امر است: نخست اثبات بشری بودن حق دریافت حمایت کنسولی خارج از چارچوب کنوانسیون ۱۹۶۳ وین و دوم وجود قواعد ثانویه ویژه جبران خسارت نقض حقوق بشر. با توجه به فقدان تلقی محض بشری از حق دریافت حمایت کنسولی حداقل در رویکرد تفسیری دیوان بین المللی دادگستری (Jadhav Case, 2019: 36)، جستن قواعد ثانویه ادعایی نیز خارج از حوصله نوشتار حاضر است و نوشتاری مستقل می طلبد. اما این امر شایان یادآوری است که در اجرای ماده دو میثاق بین المللی حقوق مدنی-سیاسی و ایفای تعهد اطراف میثاق به تمهید دادخواهی موثر، دولت ها مکلفند از قربانیان نقض حقوق بشر جبران خسارتی مناسب بعمل آورند؛ جبرانی که باید کافی، موثر، سریع، متناسب با شدت نقض رخ داده و منطبق با حقوق داخلی دولت متخلف و دیگر اصول و مقررات حقوق بین الملل باشد (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy, 2005: 15). این جبران خسارت به اشکالی گوناگون از جمله اعاده به وضع سابق و جلب رضایت تجلی می یابد (CCPR, General comment No. 31, 2004: 16). در فرضی که آثار مسوولیت بین المللی دولت در در چارچوب

(Jadhav Case, 2019: 133)؛ متضمن زیان است و شایسته جبران خسارت به شکلی است که تمام آثار عمل متخلفانه را زائل کند (Factory of chorzov, 1928: 48). نتیجه نهایی این محرومیت در دو قالب هویدا میشود و طبعاً آثاری متفاوت در حوزه مسوولیت بین المللی دولت به دنبال دارد. نخست زمانی است که در عین رعایت تمامی تضمینات دادرسی، با صرف محرومیت از حق دریافت حمایت کنسولی مواجه باشیم. مانند وضعیتی که بیگانه ی محروم از حمایت کنسولی بواسطه فقدان ادله مثبت مجرمیت یا جرم نبودن عمل با قرار منع تعقیب مواجه شده باشد. در این وضعیت علیرغم فقدان زیان مادی یا معنوی آشکار، صرف محروم سازی از دریافت حق به منزله نقض تعهد بین المللی (Ragazzi, 2005: 22) و موجد زینانی حقوقی<sup>۱</sup> است که باید با جلب رضایت یا تعهد به عدم تکرار جبران شود. دوم: وضعیتی که محرومیت پیشین اثری شدید داشته و در قالب زوال دادرسی عادلانه، احراز مجرمیت، محکومیت و اجرای مجازات از جمله کیفر مرگ آشکار شود. زیان مادی یا معنوی در مانحن فیه افزون تر از زیان حقوقی صرف در فرض پیشین است و با توجه به ماهیت و شدت نقض، مقیاس خسارات وارده و میزان گریز محاکم کیفری دولت میزبان از مولفه های دادرسی عادلانه جبرانی موثرتر، از جمله اعاده به وضع سابق و یا پرداخت غرامت خواهد بود.

اگر بپذیریم حمایت کنسولی یکی از اجزا یا حداقل یکی از تضمینات یا مولفه های موثرسازی دادرسی عادلانه باشد و محرومیت از آن به مثابه انکار عدالت در حق بیگانگان تلقی شود (Crawford, 2013: 122) در این مورد آنچه رخ داده است ممکن است در قالب نقض حق بر دادرسی عادلانه از طریق محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی نیز پیکربندی شود؛ واقعیتی که محتمل است موضوع را به قامت نقض حقوق بشر و نه

<sup>1</sup> legal injury



این نظام خاص تحلیل کنیم ذی نفع اولیه در کاربست سازکارهای جبرانی خود دولت است. هر چند ذی نفعان نهایی<sup>۱</sup> با توجه به ساحت بشری موضوع و عنصر "دارندگی حق"، افراد انسانی اند (Buyse, 2008: 134).

## ۶٫۱ کاربست اصولی اعاده به وضع سابق در جبران نقض ماده ۳۶

اعاده به وضع سابق در معنای خاص خود که مورد نظر کمیسیون حقوق بین الملل در تدوین ماده ۳۵ طرح مسوولیت بین المللی دولتها بوده است به معنای احیا و استقرار مجدد شرایط اولیه و متعارفی است که سابق بر ارتکاب فعل متخلفانه<sup>۲</sup> وجود داشته است؛ امری که عقلاً منوط به بقای امر متنازع فیه است.<sup>۳</sup> آزادسازی افراد بازداشتی، رفع توقیف از اموال، خروج از سرزمین اشغال شده، مسترد داشتن اموال فرهنگی غارت شده، لغو قوانین و مقررات ملی مغایر با تعهدات بین المللی و بازبینی تصمیمات قضایی مغایر تعهدات بین المللی دولت مصادیقی از این مفهوم اند.

اعاده به وضع سابق منحصر به وضعیتی نیست که ذی نفی مستقیم دولت از جمله در مورد اموال، اسناد یا سرزمینش مطرح باشد. در وضعیتی که فرد انسانی نیز، ذینفع اعاده به وضع سابق باشد اعاده میتواند در معنای برگرداندن قربانی به وضعیت مادی طبیعی و اولیه (همچون آزادی از بازداشت غیرقانونی و خروج از محبس) یا اعاده وی به وضعیت حقوقی طبیعی و اولیه (برائت) باشد (Provost, 2016: 494). به هر حال در معنای حقوقی، اعاده به وضع سابق متضمن اصلاح یا تغییر در روابط حقوقی دولت مسوول با زیان دیده میباشد (امیری، ۱۳۸۷) و در معنای مادی، اعاده به وضع سابق متضمن برخورداری افراد، اموال یا اسناد از وضعیت جدید فیزیکی و پیرامونی است.

در چارچوب نظام معاضدتهای کنسولی، تعهد اولیه دولت میزبان آن است که "بنا به تقاضای ذینفع و بدون تأخیر، مراتب {بازداشت بیگانه} را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع دهد" و نیز "حقوقی را که شخص ذینفع به موجب ماده ۳۶ کنوانسیون داراست به اطلاع او برساند." (VCCR, 1963: 36). تخلف دولت میزبان در اجرای این تعهد در قالب "محروم سازی تبعه بیگانه از حق فردی دریافت حمایت کنسولی از لحظه درخواست وی برای بهره مندی از این حق" و نیز "قصور در آگاهانیدن وی مبنی بر داشتن این حق فردی" هویدا می شود.

با تحقق فرآیند محروم سازی به شرح پیشین، در یک نگاه کلی و اولیه تمامی اقدامات و رخدادهای موخر بر فرآیند محروم سازی از جمله تحقیقات مقدماتی انجام شده بدون حضور وکیل یا مشاور تعیین شده توسط پُست کنسولی، ادله تحصیل شده در وضعیت محرومیت از حمایت کنسولی به ویژه اقرار، خود فرآیند دادرسی، محکومیت و اجرای مجازات به شرطی که مستقیماً معلول و نتیجه محرومیت از دریافت حمایت کنسولی باشند، مشمول اعاده به وضع سابق خواهند شد.

زدودن تمام آثار ناشی از فعل متخلفانه است (Factory of chorzov, 1928, 48): متضمن آن است که بپذیریم دولت متخلف افزون بر الغای آرای محکومیت و مجازات و امحای آثار دادرسی موصوف، حتی در دادرسی های موخر نیز امکان بهره برداری از ادله تحصیل شده در دوره محروم سازی را نداشته باشد. تحقق اعاده در این معنا، متهم بیگانه را در همان جایگاه و اوضاع و احوالی قرار می دهد که در لحظه سلب آزادی و نقض ماده ۳۶ کنوانسیون داشته است؛ وضعیتی که آزاد است، اقرار نکرده است و توان ملاقات با وکیل یا کنسول دولت متبوع و تدارک دفاع دارد.

البته اعاده در معنای پیش گفته، محدود به مواردی است که انجام آن به لحاظ مادی نیز ممکن

<sup>3</sup> materially possible

<sup>1</sup> ultimate beneficiaries

<sup>2</sup> status quo ante

در مانحن فیه با توجه به آنکه اعاده به وضع سابق اصولاً در قالب اعاده حقوقی معنا پیدا می‌کند، اصل تناسب واجد معنایی دیگر نیز می‌شود. به این معنا که اعاده به وضع سابق بدون لطمه به حقوق و تکالیف دیگران و از جمله خود دولت متخلف صورت گیرد (امیری، ۱۳۸۷). بر این اساس دولت متخلف، نقض ماده ۳۶ را باید مشروط به و تا حدی که<sup>۱</sup> خارج از اصل تناسب نباشد به گونه‌ای جبران کند که در انطباق با دیگر و حقوق و تکالیف بین المللی اش قرار گیرد. حاصل آنکه دولت متخلف نمی‌بایست در این فرآیند جبرانی بر تمامی حقوق مشروع خود که از حقوق بین الملل حاصل کرده است چشم ببوشد. این موضوع تحت عنوان نسبی بودن اعاده به وضع سابق به ویژه در فرض محکومیت اتباع بیگانه به حبس نیازمند ایضاح بیشتری است.

## ۶،۲ نسبی بودن اعاده به وضع سابق در سایه اصل تناسب

محل نزاع در قضایای مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون وین، کیفیت اعاده به وضع سابق است. دو رویکرد در این مورد قابل یافت است. هر کدام از این رویکردها موافقان و مخالفانی دارد و سطحی متفاوت از نگرانی‌های دولت زیان دیده و دولت متخلف را پوشش می‌دهد.

نخستین رویکرد که مطلوب دولت زیان دیده است، "امحای تمام آثار عمل متخلفانه"<sup>۲</sup> را از جمله مسوولیت‌های دولت متخلف تلقی میکند (Factory of chorzov, 1928: 47-48). این رویکرد مستظهر به اصل جبران کامل خسارت<sup>۳</sup> است که در ماده ۳۴ طرح مسوولیت پیش بینی شده است. حاصل از کاربست این رویکرد آن است که آرای محکومیت و مجازات و توابع و لواحق آن مشمول تعهد به اعاده به وضع سابق و امحای تمام آثار عمل متخلفانه باشد. افزون بر آن آزادسازی تبعه بیگانه و تمهید امکان خروج آزادانه اش از قلمرو کشور

باشد. از جمله در فرض سلب حیات اتباع بیگانه، اگر فرآیند دادرسی با محرومیت از حمایت کنسولی همراه بوده باشد (از جمله در قضیه لگراندا)، نقض قاعده تماماً رخ داده و با توجه به قلع زمینه نزاع در اثر زوال (مرگ) موضوع دعوا و امتناع مادی و حقوقی امر، اعاده به وضع سابق متصور نیست (Barcelona Traction case, 1970: 23). در این وضعیت، جلب رضایت، پرداخت غرامت در قبال سلب غیر قانونی حیات و تعهد و تضمین به عدم تکرار فعل متخلفانه در آتیه می‌تواند جبران موثر نقض ماده ۳۶ باشد.

از جهاتی دیگر بنظر میرسد در صورت عدم اعدام تبعه موصوف هم، افزون بر لزوم اعاده به وضع سابق از طریق الغای آرای محکومیت و مجازات، امکان مطالبه غرامت نیز وجود داشته باشد؛ از جمله در مواردی که نقض ماده ۳۶ به کیفر حبس یا سایر جنایات شدید مادون نفس از جمله شکنجه منتهی شده باشد (Lagrand case, 2001: 125). در صورت اخیر، کیفر حبس غیر قانونی است و امکان مطالبه خسارت ایام بازداشت و غرامت آسیبه‌های دیگر وجود دارد. جز این موارد با توجه به فقد خسارت مالی، موضوع دریافت غرامت نیز منتفی به نظر میرسد.

اعاده به وضع سابق، محدود به اصل تناسب است (ARSIWA, 2001: Art. 30). تناسب در این معنا ممکن است از منظر مادی مد نظر باشد. نیز ممکن است اعاده به وضع سابق به جهت خارج از توان بودن برای دولت متخلف، ممتنع شود (مستقیمی و طارم سری، ۱۳۷۷: ۲۳۷). بدان معنا که اگر مزایای اعاده به وضع سابق هیچ تناسبی با هزینه‌های آن برای دولت متخلف نداشته باشد (از جمله در قیاس با غرامتی که ممکن است بعنوان جانشین نقض تعهد اولیه پرداخت کند)، باید از اعاده بوضع سابق چشم پوشید و به طرق جبرانی دیگر رو آورد.

<sup>3</sup> full reparation principle

<sup>1</sup> Provided and to the extent that

<sup>2</sup> wipe out all the consequences of the illegal act



بویژه در قضایای راجع به آزادی سرزمین، اموال، اسناد و اتباع دولت زیان دیده توجه به سایر اوضاع و احوال و الزامات حقوق بین الملل از جمله حقوق و صلاحیت های دولت متخلف امری ضروری است (ARSIWA, 2001: Art. 34.3).

بعنوان مثال زمانی که دولت متخلف، برخی تعهدات شکلی حقوق بین الملل را که مقدمه استیفای حقوق ماهوی دولت بیگانه یا اتباعش باشند نقض کرده باشد، اعاده به وضع سابق به معنای احیای محض حقوق دولت زیان دیده یا محرومیت ابدی دولت متخلف از ارزیابی حقوق ماهوی دولت زیان دیده یا اتباع او نیست. مُراد آن است که به دولت زیان دیده چیزی بیش از آن نرسد که در فرض اجرای تعهد نصیبش می شده است.

از میان این دو الگو، آنچه مطلوب دیوان بین المللی دادگستری بوده است اعاده نسبی وضعیت به حال سابق در پرتو اصل تناسب، ملحوظ داشتن حقوق مشروع دولت میزبان حاصل از حقوق بین الملل، و معرفی فرآیند تجدیدنظر و بازبینی به عنوان شیوه تعدیل شده ی اعاده به وضع سابق از نوع حقوقی (و نه مادی) است. محکومیت دولت متخلف به چیزی بیش از آن مغایر با بسیاری بنیادهای حقوق بین الملل از جمله منع ورود محاکم بین المللی به ارزیابی آرای قضایی ملی و منع ورود به عرصه مُسَلَّم امور داخلی است.

### ۶٫۳ تجدید نظر و بازبینی توسط مراجع ملی به مثابه اعاده به وضع سابق

اصولاً نمیتوان محاکم بین المللی را به منزله مرجع نقض و ابرام آرای محاکم ملی تصور نمود. اگر به تفکیک ساحت حقوق داخلی و حقوق بین الملل باور داشته باشیم<sup>۳</sup>، باید عرصه مُسَلَّم امور داخلی را از ورود و دخالت حقوق بین الملل مصون بدانیم (UN Charter, 1945: art. 2). در نتیجه تصور اینکه محکمه ای بین المللی بتواند بطلان عمل حقوقی یا

میزبان و معافیت از اعمال مجدد صلاحیت کیفری بر اساس همان اتهام و ادله تحصیل شده در دوران محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی، از تعهدات دولت متخلف خواهد بود.

مبنای رویکرد نخست آن است که "از منشأ غلط، حق بر نمی خیزد"<sup>۱</sup>؛ طبعاً اعاده کامل وضعیت به حالت سابق، متضمن تعهد دولت متخلف به امحای تمام فرآیندها و رخدادهای موخر بر وقوع تخلف است. پس هر آنچه پس از فرآیند محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی رخ داده باشد از جمله آثار عمل متخلفانه است. اگر اختلافی نیز راجع به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون در محکمه ای بین المللی اقامه شود آن محکمه نیز باید عمل نامشروع دولت را تماماً باطل کند.

رویکرد نخست کمترین مطلوبیتی برای دولت میزبان دارد؛ از آن جهت که مغایر صلاحیت سرزمینی او به موجب حقوق بین الملل، تعهدات مربوط به تحقق عدالت در حق قربانیان جرم و حتی تعهدات مربوط به مقابله با بی کیفرمانی در مورد محاکمه بیگانگان متهم به ارتکاب جنایات بین المللی است. حتی میتوان با وحدت ملاک از قواعد طرح مسوولیت دولت (ARSIWA, 2001: Art. 37) باور داشت جبرانی به آنگونه ماهیتاً تحقیق‌آمیز است و مغایر اصل برابری دولت ها است. در نتیجه رویکردی دیگر با محوریت نسبیت اعاده به وضع سابق<sup>۲</sup> قابل عرضه است.

بر اساس رویکرد دوم، دولت متخلف بر اساس اصل تناسب صرفاً تا آن میزان ماخوذ به احیای وضعیت سابق است که آثار متخلفانه به صورت مستقیم ناشی از نقض تعهد بین المللی بوده و زدودن آن آثار با توجه به حقوق و صلاحیت های دولت متخلف از جمله به موجب حقوق بین الملل عام، شدنی و قابل انجام باشد. این رویکرد سازشی مورد تایید کمیسیون حقوق بین الملل نیز بوده است. به باور کمیسیون، در احیای وضعیت سابق

<sup>3</sup> Dualism

<sup>1</sup> ex-injuria non oritur jus

<sup>2</sup> Relativity of Restitution



نیست دولت متخلف اثرگذار بودن این آیین را نسبت به متهم تضمین کند. بلکه هدف آن است در یک دادرسی مجدد تمام نقائص شکلی موثر بر حقوق تبعه بیگانه مورد ارزیابی قضایی قرار گیرد. از همین روست که دیوان، جوهر آیین تجدیدنظر و بازبینی را التزام موثر به دادرسی عادلانه میداند (Jadhav case, 2019: 145) و نه تضمین نتیجه نهایی آن.

فارغ از تمام فرصت‌ها و محدودیت‌هایی که در نظم حقوقی ملی کشور متخلف وجود دارد دولت متخلف، متعهد به به بازبینی و تجدید نظر است و استناد به محدودیتهای شکلی ناظر بر آیین اعتراض به آرای کیفری نمی‌تواند تعهد دولت را زائل کرده (VCLT, 1969: 27). و شیوه‌های جبرانی دیگری را جایگزین آن نماید. کاربست این تعهد حتی تا جایی است که دولت متخلف را به بازبینی قوانین و مقررات بازدارنده از اعمال تجدیدنظر و بازبینی خواهد کرد. عبارتی تعهد دولت به کاربست این آیین، تعهد به نتیجه<sup>۱</sup> است (Avena case, 2009: 44).

در عین حال، دولت متخلف آزادی عمل کاملی در تمهید و تدارک وسیله و ابزارهای تحقق آن دارد (Jadhav Case, 2019: 146). هرچند دولت متخلف میتواند با کاربست آیینهای مکمل و فرعی مانند عفو به همان نتیجه نائل آید (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 143). نیز در فرض وجود موانع حقوقی در تحقق آیین تجدیدنظر و بازبینی و یا عفو خصوصی، تقنین ملی میتواند هموارکننده تعهد به جبران باشد (Carter, 2005: 273).

ممکن است به تاسی از رویه دیوان در قضیه قرار بازداشت بین المللی یروپا، تصور شود اثر نقض ماده ۳۶ کنوانسیون وین بطلان آرای محکومیت و مجازات در تمامیت خود باشد و از محکمه بین المللی انتظار داشت چنین بطلانی را احراز کند. اما باید توجه داشت که صدور قرار بازداشت برای وزیر

قضایی داخلی (در مانحن فیه آرای صادره توسط محاکم ملی) را اعلام کند و یا در مقام استیناف از آرای محاکم ملی قرار گیرد ممکن نیست. در این مورد محکمه صرفاً صلاحیت احراز نقض یک تعهد بین المللی را دارد و اگر ضروری باشد می‌تواند مقرر کند که حقوق داخلی یک کشور، سبب چنین نقضی بوده است (Lagrang case, 2001: 125).

در دعاوی مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دیوان بین المللی به این بسنده کرده است که مغایرت عمل متخلفانه دولت (محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی) با حقوق بین الملل را احراز و اعلام کند و از دولت متخلف بخواهد با ابزارهای در اختیار خود و بر اساس حقوق ملی اما در تعامل با حقوق بین الملل، آثار عمل متخلفانه را زائل کند. در تمام قضایای موصوف این آیین جبرانی "تجدید نظر و بازبینی در آرای محکومیت و مجازات" نام گرفته است؛ آیینی که از شقوق اعاده حقوقی وضعیت به حال سابق محسوب میشود.

بر اساس این آیین، تخلف دولت از تعهدات بین المللی راجع به دسترسی‌های کنسولی صرفاً در چارچوب نظام قضایی دولت متخلف از طریق بازبینی قضایی عادی یا فوق العاده آرای محکومیت و مجازات بر طبق قوانین و مقررات ملی همان دولت قابل جبران است. این جبران مستلزم طی یک فرآیند قضایی داخلی منطبق با تمام استانداردهای دادرسی عادلانه از جمله حمایت‌های دریافتی از کانال معاضدتهای کنسولی است؛ به گونه‌ای که تمام اوضاع و احوال، ادله و عناصر متخلفانه دادرسی اولیه را ملحوظ داشته و اثر هر کدام از آن تخلفات را بر حقوق دفاعی متهم مورد ارزیابی مجدد قرار داده و در فضایی با حکومت حقوق داخلی اما منطبق با استانداردهای بین المللی محکومیت و مجازات تبعه بیگانه را مورد تجدیدنظر قرار دهد. جبران کامل خسارت نقض ماده ۳۶ ازین رهگذر ممکن خواهد بود ولو آنکه نتیجه آیین تجدیدنظر و بازبینی، مجدداً محکومیت و مجازات تبعه بیگانه باشد. عبارتی لازم

<sup>1</sup> Obligation to result



شکلی یک دادرسی که ضامن حق حیات اتباع بیگانه و رهایی آنان از شکنجه و رفتارهای غیر انسانی و مجازاتهای ترحیمی باشد دشوار می نماید. ازین روست که ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، "الزام به اطلاع رسانی بدون تاخیر به دولت متبوع در صورت درخواست خود فرد را" یکی از تکالیف دولت میزبان در صورت هرگونه سلب و یا تحدید آزادی اتباع بیگانه دانسته است. این تعهد قراردادی از نوع تعهد به نتیجه است و بعید به نظر نمی رسد که امروز دارای ماهیت عرفی بین المللی شده باشد. به هر روی، نقض این تعهد قراردادی لازم الاجرا از جانب دولت میزبان و ماموران قانونی آن مسوولیت بین المللی دولت میزبان را بدنبال می آورد. در مانحن فیه، صرف قصور اولیه در اطلاع رسانی به مثابه نقض حقوق بین الملل بوده و موجب ورود زیان به بیگانگان و دولت متبوع آنان شده و در آتی و مراتب شدیدتر می تواند نقض حق بر دادرسی عادلانه، حق حیات و رهایی از شکنجه را نیز بدنبال آورد. ازین رو دولت میزبان بعنوان دولت متخلف، مکلف است نقض رخ داده را جبران و خسارات حاصله را تدارک بیند. در فروضی که نقض پیش گفته به اصدار و اجرای احکام اعدام بیگانگان منتهی شده باشد نظر به قلع وجود محکوم به و غیرقابل احیا و بازگشت بودن وضعیت سابق، دولت متخلف مکلف است از طریق عذرخواهی، جلب رضایت، تعهد به عدم تکرار و پرداخت غرامت عادلانه، خسارات واقعه را جبران کند. اما در مواردی جز این و از جمله محکومیت بیگانگان به کیفر حبس و اصدار بدون اجرای حکم اعدام، موضوع جبران خسارت متفاوت است. منفعت مبرم دولت زیان دیده در این صور، اعاده کامل وضعیت به حال سابق و الغای تمام آنچه است که از لحظه توقیف تا اجرای کیفر ناشی شده است. از آن جمله است امحای ادله و اعلام بی اعتباری آن، الغای احکام محکومیت و مجازات های صادره و آزادی بدون قید و شرط تبعه بازداشتی و یا در معرض اعدام. اما منفعت مبرم و غیر قابل انکار دولت

خارج در حال خدمت با توجه به مصونیت کیفری سران عالیرتبه فی نفسه<sup>۱</sup> مغایر حقوق بین الملل است (Arrest Warrant case, 2002: 70). پس اعلام بطلان آن شایسته است.

اما در موضوع نقض ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دستگیری، بازداشت، دادرسی و مجازات اتباع بیگانه فی نفسه نقض حقوق بین الملل نیست (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 123). موضوع اختلاف در این موارد، نه صرف دادرسی، محکومیت و مجازات تبعه بیگانه، بلکه نقض برخی تعهدات معاهده ای است. در این موارد، اصل محاکمه غیرقانونی نیست و حاجت به الغای نتایج حاصل از آن نخواهد بود (Jadhav Case, 2019: 135). چنین نقضی ولو بر فرآیند دادرسی و تعیین کیفر موثر باشد چنان گران نیست که جبران آن از طریق ابطال تصمیمات دستگاه قضایی دولت میزبان و انکار اقتدار قضایی آن دولت باشد.

رهیافت پیش گفته از آن روست که به باور ما کاربست تام ماده ۳۶ کنوانسیون، شرط موثرسازی و اكمال حق بر دادرسی عادلانه است و نه شرط صحت آن. در موارد نادری حتی ممکن است تحمیل این امر به نظام ملی دولت میزبان مغایر با دیگر قواعد حقوق بین الملل باشد. مانند آنکه دولتی در راستای اعمال صلاحیت جهانی، تبعه بیگانه متهم به نقض قاعده آمره منع شکنجه را بدون رعایت ماده ۳۶ کنوانسیون مورد محاکمه قرار دهد.

## ۷ نتیجه گیری

با درک و پذیرش شرایط خاص بیگانگان در قلمرو دولت میزبان از جمله تنگناهای زبانی و فرهنگی، فقدان آگاهی به قوانین، مقررات و رویه های مجری در دادرسی های کیفری و ناتوانی در تمهید و تدارک دفاع شایسته در محضر محکمه، بهره مندی آنان از حمایت کنسولی دولت متبوع خود به ویژه در دادرسی های کیفری سنگ بنای تضمین یک دادرسی عادلانه است. در فقدان آن، باور به وجود تضمینات

<sup>۱</sup> ipso facto

تعیینی را فراهم کند. اصل تعهد به تجدیدنظر و بازبینی از نوع تعهد به نتیجه است اما، تدارک وسیله و اسباب تحقق آن به اختیار دولت میزبان است که از جمله می‌تواند با پذیرش اعاده دادرسی، تدارک طرق فوق العاده دیگر اعتراض به آراء و محکومیت‌های اتباع بیگانه و تقنین خاص به آن منظور و شیوه‌های مکمل (نه جایگزین) همچون تخفیف یا عفو محکومان محقق شود. شرط ماهوی در کاربست این نوع تعهد به جبران خسارت آن است که موثر بودن تجدیدنظر و بازبینی تضمین شود و در هر گونه اعمال عینی این آیین، اثر خاصی که نقض مفاد ماده ۳۶ در فرآیند دادرسی کیفری و تحقق عدالت داشته است مورد بررسی قرار گیرد.

میزبان در این فروض، نهایتاً اعاده نسبی وضعیت به حال سابق، اعمال مجدد صلاحیت کیفری با رعایت ماده ۳۶ کنوانسیون وین، و مجازات قانون شکنان فارغ از وصف تابعیتی و حتی مقابله با بی کیفرمانی است. نظام مسوولیت بین المللی دولت با درک ملاحظات و نگرانی‌های پیش گفته و منافع غیر قابل انکار هر دو دولت در حمایت از اتباع خود و اجرای قانون ملی، در پرتو اصل تناسب در جبران خسارت، مُعرف الگویی از اعاده به وضع سابق است که ماهیتاً نسبی است و بر اساس آن دولت میزبان مکلف است در صورت صدور احکام محکومیت و مجازات بدون رعایت تضمینات شکلی و موثر مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، به انتخاب خود اسباب تجدید نظر و بازبینی در احکام صادره و کیفرهای





## منابع

- Amiri, Atefe (2009), forms of reparation in the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) with emphasis on compensation in the light of international judicial precedent, LLM thesis in international law, university of Tehran, faculty of law and political sciences (in Persian)
- Arora, Muskan (2020), A Commentary on the Kulbhushan Jadhav Case – Explaining the Rules of the Vienna Convention on Consular Relations, NUJS law review, Vol. 13, issue. 1
- Buyse, Antoine (2008), Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law, Heidelberg Journal of International Law (HJIL), Vol. 68
- Carter, Linda (2005), Lessons from Avena: The Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations, duke journal of comparative & international law, Vol. 15, No. 2
- Cangado Trindade, A.A., (2013), International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium-General, Course on Public International Law, Hague academy of international law
- Clooney, Amal and web, Philippa, (2020), The Right to a Fair Trial in International Law, Oxford University Press
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 38, 2020
- Committee on Migrant Workers, General comment No.1, 2011
- Committee on Migrant Workers - Committee on the Rights of the Child, Joint General Comment No. 4, 2017
- Committee on Migrant Workers, General comment No.5, 2021
- Crawford, James (2013), State Responsibility: General Part, Cambridge university press
- EU Charter of Fundamental Rights, 2000
- General Assembly resolution 60/147, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.
- General Assembly resolution 71/187
- General Assembly resolution 73/175
- General Assembly resolution 74/318
- General Assembly resolution 75/183
- General Assembly resolution 75/309
- Ghari seyed Fatemi, seyed mohammad (2010), human rights in the contemporary world, Vol. II: analytical

- essays on rights and liberties, Tehran, the SD institute of law research and study (in Persian)
- Human Rights Committee, General comment No. 31, 2004
- Human Rights Committee, General comment No. 32, 2007
- Human Rights Committee, General comment No. 35, 2014
- Human Rights Committee, General comment No. 36, 2019
- Human rights council, The question of the death penalty, 2017,  
A/HRC/RES/36/17
- Human rights council, The question of the death penalty, 2019,  
A/HRC/RES/42/24
- IACHR, Advisory Opinion No. 18, OC-16/99, 1999
- IACHR, Advisory Opinion No.18, OC-18/03, 2003
- ICJ cases, Ahmadou Sadio, Judgment of 30 November 2010
- ICJ cases, Ahmadou Sadio, Judgment of 30 November 2010, Separate opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Memorial of Mexico, 2003
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), order on provisional measures, 2003, Declaration of Judge Oda
- ICJ cases, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002
- ICJ cases, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), Judgment of 5 February 1970
- ICJ cases, Jadhav, Memorial of the Republic of India, 13 September 2017
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019, Declaration of Judge Robinson
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019, Separate opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Jadhav, order on provisional measures, 2017, Concurring opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Lagrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001
- ICJ cases, Lagrand (Germany v. United States of America), Memorial of Germany, 1999
- ICJ cases, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971



- ICJ cases, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals Judgment, 2009
- ILC Draft Conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (Jus Cogens), with commentaries, 2022
- ILC Draft Articles on Consular Relations, 1961
- ILC Draft articles on state responsibility with commentaries (ARSIWA), 2001
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990
- International Covenant on civil and political rights, 1966
- International Organization for Migration, world migration report 2020
- International Organization for Migration, world migration report, 2022
- Lau, Beatrice (2022), "Hostage Diplomacy" - A Contemporary State Practice Outside the Reach of International Law, Georgetown Journal of International Law, Vol. 53, N. 3
- Migrant Workers Convention, 1990
- Mostaghimi, Bahram, taromsari, masoud (1999), international responsibility of the state: the case of Iraqi invasion of Iran, faculty of law and political science, Tehran university (in Persian)
- PCIJ, Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925
- PCIJ, Factory of chorzov, 1928
- PCIJ, Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928
- Ragazzi, Maurizio (2005), "International Responsibility Today Essays in Memory of Oscar Schachter, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers
- Rene, Provost (2016), State responsibility in international law, Routledge
- Shelton, Dinah (2015), remedies in international human rights law, Oxford University Press
- Stewart, David (2020), The Emergent Human Right to Consular Notification, Access and Assistance, Cambridge Handbook of New Human Rights
- travaux preparatoires of VCCR, United Nations, doc A/CONF.25/16/Add.1, Vol. I
- travaux preparatoires of VCCR, United Nations, doc A/CONF.25/16/Add.1, Vol. II
- United Nations charter, 1945
- United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules, 2015
- Veneziano, Sabina (2018), The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights, Georgetown Journal of International Law, Volume 49, N.1

Vienna Convention on Consular Relations,  
1963

Vienna Convention on Consular Relations,  
Optional Protocol to the Vienna  
Convention on Consular Relations  
concerning the Compulsory Settle-  
ment of Disputes, 1963

Vienna Convention on the Law of Treaties,  
1969

Villiger Mark E. (2009), Commentary on  
the 1969 Vienna Convention on the  
Law of Treaties, Leiden, Martinus  
Nijhoff Publishers

World Tourism Organization, World Tour-  
ism Barometer, 2022



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی