

# Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom

Niloufar Ragheb<sup>1</sup>, Hasan Savari<sup>\*2</sup>

1. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: ragheb.niloufar@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

\*. **Corresponding Author:** Email: savari@modares.ac.ir

## ABSTRACT

Customary law is a dynamic source of international law that forms by various act of international players. Applying of margin of appreciation and its invoking is involved the one that can raise its formation as a customary rule. It has been examined in this research whether states invoking on margin of appreciation before any dispute settlement bodies as a defense and its assessment, will be led to its formation as a customary rule or not. For this purpose, requirements needed to identify customary rule, as well as capabilities and challenges that dispute settlement bodies, in particular ECHR, faces with, to stablish customary rules, has been assessed. by distinguishing between the role of states and dispute settlement bodies, the article concludes that Despite of possibility of its formation, there are certain restrictions and ambiguities for recognizing the content of the



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2022.342152.2052

**Received:**  
14 April 2022

**Accepted:**  
19 June 2022

**Published:**  
6 December 2023



### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



margin of appreciation as a customary rule, which international law rules has not yet provided any answer to them.

**Keywords:** Margin of Appreciation, Customary International Law, Objective element, Subjective element, Dispute Settlement Body.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The function of doctrine of margin of appreciation in development and improvement of the systemic structure of international law", Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Niloufar Ragheb: Writing - Original Draft, Formal analysis, Investigation, Resources, Conceptualization.

Hasan Savari: Supervision, Project administration, Writing - Review & Editing, Data Curation.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

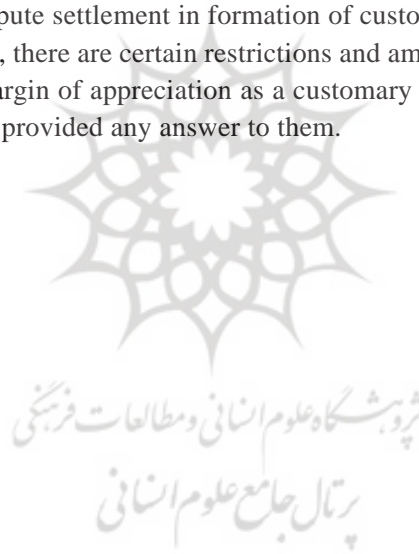
Ragheb, Niloufar & Hasan Savari. "Interaction Between Appreciation Doctrine and International Custom" *Journal of Legal Research* 22, no. 55 (December 6, 2023): 81-113.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## **E x t e n d e d   A b s t r a c t**

Customary law is a dynamic source of international law that forms by various act of international players. What is necessary for formation of a customary rule is states practice with *opinio juris*. this means that certain practice has done with the believe that it has to do as a law. In forming a customary rule form of the practice doesn't matter. So state practice may be consist of legislative, administrative or judicial conduct. Its content may be also some rights or obligations. Invoking margin of appreciation in front of a dispute settlement bodies is one of example that can be assessed in this respect. States parties invoke their rights to apply their appreciation as a defense against claim of human rights violation in respect of alleged victim in some cases. In such situations there is an imaginable question whether states practice along with the its allege of applying its tight to margin of appreciation in front of any dispute settlement body, would stablish a right to apply appreciation as a customary rule or not. There is some differences between assessment of formation possibility of margin of appreciation as a customary rule and identification of another customary law contents. There is certain deference that have to be consider, Despite of common aspect in identification customary rules elements in all matters. In addition to government, dispute settlement bodies have an active and passive intervention not only in identification of margin of appreciation as an international customary law rules, but also to its formation or its applying. this means that these bodies may affect in its formation and also have to respect for state invoking of this right. In addition to states conducts, dispute settlement approach have to be consider ,Due to the interaction between government and the court during assessment of state defenses. this matter may be one of instances of conclusion 4 paragraph 2 of ILC Draft conclusions on identification of customary international law 2018 which provide» in certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law«. Considering both government and dispute settlement bodies role in the framework of European Convention of Human Rights, the present article assess the possibility of formation margin of appreciation by states parties as a customary rule during any complaint before European Court of Human Rights. For this purpose, the article includes three pillar. margin of appreciation history and meaning in European regime explain in the first part. State practice and *opinio juris* as a 2 elements necessary for formation of customary rules assess in part two. this part determine the content of the rule and the term of its existence base on interaction between beneficiary actors including defendant state, third parties and European court of Human tights.By considering existing differences for formation customary rules between margin of appreciation as a customary rule and another customary

rules, part three of the article is allocated to explain any challenges in front of establishing this matter as a customary rule. These challenges are divided to two part including challenges related to establishment of customary law elements and challenges arising from restriction related to dispute settlement bodies. examining any challenges ,the research conclude that state conduct and European Court of Human rights approach affirm the fact that we can say there is a customary rule in European regime for states to apply its appreciation in its treaty based obligation under certain terms. Extension of this rights in not the same in all situation. This rights sole existed where there wasn't any consensus in European community about the matter. At the same time states parties shall respect certain criteria to apply this customary rights. While states is Respecting this criteria, European Court of Human Rights and another states parties to European regime are obliged to respect this customary nature rights. The rule force European court to follow these criteria and dimensions in any state conduct analyzing. the article by distinction between the role of states and dispute settlement in formation of customary rule concludes that despite its possibility, there are certain restrictions and ambiguities for recognizing the content of the margin of appreciation as a customary rule, which international law rules has not yet provided any answer to them.



## میان‌کنش دکتربین صلاح‌دید و عرف بین‌المللی

نیلوفر راغب<sup>۱</sup>، حسن سواری<sup>۲\*</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: ragheb.niloufar@yahoo.com

۲. دانشیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

Email: savari@modares.ac.ir: نویسنده مسئول\*

### چکیده:

حقوق عرفی یک منبع پویای حقوق بین‌الملل است که به‌واسطه اشکال مختلف رفتار بازیگران بین‌المللی می‌تواند شکل بگیرد. ازجمله این رفتارها اعمال و استناد به حاشیه صلاح‌دید است که می‌تواند شکل‌گیری آن به‌عنوان قاعده عرفی را مطرح سازد. در این تحقیق بررسی می‌شود آیا استناد دولت‌ها به حاشیه صلاح‌دید در مقابل نهاد حل‌وفصل اختلاف به‌عنوان دفاع و ارزیابی نهاد مزبور می‌تواند منجر به شکل‌گیری حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی گردد یا خیر. بدین منظور الزامات مورد نیاز برای احراز قاعده عرفی و همین‌طور قابلیت‌ها و چالش‌های نهاد حل‌وفصل اختلاف، به‌طور اخص دیوان اروپایی حقوق بشر که در ایجاد یک قاعده عرفی با آن مواجه است، ارزیابی شده است. مقاله حاضر با تفکیک میان نقش دولت‌ها و نهادهای حل‌وفصل اختلافات نتیجه می‌گیرد علی‌رغم امکان شکل‌گیری، دارای محدودیت‌ها و ابهاماتی در رابطه با تشخیص محتوای حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان قاعده‌ای عرفی

### کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌ده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.342152.2052

تاریخ دریافت:

۲۵ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۹ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ آذر ۱۴۰۲



می‌باشد که قواعد حقوق بین‌الملل تاکنون پاسخی برای آن ارائه نداده است.

### کلیدواژه‌ها:

حاشیه صلاح‌دید، حقوق بین‌الملل عرفی، عنصر مادی، عنصر معنوی، نهاد حل‌وفصل اختلاف.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «کارکرد آموزه حاشیه صلاح‌دید در توسعه و ارتقای ساختار سیستمیک حقوق بین‌الملل»، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

نیلوفر راغب: نوشتن - پیش‌نویس اصلی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، مفهوم‌سازی.  
حسن سواری: نظارت، مدیریت پروژه، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت بر داده‌ها.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

راغب، نیلوفر و حسن سواری. «میان‌کنش دکترین صلاح‌دید و عرف بین‌المللی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۵ (۱۵ آذر ۱۴۰۲): ۸۱-۱۱۳.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

علی‌رغم اهمیت معاهدات، عرف همچنان یکی از منابع مهم حقوق بین‌الملل می‌باشد. از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه این نهاد و همین‌طور طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد شناسایی حقوق بین‌الملل عرفی<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد دولت‌ها در مرکز تابعان قواعد عرفی قرار دارند و عملکرد آنها نیز برای شناسایی قواعد عرفی باید مورد توجه قرار گیرد. با وجود این به نظر می‌رسد طرح کمیسیون هرچند با احتیاط یا را تا حدودی فراتر نهاده و بند دوم و سوم استنتاج شماره چهار طرح مذکور توجه به عملکرد بازیگرانی غیر از دولت‌ها را در شکل‌گیری یا تبیین قواعد عرفی مورد توجه قرار داده است. استناد به حاشیه صلاحدید در مقابل نهادهای حل‌وفصل اختلاف از جمله مواردی است که می‌تواند در همین بستر مورد بررسی قرار گیرد. یکی از موضوعاتی که از نقاط خاکستری حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، مسأله اعمال صلاحدید است. خاکستری بودن صلاحدید در حقوق بین‌الملل، به صاحب حق این امکان را می‌دهد که با اعمال آن، متفاوت از قانون رفتار کند اما در عین حال مسؤولیتی نداشته باشد.<sup>۲</sup> این نهاد از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

با توجه به بند اول استنتاج شماره شش طرح کمیسیون مبنی بر اینکه عملکرد می‌تواند طیف وسیعی از اشکال، شامل اقدامات فیزیکی و گفتاری را شامل شود؛ و همین‌طور تصریح به نبود سلسله مراتب میان اشکال مختلف عملکرد در بند سوم همین استنتاج؛ این سؤال مطرح می‌شود که حاشیه صلاحدید می‌تواند در شکل یک قاعده عرفی ظاهر شود؟ محتوای این قاعده عرفی چه اموری را پوشش می‌دهد و مخاطبان آن کدامیک از بازیگران بین‌المللی می‌باشند؟ بدین منظور در این نقش این نهاد با توجه به بندهای دوم و سوم استنتاج شماره ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل و در بستر عملکرد دولت‌ها، استناد به آن در مقابل نهاد حل‌وفصل اختلاف و شیوه مواجهه این نهاد در مقابل استناد دولت‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت. لازم به توضیح است، نظر به محدودیت‌های نهادهای حل‌وفصل اختلاف در خلق قواعد حقوقی، نقش حاشیه صلاحدید در ایجاد قواعد عرفی نسبت به مقرر مهوری موضوع

1. Draft conclusions on identification of customary international law 2018, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two, P.124.

۲. رضا موسی زاده و دیگران، «مفهوم و جایگاه صلاحدید در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی (ژاد ۱۳)، ۴۷ (۱۳۹۹)، ۱.

۳. برخی در یک بررسی ماهیتی عقیده دارند شواهدی دال بر تأیید این مدعاست که این نهاد ریشه در نسبی‌گرایی فرهنگی دارد. حسین شریفی طراز کوهی و جواد مبینی، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۶، ۴۴ (۱۳۹۳)، ۸۰.

اختلاف خارج از موضوع این تحقیق می‌باشد. لذا در این تحقیق شکل‌گیری حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱- شناخت دکترین حاشیه صلاح‌دید

پیش از ورود به بحث لازم است در اولین گام برای شناخت دکترین حاشیه صلاح‌دید در حقوق بین‌الملل به بررسی پیشینه و مفهوم این نهاد حقوقی بپردازیم.

### ۱-۱- پیشینه حاشیه صلاح‌دید

این ایده، از سوی کمیسیون اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۵۸ در قضیه قبرس علیه انگلستان ابداع شد و در دعاوی دیگر این نهاد و دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه هندی ساید علیه انگلستان، در سال ۱۹۷۶ مطرح گردید ... این اصطلاح یعنی «حاشیه صلاح‌دید»<sup>۴</sup> برای نخستین بار، در تاریخ ۱۹۶۰ در دعوی لالس<sup>۵</sup> علیه ایرلند به کار گرفته شد؛ و در دعاوی بسیار مهمی از سوی این نهادهای اروپایی مورد استناد قرار گرفته و احکام متعددی بر اساس آن صادر شده است.<sup>۶</sup>

رای دادگاه اروپایی در پرونده «هندی ساید علیه انگلستان» سنگ بنای توسعه رویکرد دادگاه به حاشیه تفسیر شناخته می‌شود. هندی ساید یک ناشر انگلیسی بود که بر اساس قانون انتشارات انگلستان (مصوب سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۵۹ م.) به دلیل انتشار کتاب غیراخلاقی برای کودکان محکوم شد. هندی ساید بعد از اینکه به این علت جریمه شد، نزد دادگاه اروپایی به استناد موادی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و از جمله ماده ۱۰ در مورد آزادی بیان شکایت کرد. دادگاه اعلام کرد ماده پیش‌گفته نقض نشده، زیرا مداخله در آزادی (هندی ساید) از سوی قانون تجویز شده و برای حمایت از اخلاقیات جامعه دموکراتیک ضروری است. برای رسیدن به این نتیجه‌گیری، دادگاه برخی عناصر را مورد توجه قرار داد که به اثبات وجود «حاشیه تفسیر برای دولت‌ها» منجر می‌شود.<sup>۷</sup> از آن زمان تا به حال، دیوان استفاده از دکترین حاشیه صلاح‌دید را بسیار گسترش داده و در اکثر حقوق مندرج در کنوانسیون آن را اعمال

4. Margin of Appreciation

5. Lawless

۶. سعید رهایی، «دکترین حاشیه تفسیر و محدودیت‌های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا»، نشریه نامه مفید ۷۹ (۱۳۸۹)، ۷۹.

۷. مصطفی فضائی و سجاد رضا زاده، «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر»، نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر ۱۰، ۱۹ (۱۳۹۸)، ۲۳۵.



کرده، به‌گونه‌ای که فقط در نیمه اول سال ۲۰۰۹ در رأی از این اصطلاح استفاده کرده است. یکی از قضات سابق دیوان در تأیید این موضوع می‌نویسد: «حاشیه صلاحدید موضوع اصلی تقریباً همه دعاوی است که در دیوان اقامه می‌شود، چه صریحاً به آن اشاره شود و چه نشود».<sup>۸</sup>

علی‌رغم استفاده مکرر از دکتین حاشیه صلاحدید در دیوان اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هیچ اشاره‌ای به این نهاد حقوقی نکرده و به‌نوعی چهارچوب این دکتین محصول رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. در سال ۲۰۱۳ در ماده ۱ پروتکل شماره ۱۵ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌طور صریح از عبارت حاشیه صلاحدید نام برده شد، این ماده بیان می‌دارد «کشورهای معظم متعهد مطابق با اصل اختیار تصمیم‌گیری، مسؤلیت اولیه برای تضمین حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این کنوانسیون و پروتکل‌های آن را دارند و در اجرای آن از حاشیه صلاحدید همراهِ با صلاحیت نظارتی دیوان اروپایی حقوقی بشر برخوردار هستند».<sup>۹</sup>

## ۱-۲- مفهوم حاشیه صلاحدید

آنچه در خصوص شناخت مفهوم حاشیه صلاحدید در بسیاری از آرای دیوان به چشم می‌خورد در جایی است که دیوان اظهار می‌دارد دولت‌ها به دلیل شناخت بهتری از جامعه و نیازهای آن نسبت به قاضی بین‌المللی در موقعیت بهتری برای درک منافع جامعه قرار دارند. به همین دلیل قاضی ملی در این خصوص قضاوت بهتری خواهد داشت مگر اینکه آشکارا بدون پایه و اساسی معقول باشد. دیوان تأکید می‌کند اعمال این حق از سوی دولت‌ها با نظارت دیوان همراه است. این دکتین به‌عنوان آزادی عمل، قدرت مانور، جای نفس کشیدن و آزادی اختیار تعریف شده و آن را به‌عنوان نقطه‌ای دانسته‌اند که در آن نظارت بین‌المللی باید مسیر را در اختیار دولت قرار داده تا دولت مزبور در تصویب یا اجرای قوانین، صلاحیت خود را اعمال نماید.<sup>۱۰</sup>

برخی نیز در تبیین مفهوم حاشیه صلاحدید بر این عقیده‌اند که این مفهوم به این معناست که دیوان اروپایی حقوق بشر تحت شرایطی تفسیری مقامات و دادگاه‌های ملی از مقررات کنوانسیون را پذیرفته و آن را به‌عنوان تفسیر کنوانسیون قلمداد می‌کند. شاید بتوان حاشیه صلاحدید را به‌عنوان خط مشی یا

۸. سید قاسم زمانی و ایوب عبدی، «حاشیه صلاحدید دولت‌ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، نشریه پژوهش حقوق عمومی ۵۵ (۱۳۹۶)، ۶۵.

9. Council of Europe Treaty Series - No. 213, (Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Strasbourg, 24.VI.2013, P.2.

۱۰. شریفی طرازکوهی و مبینی، پیشین، ۷۷.

سیاست دیوان در تفسیر کنوانسیون در نظر گرفت و نه به‌عنوان یک قاعده تفسیر زیرا بر اساس این نظریه خود دیوان، کنوانسیون را تفسیر نمی‌کند، بلکه تحت شرایطی ... تفسیر مقامات ملی از کنوانسیون را می‌پذیرد.<sup>۱۱</sup> از این منظر حاشیه صلاحدید در واقع یک شیوه ارزیابی دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به تفسیر ارائه شده از سوی دولت‌های عضو این سند نسبت به مقررات مندرج در این سند می‌باشد.

این دکترین تنها در شرایط بسیار استثنایی خاص و آن هم به‌صورت بسیار محدود نقش بازی می‌کند. این شرایط استثنایی هنگامی است که متعهد بودن به حقوق مندرج در کنوانسیون موجب در معرض خطر قرار گرفتن منافع ملی دولت‌ها و حاکمیت آنها گردد. لازم به ذکر است که دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه برانینگان و مک براید<sup>۱۲</sup> بر استثنایی و موقتی بودن اقدامات صورت گرفته، تأکید نموده است. از منظر دیگر تشخیص و ارزیابی اینکه آیا اختیارات و آزادی عملی برای دولت‌ها در یک پرونده وجود دارد یا خیر و اینکه حدود این اختیارات به چه میزان باشد تنها بر عهده دیوان اروپایی است.<sup>۱۳</sup>

## ۲- قابلیت شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی

اولین مسأله‌ای که باید به آن پرداخته شود قابلیت شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی در مقابل یک نهاد حل‌وفصل اختلاف است. وفق بند دوم استنتاج شماره ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل «در برخی از شرایط عملکرد سازمان‌های بین‌المللی نیز می‌تواند در شکل‌گیری یا بیان قواعد عرفی بین‌المللی سهیم باشد». نهادهای حل‌وفصل اختلافات به‌عنوان شکلی از سازمان‌های بین‌المللی می‌توانند ذیل این بند قرار گیرند. نهادهای حل‌وفصل اختلاف در حدود کارکرد خود بر این نهاد حقوقی تأثیر می‌گذارند. بدین شکل که حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک حق از سوی دولت‌ها اعمال شده و در مقابل این نهادها مورد استناد و ارزیابی قرار گرفته و متعاقباً با توجه به دیدگاه‌های نهاد حل‌وفصل مجدداً در قضایای آتی از سوی دولت اعمال می‌شود. از سوی دیگر قواعد عرفی می‌تواند در گستره‌های جغرافیایی مختلف اعم از گستره محلی<sup>۱۴</sup>، گستره منطقه‌ای و بین‌المللی ایجاد شوند. لذا به نظر می‌رسد نه به لحاظ گستره جغرافیایی و نه به لحاظ ذی‌حق و متعهد محدودیتی وجود ندارد. لذا مسأله‌ای که باید

11. N. L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, 38.

12. Brannigan and McBride

۱۳. سید فضل‌الله موسوی و یاسر امین رعایا، «بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولت‌ها»، نشریه مطالعات زن و خانواده ۲، ۱ (۱۳۹۳)، ۱۰۵.

14. ICJ, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment of 12 April 1960, PP.37-38.

مورد بررسی قرار گیرد قابلیت شکل‌گیری عنصر مادی و معنوی آن در بستر رسیدگی است.

## ۲-۱- قابلیت استقرار عنصر مادی حاشیه صلاحدید

برای بررسی امکان شکل‌گیری عنصر مادی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی نزد نهاد حل‌وفصل اختلاف، لازم است تا اِعمال‌کننده، صورت رفتار و خصوصیت آن مورد بررسی قرار گیرد.

### ۲-۱-۱- اِعمال‌کننده عنصر مادی حاشیه صلاحدید

اولین مسأله‌ای که باید بررسی شود شناخت بازیگرانی است که رفتار آنها باید مورد ارزیابی قرار گیرد. به عقیده دیوان اروپایی حقوق بشر حاشیه صلاحدید در درجه نخست عمل دولت است. ازجمله در پرونده رکسویچ علیه لهستان خواهان و دولت هر دو اظهار می‌دارند: «حاشیه صلاحدید برای اِعمال و اجرای کنوانسیون به دولت اعطا شده است»<sup>۱۵</sup>؛ بنابراین در وهله نخست برای احراز قواعد عرفی در این خصوص عملکرد دولت‌ها باید مورد بررسی قرار گیرد. هرچند رویه دیوان و همین‌طور اظهارات کشورها در دفاعیات خود نشان می‌دهد که حاشیه صلاحدید عمل دولت است، باوجوداین نمی‌توان از نقش نهادهای حل‌وفصل اختلاف در این خصوص غافل شد.

دیوان اروپایی حقوق بشر به دفعات در جریان رسیدگی‌ها اظهار داشته که بخشی از فرآیند اِعمال حاشیه صلاحدید است. دیوان در عین حال که تأکید دارد در تعیین [امری در چهارچوب مقررات کنوانسیون] ... کشورها حاشیه صلاحدید محدودی دارند که دست در دست نظارت شدید اروپایی می‌باشد که قانون و تصمیمات مربوط به آن را دربرمی‌گیرد.<sup>۱۶</sup> لذا دیوان دست در دست دولت بر حاشیه صلاحدید اِعمال شده از سوی دولت‌ها نظارت دارد<sup>۱۷</sup>؛ و معیارها و ابعادی که باید رعایت شود (ازجمله قابل پیش‌بینی بودن و ایجاد توازن عادلانه میان منافع افراد و منافع خود) را نیز مشخص می‌سازد.<sup>۱۸</sup> همین‌طور دیوان در رویه خود بر این امر نیز تأکید دارد که دیوان به کشورهای عضو، حاشیه صلاحدید مشخصی را برای تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا مداخله‌ای در حقوق افراد لازم است یا خیر و تا چه

15. ECHR (Reczkowicz v. Poland), Application no. 43447/19, Judgment of 22 July 2021, Para.191 and 196.

16. ECHR (Staniszewski v. Poland), Application no. 20422/15, Judgment of 14 October 2021, Para.45(a).

17. ECHR (Reczkowicz v. Poland), *Op.cit.*, Para.197.and (Leyla Şahin v. Turkey [GC]), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, Para.110.

18. ECHR (De Geouffre de la Pradelle v. France), Series A no. 253-B, Judgment of 16 December 1992, Para. 34, and (Maširević v. Serbia), Application no. 30671/08, Judgment of 11 February 2014, Para.43.

میزان، اعطا کرده است.<sup>۱۹</sup> این شیوه عبارت‌پردازی نشان از عقیده دیوان بر این امر است که خود نیز در کنار دولت و حتی به‌عنوان اصیل، از حاشیه صلاح‌دید بر خوردار است که آن را به دولت‌ها نیز اعطا نموده است. فارغ از صحت این امر به نظر می‌رسد دیوان برای خود نیز حاشیه صلاح‌دید قائل است. هرچند محتوای حاشیه صلاح‌دید دولت‌ها و دیوان به لحاظ تفاوت‌های ماهوی آنها می‌تواند متفاوت باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد در بررسی عناصر حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا عملکرد هر دو نهاد دولت و نهاد رسیدگی‌کننده در کنار هم مورد بررسی قرار گیرد.

## ۲-۱-۲- صورت عنصر مادی حاشیه صلاح‌دید

برای شکل‌گیری حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی عملکرد این بازیگران باید در قالب یکی از انواع رفتارهای تشکیل‌دهنده عنصر مادی عرف قرار گیرد. طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص اظهار می‌دارد: «عملکرد دولت مرکب از رفتار دولت است، اعم از اینکه در قالب رفتار اجرایی، قانون‌گذاری، قضایی یا سایر وظایف آن باشد».<sup>۲۰</sup> بررسی پرونده‌های دیوان اروپایی نشان می‌دهد حاشیه صلاح‌دید در قالب‌های مختلفی اعمال شده است. در پرونده رکسکوچ علیه لهستان حاشیه صلاح‌دید در قالب قانون‌گذاری و الزاماتی که در این چهارچوب باید در قانون‌گذاری رعایت شود مطرح گردید.<sup>۲۱</sup> در رویه دیوان همین‌طور مسأله دامنه حاشیه صلاح‌دید اعطا شده به محاکم داخلی مطرح شد<sup>۲۲</sup> که دیوان نیز ضمن برشمردن اصول کلی حاکم بر آن مسأله و اینکه به‌عنوان یک اصل، حاشیه صلاح‌دید برای تعیین نحوه اجرای حقوق مندرج در کنوانسیون می‌باشد<sup>۲۳</sup> را تأیید نموده و اظهار داشت وسعت حاشیه صلاح‌دید به عوامل متعددی بستگی دارد.<sup>۲۴</sup> دیوان مکرراً تأکید می‌کند که مسؤولیت اولیه برای تفسیر مقررات ملی، در عین ضرورت سازگاری آن با کنوانسیون، بر عهده مقامات ملی، به‌ویژه محاکم آنها است.<sup>۲۵</sup>

با در نظر گرفتن این موارد به نظر می‌رسد حاشیه صلاح‌دید در چهارچوب عملکرد دولت را باید در

19. ECHR (Avanesyan v. Armenia), Application no. 12999/15, Judgment of 20 July 2021, Para.55.  
 20. Draft conclusions on identification of customary international law, *op. cit.*, conclusion 5.  
 21. ECHR (Reczkowicz v. Poland), *Op. Cit.*, Para.197.  
 22. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021, Para.21.  
 23. ECHR (Y.B. v. Russia), Application no. 71155/17, Judgment of 20 July 2021, Para.40.  
 24. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), *Op. Cit.*, Paras.50-51.  
 25. ECHR (Molla Sali v. Greece [GC]), Application no. 20452/14, Judgment of 19 December 2018, para.149. and (Radomilja and Others v. Croatia [GC]), Application nos. 37685/10 and 22768/12, Judgment of 20 March 2018, Para.149.

قالب افعال فیزیکی در نظر گرفت که می‌تواند ماهیت قانون‌گذاری، قضایی و یا اجرایی داشته باشد و متعاقباً در جریان دفاعیات آنها در مقابل دیوان به‌عنوان اعمال حاشیه صلاحدید مورد استناد قرار می‌گیرد؛ اما در خصوص نقش دیوان در احراز آن، استنتاج‌های دیوان از باب برخورداری از الزامات مورد نیاز و همین‌طور محتوای آنها باید مدنظر قرار گیرد.

### ۳-۱-۳- خصوصیات عنصر مادی حاشیه صلاحدید

عنصر مادی حاشیه صلاحدید باید از دو خصیصه مشابهت یا اتحاد شکل و در برخی موارد از عمومیت برخوردار باشد. برای اینکه عملکرد بازیگران اعم از دولت‌ها یا نهاد رسیدگی‌کننده، ایجادکننده عنصر مادی باشد لازم است تا رفتارهای آنها اتحاد شکل نیز داشته باشد. این اتحاد شکل هم در مجموعه رفتارهای هر یک از بازیگران و هم در مجموع آن باید احراز شود. حاشیه صلاحدید یک امر تبعی است و نسبت به یک مقرر حقوقی مستقل اعمال می‌شود و بنابراین همان‌طور که دیوان نیز بیان داشته، وابسته به حقوقی است که نسبت به آن اعمال می‌شود<sup>۲۶</sup>؛ بنابراین در احراز آن به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا نقش حق بشری‌ای که حاشیه صلاحدید نسبت به آن اعمال شده نیز در تعیین مشابهت و عمومیت عملکرد بازیگران، مورد توجه قرار گیرد.

در روبه‌کشورها، چه در مقام خواننده و چه در مقام مداخله‌ثالث<sup>۲۷</sup>، در این خصوص تنها به این امر بسنده شده است که هنگام اتخاذ اقدامات عام استراتژی‌های سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی، جز در مواردی که اجماع<sup>۲۸</sup> یا اتحاد شکلی<sup>۲۹</sup> در خصوص محتوا و شیوه اجرای یک مقرر وجود دارد؛ معمولاً به دولت‌ها اجازه حاشیه صلاحدید گسترده‌ای داده شده است.<sup>۳۰</sup> در عین حال هیچ محتوایی از سوی دولت‌ها در مورد معیارها و حدودی که بر اساس آن اقدام به تعیین شیوه اجرای قواعد حقوقی مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌نمایند، ارائه نشده است. به نظر می‌رسد دولت‌ها در این رابطه توجهی

۲۶. به‌عنوان مثال خواهان در دعوی فدوتووا و دیگران علیه روسیه، اظهار داشت حتی اگر کشور عضو از حاشیه صلاحدید

در زمینه قانون خانواده بهره‌بردار، نمی‌تواند اساس حق احترام به حیات خانوادگی را تقلیل دهد.

ECHR (Fedotova and Others v. Russia), applications nos. 40792/10, 30538/14, and 43439/14, Judgment of 13 July 2021, Para.38.

27. ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, Para.73.

28. ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, Para.62.

29. Ibid, Para.53.

30. ECHR (Todorov and Others v. Bulgaria), Applications nos. 50705/11, 11340/12, 26221/12, 71694/12, and 44845/15, Judgment of 13 July 2021, Para.187.

به موضوع حقی که نسبت به آن قائل به حق اعمال صلاح‌دید هستند، ندارند. البته ادعای وجود اجماع میان کشورها مبنی بر وجود حاشیه صلاح‌دید گسترده در تمامی موارد، از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر به چالش کشیده شده است. دیوان معتقد است هیچ اجماعی وجود ندارد که در رابطه با اهمیت منافع مورد نظر و بهترین ابزار حمایت از آن، حاشیه صلاح‌دید گسترده‌تر خواهد بود.<sup>۳۱</sup> در عین حال هم خواهان‌ها و هم شعب دیوان در دعاوی مطروحه معیارهایی را برای ارزیابی قابل پذیرش بودن یا نبودن عملکرد دولت‌ها در چهارچوب حاشیه صلاح‌دید اعطایی به آنها ارائه می‌دهند که در محتوای عرفی حاشیه صلاح‌دید تأثیرگذار است.

رویکرد اتخاذی از سوی مراجع قضایی ... به شکل‌گیری مجموعه‌هایی از رویه‌های قضایی مختص به مراجع قضایی مختلف می‌انجامد<sup>۳۲</sup> که در داخل هر یک از این مراجع به‌واسطه اصرار بر رویه خود، متحدالشکل هستند. دیوان در موارد مختلفی تأکید می‌کند که عواملی برای تعیین وسعت حاشیه صلاح‌دید دولت‌ها در تصمیم‌گیری نسبت به مواد کنوانسیون وجود دارد.<sup>۳۳</sup> از جمله اینکه حاشیه صلاح‌دید در اصل هم به تصمیم برای مداخله در یک حق و هم قواعد تفصیلی برای ایجاد تعادل میان منافع عمومی و خصوصی تسری می‌یابد.<sup>۳۴</sup> همین‌طور معیارهایی همچون تضمین کافی، انعطاف، سرعت و اثربخشی مورد نیاز برای رعایت این حقوق<sup>۳۵</sup>، عدم خدشه به اساس یک حق، پیروی از قانون اساسی، لزوم ایجاد

31. ECHR (Evans v. the United Kingdom [GC]), Application no. 6339/05, Judgment of 10 April 2007, Para. 77. And (X, Y and Z v. the United Kingdom), Application no. 75/1995/581/667, Judgment of 22 April 1997 Para. 44, and (Frétté v. France), Application no. 36515/97, Judgment of 26 February 2002, Para.41. and (Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC]), Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, Para. 85, and (A, B and C v. Ireland), Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, Para. 232;

دیوان در بیشتر موارد با استناد به مفهومی به نام کنسانسوس اروپایی به تفسیر پویای کنوانسیون مذکور پرداخته و به نیازهای حادث پاسخ داده است. محسن محبی و اسماعیل سماوی، «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۵، ۵۸ (۱۳۹۷)، ۷.

۳۲. آرامش شهبازی، «تکثر سیستم قضایی بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۲، ۲۹ (۱۳۸۹)، ۱۲۳.

۳۳. این بدین خاطر است که اگر دیوان احراز کند مداخله‌ای صورت گرفته است به این پرسش بنیادین می‌پردازد که آیا مداخله بر اساس موازین تشریح شده در کنوانسیون موجه است یا باید مداخله ناموجه و از این رو نقض مفاد کنوانسیون به شمار آید. محمدرضا ویژه و رضوان پویا، «تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پروتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۲۱، ۶۲ (۱۳۹۸)، ۱۲.

34. ECHR (S.H. and Others v. Austria), *Op. Cit.*, Para.53.

35. ECHR (Senigo Longue and Others v. France), Application no. 19113/09, Judgment of 10 July 2014, para 57.

تعالل میان حقوق افراد و منافع جامعه<sup>۳۶</sup> (در خصوص حقوق غیر مطلق<sup>۳۷</sup>) برای ارزیابی عملکرد دولت در نظر گرفته می‌شود. در کنار آن مجمع پارلمانی شورای اروپا نیز بر این عقیده است که ماهیت برخی از حقوق (حقوق خانواده) ایجاب می‌کند، علی‌رغم امکان وجود حاشیه صلاحیت گسترده برای دولت‌ها، سطح بالاتری از حمایت برای آنها مورد نیاز باشد.<sup>۳۸</sup> در عین حال دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده پارلمان اروپایی علیه شورا، ضمن رد دیدگاه شورا معتقد است که حق مذکور حاشیه صلاحیت محدودی را برای کشورها در اطمینان یافتن از یکپارچگی مجدد خانواده در شرایط مطلوب حفظ می‌کند<sup>۳۹</sup>؛ بنابراین مشاهده می‌شود که برخلاف رویکرد دولت‌ها، از سوی نهاد رسیدگی‌کننده و همین‌طور خواهان‌ها، ارائه معیارهایی که قابل پذیرش بودن یا نبودن حاشیه صلاحیت را مشخص می‌سازد، مورد توجه بوده است؛ از این رو به نظر می‌رسد موضوع ارزیابی عنصر مادی حاشیه صلاحیت در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر شامل دو امر وجود حق حاشیه صلاحیت برای دولت‌ها و به تبع آن احترام به آن از سوی دیوان؛ و همین‌طور حق دیوان برای بررسی وجود شرایط برای پذیرش استناد دولت به حاشیه صلاحیت و ارائه معیارهای ارزیابی می‌باشد.

مسئله دیگر بررسی مشابهت رفتار از سوی بازیگران است. در خصوص دولت‌ها بیان گردید که رویه متحدالشکلی مبنی بر وجود حق حاشیه صلاحیت در موارد نبود یک اجماع نسبت به دامنه و شیوه اجرای یک تعهد و همین‌طور وسیع بودن حاشیه صلاحیت دولت‌ها وجود دارد. رویه دیوان ضمن اذعان به این امر در قضایای مختلف، اقدام به ارائه معیارهایی نموده است. هدف مشروع یکی از معیارهایی است که دیوان به آن توجه داشته است. در پرونده سچیک و فینیک علیه بوسنی و هرزگوین خواهان مدعی بود که توسط قانون اساسی هر گونه حق وی برای انتخاب در خانه مردم و ریاست جمهوری بر مبنای نژاد / قومیت نقض شده است. وی معتقد بود که رفتار متفاوت که صراحتاً بر مبنای نژاد یا قومیت بنا نهاده شده است قابل توجیه نبوده و منجر به تبعیض مستقیم نسبت به او شده است.<sup>۴۰</sup>

دیوان در پرونده دیمیشیو علیه روسیه اظهار داشته بود که تبعیض بر مبنای قومیت واقعی یا ذهنی یک نفر شکلی از تبعیض نژادی است<sup>۴۱</sup> و در عین حال در پرونده ویلیس علیه انگلستان نیز تبعیض را به

36. ECHR (M.A. v. Denmark), Application no. 6697/18, Judgment of 9 July 2021, Para.22.

37. Non-absolute rights.

38. ECHR (M.A. v. Denmark), *Ibid*, Para.60.

39. CJEU (European Parliament v. Council), C-540/03, EU:C:2006:429, judgment of 27 June 2006, Para.98.

40. ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Application no. 55707/00, Judgment of 2009, Para.32.

41. ECHR (Timishev v. Russia), Applications nos. 55762/00 and 55974/00, Judgment of 13 December

معنای رفتار متفاوت با اشخاص در شرایط نسبتاً مشابه بدون توجیه عینی و معقول توصیف نموده بود.<sup>۴۲</sup> در مقابل دولت بوسنی و هرزگوین در کنار استناد به نظر دیوان در پرونده زدانوکا علیه لیتوانی اظهار می‌داشت که ساختار قانون اساسی این کشور به‌وسیله موافقت‌نامه صلحی که بعد از یکی از مخرب‌ترین مخاصمات در تاریخ اروپا منعقد شده بود، ایجاد شده است. هدف نهایی آن ایجاد صلح و گفت‌وگو میان سه گروه قومی اصلی (مردم تشکیل‌دهنده [این کشور]) بوده است.<sup>۴۳</sup>

لازم به توضیح است که دیوان در پرونده زدانوکا علیه لیتوانی<sup>۴۴</sup> اظهار داشته بود که دولت‌های عضو از گستره قابل توجهی در تدوین قوانین در چهارچوب نظم اساسی خود برای انتخابات پارلمانی و ترکیب پارلمان بهره‌برند و اینکه معیارهای مربوط می‌تواند با توجه به عوامل تاریخی و سیاسی هر کشور متفاوت باشد.<sup>۴۵</sup> دیوان با استناد به پرونده ملنیچنکو علیه اوکراین<sup>۴۶</sup> اظهار داشته بود که «قانون مربوط به شرایط کاندیداهای پارلمان باید مطابق با ماده ۳ پروتکل اول باشد. در عین حال تصمیم مقامات اوکراین برای انکار ثبت نام خواهان به‌عنوان کاندیدای پارلمان به‌واسطه فقدان «ضرورت قطعی» دسترسی به ضمانت اجرای کافی بر علیه رفتار خودسرانه نقض ماده مذکور است».<sup>۴۷</sup> دیوان در این پرونده با استناد به پرونده اندرجوا علیه لیتوانی<sup>۴۸</sup>، اظهار می‌دارد: «دیوان تکرار می‌کند که تبعیض به معنای رفتاری متفاوت، بدون توجیه عینی و معقول، با افرادی در وضعیت مشابه است. «بدون توجیه عینی و معقول»<sup>۴۹</sup> یعنی تمایز اعمال شده «هدف مشروعی» را دنبال نمی‌کند یا «رابطه معقولی از تناسب بین ابزار به کار گرفته شده و هدفی که قصد دستیابی به آن است» وجود ندارد. دامنه حاشیه صلاح‌دید دولت عضو در این حوزه مطابق با شرایط و موضوع و پیش‌زمینه متفاوت خواهد بود».<sup>۵۰</sup>

با بررسی دیدگاه‌های دیوان در پرونده‌های مختلف می‌توان گفت اولین و مهم‌ترین معیار برای حاشیه

2005, Para.56.

42. ECHR (Willis v. the United Kingdom), Application no. 36042/97, Judgment of 11 June 2002, Para.48.

43. ECHR (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Judgment 22 December 2009, Para.34.

44. ECHR (Ždanoka v. Latvia [(GC)], Application no. 58278/00, Judgment of 16 March 2006.

45. Ibid, Para.106.

46. ECHR (Melnychenko v. Ukraine), Application no. 17707/02, Judgment of 19 October 2004, Para 53-67.

47. ECHR (Ždanoka v. Latvia), Op. Cit, para.108.

48. ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Op. Cit, Para.81.

49. “No objective and reasonable justification”

50. Ibid.,para 80 and (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Op.Cit, Para.42.



صلاح‌دید «اجرای مؤثر» قاعده حقوقی است.<sup>۵۱</sup> برای این امر لازم است «هدفی مشروع» در نظر گرفته شود و نتیجه آن «عینی و معقول باشد». این معیارها راجع به تمام قواعد صادق است؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت دیوان به‌طور مکرر معیارهای مشخصی را برای ارزیابی حاشیه صلاح‌دید در نظر می‌گیرد که می‌تواند در احراز محتوای عنصر مادی قاعده عرفی مورد توجه قرار گیرد.

اما اینکه در سطح گسترده‌تر لازم است تا بررسی شود آیا نهادهای مختلف از معیارهای مشابه یکدیگر برای ارزیابی استفاده می‌کنند یا خیر. به نظر می‌رسد این امر با تردیدهای جدی مواجه است. دیوان کیفری بین‌المللی بخش سوم پرونده دادستان علیه کاتانگا را به روش تفسیر توسط دادگاه اختصاص داده است. شعبه رسیدگی در خصوص ماده ۲۱ اساسنامه سلسله مراتبی از منابع را میان قواعد قابل اعمال برقرار نموده است.<sup>۵۲</sup> دیوان در مورد روش تفسیر اظهار می‌دارد: «به منظور تفسیر اساسنامه و عناصر جرایم، این شعبه باید روش تفسیر مندرج در کنوانسیون وین حقوق معاهدات، به‌ویژه مواد ۳۱ و ۳۲ را به کار گیرد. شعب دیوان به‌صورت سیستماتیک و متفق‌القول تفاسیر خود از اساسنامه را بر اساس اصول ایجاد شده توسط کنوانسیون وین بنا نهاده‌اند.<sup>۵۳</sup> کنوانسیون وین یک قاعده عام برای تفسیر را مقرر می‌دارد...»<sup>۵۴</sup> سپس دیوان با توجه به نبود سلسله‌مراتب میان اصول تفسیر در کنوانسیون و لزوم اعمال هم‌زمان همه آنها<sup>۵۵</sup> به تبیین اصول تفسیر و عناصری که باید مورد توجه قرار گیرد، می‌پردازد. به

۵۱. در این رابطه دیوان در دو قضیه روخه علیه انگلستان و سالانتاجی علیه صربستان، اظهار داشته است: در اعمال این مقررات کشورهای عضو از حاشیه صلاح‌دید مشخصی بهره می‌برند. در حالی که تصمیم نهایی در خصوص رعایت الزامات کنوانسیون بر عهده دیوان نهاده شده است، این بخشی از وظایف دیوان نیست که جایگزین ارزیابی مقامات ملی راجع به هرگونه ارزیابی دیگری شود که ممکن است بهترین سیاست در این زمینه باشد. با وجود این محدودیت‌های اعمال شده نباید دسترسی افراد را به گونه‌ای یا تا میزانی محدود کند که خود اساس آن حق صدمه ببیند.

ECHR (Golder v. the United Kingdom), Series A no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, Para. 36, and (Roche v. the United Kingdom [GC]), Application no. 32555/96, Judgment 19.10.2005, para. 117 and (Salontaji-Drobnjak v. Serbia), Application no. 36500/05, judgment of 13 October 2009, Para. 132. 52. ICC (the Prosecutor v. Germain Katanga), Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment of 7 March 2014, Para.39.

53. Ibid, Para.43.

54. Ibid, Para 44.

55. Ibid, Paras.46-47.

دیوان در این پرونده نتیجه می‌گیرد: «در تفسیر متون پایه باید از هرگونه راه‌حلی که به نقض یا خنثی شدن سایر مقررات منتهی می‌شود، اجتناب گردد. همین‌طور ماده ۳۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد علاوه بر متن [سند یا معاهده] باید «به هر قاعده حقوق بین‌الملل قابل اعمال در روابط میان طرفین» نیز توجه شود. این قاعده عام مقرر می‌دارد... وقتی متن مبنا به‌طور خاص یک مسأله را حل نکند، شعبه دیوان باید به... اصول کلی حقوقی [نیز] رجوع کند. به نقل از علی‌رضا ربیعی،

عقیده دیوان کیفری بین‌المللی در تفسیر هر مقررہ قواعد تفسیر مندرج در کنوانسیون حقوق معاهدات باید معیار قرار گیرد. دادگاه بین‌المللی حقوق دریاها نیز در پرونده ولگا همین رویکرد را اتخاذ کرده است و در تفسیر ماده ۷۳ کنوانسیون حقوق دریاها هدف و منظور کنوانسیون را به‌عنوان مهم‌ترین عاملی که باید برای تفسیر در نظر گرفته شود مطرح می‌سازد.<sup>۵۶</sup> بنابراین مشابهت عملکرد این نهادها بستگی به میزان مشابهت میان معیارهای حاشیه صلاحدید و معیارهای عام تفسیر معاهدات دارد که دیگر نهادهای حل‌وفصل اختلاف خود را ملزم می‌دانند محتوای هر مقررہ را بر مبنای این اصول ارزیابی کنند. مسأله عمومیت در قسمت چالش‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بنابراین در مورد عنصر مادی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی می‌توان گفت: نخست عناصر آن عبارتند از: ۱- شرایط وجود حق اعمال صلاحدید از سوی دولت‌ها؛ و ۲- معیارهای لازم‌الرعایه در موارد اعمال آن. دوم آنکه مشابهت در سطح تمام نهادهای حل‌وفصل اختلاف، وجود ندارد؛ اما در حوزه‌های موضوعی خاص و گستره جغرافیایی محدود (در بستر یک نهاد خاص) عنصر مادی هر دو جزء مذکور قابل مشاهده است. سوم اینکه در بررسی دعاوی نزد دیوان اروپایی حقوق بشر مشابهت رفتار و عمومیت میان دولت‌ها در مقام دفاع از یک‌سو و عملکرد دیوان از سوی دیگر قابل مشاهده است.

## ۲-۲- قابلیت شکل‌گیری عنصر معنوی حاشیه صلاحدید

تحقق قاعده عرفی علاوه بر احراز عنصر مادی نیازمند احراز عنصر معنوی است؛ به عبارت دیگر لازم است تا عملکرد دولت‌ها و همین‌طور نهاد حل‌وفصل اختلاف با اعتقاد به الزامی بودن آن انجام شود. کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص عنصر معنوی قواعد عرفی بر این عقیده است که «رویه مورد نظر باید همراه با حس حق یا تعهدی حقوقی انجام شود».<sup>۵۷</sup> بدین معنی که باید همراه با این عقیده باشد که آن رفتار به‌وسیله حقوق بین‌الملل عرفی، مجاز، ضروری یا ممنوع می‌باشد.<sup>۵۸</sup>

دیوان حقوق دریاها در پرونده سنت وینسنت و گرینادینس علیه‌گینه با استناد به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده برخی منافع آلمان در سیلزیای اولیا لهستان<sup>۵۹</sup> مقرر می‌دارد: «از نقطه‌نظر حقوق

«تکثرگرایی و آثار آن بر انسجام یا از هم گسیختگی نظام حقوق بین‌الملل» (رساله دکتری حقوق بین‌الملل، تهران:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۵)، ۲۵۰-۲۵۱.

56. ITLOS, The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, List of cases: No. 11, Judgment of 23 December 2002. P.34-Para.77.

57. Draft conclusions on identification of customary international law, Op.Cit, Conclusion 9, P.139.

58. Ibid, p 138.

59. ITLOS, The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), No. 2, Judgment of

بین‌الملل و دیوان به‌عنوان ارگان آن، به همان روشی که تصمیمات حقوقی و اقدامات اداری عمل می‌کنند، قوانین شهرداری صرفاً [نیز] حقایقی هستند که اراده کشورها را بیان می‌دارد و اقدامات دولتی را شکل می‌دهند.<sup>۶۰</sup> این رأی به خوبی نشان می‌دهد که اقدامات دولت می‌تواند مبین اراده وی باشد و بنابراین اعتقاد به الزامی بودن آن را نیز به همراه داشته باشد.

همین‌طور دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تحدید حدود و مسائل سرزمینی بین قطر و بحرین اظهار می‌دارد: «یادداشت‌ها صرفاً یک ثبت جلسه نیستند. آنها صرفاً بحث‌ها و خلاصه نکات توافق یا عدم توافق نیستند، آنها تعهداتی را که طرفین بر آن توافق کرده‌اند را برمی‌شمارند؛ بنابراین آنها حقوق و تعهدات را در حقوق بین‌الملل برای طرفین خلق می‌کنند. آنها توافقی بین‌المللی را شکل می‌دهند.»<sup>۶۱</sup> کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در مورد اشکال مختلف شواهد عنصر معنوی در عین تأکید بر اینکه این شواهد می‌توانند طیف گسترده‌ای را دربرگیرند، برخی از اشکال آن را نام می‌برد که از جمله عبارتند از: «اظهارات عمومی از سوی دولت، عقاید حقوقی دولت، تصمیمات محاکم ملی، مقررات معاهده و ...»<sup>۶۲</sup>. به عقیده انجمن حقوق بین‌الملل در احراز عنصر ذهنی قاعده عرفی سؤال این نیست که یک دولت چه اعتقادی دارد، ... بلکه سؤال این است که دولت اعتقاد خود را چگونه بیان می‌کند یا اینکه به‌طور ضمنی از رفتار آن دولت چه چیزی را می‌توان استنتاج نمود. به عبارت ساده‌تر مسأله این است که آن دولت چه چیزی را ادعا می‌کند؟<sup>۶۳</sup> بنابراین می‌توان نتیجه گرفت شکل عملکرد دولت موضوعیت ندارد، بلکه باید بتوان از شواهد و قراین این باور را استخراج نمود که محتوای آن منعکس‌کننده اراده دولت است.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در موارد مختلف به‌عنوان یک اصل کلی اظهار می‌دارد برخورداری از حاشیه صلاحیت حقی است که دولت‌ها برای ارزیابی هرگونه محدودیت نسبت به حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، یا نیاز به وجود یک نهاد<sup>۶۴</sup> یا انتخاب نوع ابزار قانونی برای تضمین

1 July 1999, Para.121.

60. PCIJ (Certain German Interests in Polish Upper Silesia), Merits, Series A Judgment No.7, 1926, p. 19.

61. ICJ (Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain), Judgment of 1 July 1994, p. 121, para. 25.

62. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op. Cit.*, Conclusion 10, P.139.

۶۳. انجمن حقوق بین‌الملل، اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام، ترجمه محمد جعفر قنبری جهرمی (تهران: انتشارات دراک، تابستان ۱۳۸۴)، ۵۸.

64. ECHR (Yezhov and Others v. Russia), Application no. 22051/05, judgment of 29 June 2021, Para.31. and ECHR (Goodwin v. the United Kingdom), Application No. 17488/90, Judgment of 27 March 1996, Para. 40.

کنونسیون<sup>۶۵</sup> دارا هستند.

این حق نیز ناشی از ارتباط نفع مستقیم مقامات ملی با مردم می‌باشد<sup>۶۶</sup> و دیوان صرفاً به این امر می‌پردازد که آیا تصمیم اتخاذ شده از سوی مقامات ملی داخل در حاشیه صلاحدید آنها می‌باشد یا خیر<sup>۶۷</sup>؛ بنابراین به نظر می‌رسد دیوان موظف است اصل این حق را برای دولت‌ها مورد احترام قرار دهد. در عین حال دولت‌ها به کرات در جریان دفاعیات خود در مقابل دیوان بر این امر اذعان داشته‌اند که عملکرد نهادهای آنها، مبتنی بر اعمال حق خود بوده است و لذا باید مورد احترام قرار گیرد ... در مورد نوع رفتار، بسته به موضوع حق مورد مناقشه و نوع اقدام دولت‌ها، تنوع گسترده‌ای وجود دارد. این مسأله در تشخیص محتوای قاعده عرفی چالش‌هایی را ایجاد می‌کند؛ اما تأکید بر دارا بودن این حق از سوی شمار زیادی از دولت‌ها در دعاوی مطرح شده نزد دیوان اروپایی حقوق بشر نشان از اعتقاد به وجود این حق از سوی آنها دارد. از جمله در پرونده ساونکو و دیگران علیه روسیه، دولت خوانده ادعا می‌کند که اقدام انجام گرفته یک اقدام قانونی اتخاذ شده در چهارچوب حاشیه صلاحدید وی بوده است.<sup>۶۸</sup> باوجود این تردیدهایی در خصوص منشأ این حق برای دولت‌ها نیز وجود دارد. در مواردی دولت‌ها بر این اعتقاد هستند که این حق از سوی دیوان به آنها داده شده است.<sup>۶۹</sup> ولی در موارد دیگر بر این امر تأکید دارند که حاشیه صلاحدید حق آنها است. البته این مسأله در تشخیص عنصر معنوی قاعده عرفی بی‌تأثیر است، اما نسبت به محتوای قاعده عرفی متأثر از حاشیه صلاحدید می‌تواند تأثیرگذار باشد. در مورد محتوای حاشیه صلاحدید یا معیارهای ارزیابی آن، رویه دولت‌ها فاقد هرگونه شفافیت است؛

65. ECHR (Volodina v. Russia) (no. 2), Application no. 40419/19, Judgment of 14 September 2021, para.56.

66. ECHR (Chizhov v. Russia), Application no. 11536/19, Judgment of 6 July 2021, Para.52.

67. ECHR (Norman v. the United Kingdom), Application no. 41387/17, Judgment of 6 July 2021, Para.83. and (Elsholz v. Germany), Application no. 25735/94, Judgment of 13 July 2000, Para.48. and (Sommerfeld v. Germany), Application no. 31871/96, Judgment of 8 July 2003, Para.62.and (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014, Para.49 and (P.K. v. Poland), Application no. 43123/10, Judgment of 10 June 2014, Para.84.

68. ECHR (Savenko and Others v. Russia), Application no. 13918/06, Judgment of 14 September 2021, para.55.

۶۹. به عنوان مثال کشور سوئیس در قضیه بوش علیه سوئیس نتیجه می‌گیرد که تصمیمات داخلی وی تماماً منطبق با الزامات ماده ۸ کنوانسیون بوده و داخل در حاشیه صلاحدید موسعی است که دیوان در رویه قضایی خود در این موضوعات به دولت‌ها اعطا کرده است.

ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014, Para.46.

این مسأله عیناً در دعاوی گلاسر علیه انگلستان نیز مطرح شده است.

ECHR (Glaser v. the United Kingdom), Application no. 32346/96, 19 September 2000, Para.64.

اما دیوان معیارهایی را برای ارزیابی ارائه می‌دهد که باید رعایت شود. از جمله دیوان عقیده دارد ایجاد تعادل میان منافع فرد و جامعه در اعمال حاشیه صلاحدید باید در نظر بگیرد.<sup>۷۰</sup> ارائه و تأکید بر لزوم رعایت این معیارها، در کنار واکنش دولت‌ها نسبت به آنها، می‌تواند در محتوای قاعده عرفی در حال تشکیل تأثیرگذار باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد محتوای قاعده عرفی شامل حق برخورداری دولت‌ها از حاشیه صلاحدید می‌باشد که باید توسط سایر دولت‌ها و دیوان مورد احترام قرار گیرد.

در مقابل دیوان اروپایی نیز حق دارد اولاً وجود شرایط برای امکان استناد دولت به حاشیه صلاحدید را بررسی نماید و در صورت وجود موظف است تا هرگونه ارزیابی از عملکرد دولت‌ها را صرفاً بر اساس یک رویه متحدالشکل و یکسان و مبتنی بر معیارهایی انجام دهد که در رویه قضایی خود مورد تأکید قرار داده است. لذا تنوع شعب یا تغییر دوره‌ای قضات دیوان نمی‌تواند باعث عدول شعب از این معیارهای ارزیابی شود. مسأله‌ای که در مواردی مورد اعتراض کشورها نیز قرار گرفته است. از جمله کشور اتریش به فقدان شفافیت در رویه قضایی دیوان انتقاد نموده و اظهار می‌دارد رویه قضایی دینامیک و تفاوت در روش یا تأکید شعب مختلف دیوان اجتناب از تصمیماتی را که تقض ماده ۸ میثاق باشد دشوار نموده است.<sup>۷۱</sup> این عبارت به طور تلویحی حاوی این حقیقت است که دیوان یک روش تفسیری مختص به خود را ارائه می‌دهد که البته از یک شعبه به شعبه دیگر آن نیز متفاوت است.

بررسی دیدگاه دولت‌ها و همین‌طور واکنش دیوان اروپایی حقوق بشر نشان از وجود عنصر الزام دارد. دولت‌ها بر این عقیده‌اند که دارای چنین حقی می‌باشند که باید مورد احترام قرار گیرد و دیوان نیز بر این امر اذعان دارد. در عین حال اعتقاد به حق دیوان برای تعیین معیارها و لازم‌الرعایه بودن آنها از سوی دولت‌ها نیز قابل احراز است.

### ۳- چالش‌های شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی

علی‌رغم قابلیت احراز هر دو عنصر مادی و معنوی حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی، چالش‌هایی نیز در این امر وجود دارد. مبنای این چالش‌ها به ماهیت حاشیه صلاحدید و حوزه شکل‌گیری ارتباط دارد. نخست اینکه نهاد حاشیه صلاحدید یک نهاد تبعی است، به عبارتی نسبت به یک حق ماهوی اعمال می‌شود. دیگر اینکه در شکل‌گیری عناصر آن تنها عملکرد دولت‌ها دخیل نیست، بلکه

70. ECHR (Keegan v. Ireland), Series A no. 290, 26 May 1994, Para. 49, and (Siemianowski v. Poland), Application no. 45972/99, 6 September 2005, Para.97.

71. ECHR (Maslov v. Austria), Application no. 1638/03, Judgment of 23 June 2008, Para.55.

شکل‌گیری آن نتیجه تعامل میان عملکرد دولت‌ها، دیدگاه‌های نهاد قضایی و عملکرد بعدی دولت‌ها خواهد بود. همین امر چالش‌هایی را هم نسبت به عناصر و هم نسبت به بستر شکل‌گیری آن ایجاد می‌کند.

### ۳-۱ - چالش‌های مربوط به عنصر مادی و معنوی

یکی از چالش‌های جدی در احراز حاشیه صلاح‌دید به‌عنوان یک قاعده عرفی، توجه به کلیت رفتار دولت‌ها می‌باشد. وفق بند اول استنتاج شماره ۷ کمیسیون حقوق بین‌الملل: در ارزیابی عملکرد دولت، تمام عملکرد در دسترس یک کشور خاص باید به‌عنوان یک کلیت در نظر گرفته شود. دیوان دادگستری بین‌المللی نیز در پرونده فلات قاره دریای شمال اظهار داشت «رفتار دولتی که منافع وی به‌طور خاص تحت تأثیر است، باید در چهارچوب قاعده مورد استناد، گسترده و تقریباً یکنواخت باشد».<sup>۷۲</sup> بدان معنا که رویه ارزیابی شده باید جامع بوده و شامل عملکرد مرتبط تمام ارگان‌های دولت و تمام عملکردهای مرتبط یک ارگان خاص باشد.<sup>۷۳</sup> دیوان دادگستری بین‌المللی در پرونده فلات قاره دریای شمال اظهار می‌دارد: رفتار دولتی که منافع وی به‌طور خاص تحت تأثیر است، باید در چهارچوب قاعده مورد استناد، گسترده و تقریباً یکنواخت باشد.<sup>۷۴</sup> همین‌طور بند دوم استنتاج مذکور کمیسیون مقرر می‌دارد: «در مواردی که رویه یک کشور متفاوت است، اعتباری که باید به آن رویه داده شود، بسته به شرایط می‌تواند کاهش یابد».<sup>۷۵</sup> احراز عمومیت و مشابهت رفتار دولت در بستر رسیدگی دیوان امری دشوار است. هرچند استناد به حق اعمال حاشیه صلاح‌دید<sup>۷۶</sup> می‌تواند نشان از عملکرد وی باشد؛ اما این امر منعکس‌کننده کلیت رفتار وی نیست. بلکه مبین تنها بخشی از رفتار دولت‌ها است و منفرداً نمی‌تواند منعکس‌کننده «عملکرد عام»<sup>۷۷</sup> آنها باشد و لازم است تا دیگر رفتارهای دولت نیز در نظر گرفته شود. این مسأله می‌تواند تا حدودی به‌واسطه تعدد دعاوی به طرفیت یک دولت و استناد وی، مرتفع گردد. به‌عنوان مثال دیوان در مورد کشور آلبانی در سال ۲۰۲۰ با ۱۲۳ شکایت مواجه بوده است. تا قبل از تاریخ اول جولای ۲۰۲۱ تعداد ۳۹۳ پرونده در دست رسیدگی قضایی بوده است.<sup>۷۸</sup> کشور فرانسه در سال ۲۰۲۰ با ۵۳۸ دعوا و در سال

72. PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 26 April 1968, Para.74.

73. Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II, Part Two, *Op.Cit*,P,134-135.

74. PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), *Op.cit*. Para.74.

75. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op.Cit*,P,134.

76. ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021, Para.21.

77. General Practice.

78. "ECHR, Press country profile: Albania", accessed March 6, 2022, <https://www.echr.coe.int/>

۲۰۲۱ تا قبل از جولای با تعداد ۵۶۴ پرونده در جریان رسیدگی مواجه بوده است.<sup>۷۹</sup> تعدد پرونده‌های مطرح شده علیه هر یک از کشورها این امکان را فراهم می‌سازد تا اطلاعات گسترده‌ای راجع به عملکرد هر یک از ارکان وی برای احراز عنصر مادی قاعده عرفی در دسترس باشد.<sup>۸۰</sup> در عین حال تعدد قضایای مطروحه در مقابل دیوان اروپایی حقوق بشر نیز این فرصت را فراهم می‌کند تا عملکرد این نهاد به خوبی در دسترس باشد.<sup>۸۱</sup> با وجود این یک تعارض رفتار به واسطه عدم پذیرش ادعای دولت و اجرای تصمیم دیوان<sup>۸۲</sup> و متعاقباً استناد مجدد به حاشیه صلاحدید در قضایای مشابه دیگر وجود دارد. به واسطه نبود سلسله مراتب میان رفتار دولت‌ها، این امر اعتبار استناد دولت‌ها را کاهش می‌دهد. این تناقض رفتاری به خصوص در احراز اصول و معیارهای حاشیه صلاحدید و آثار آن به عنوان یک قاعده عرفی تأثیرگذار است.<sup>۸۳</sup> در عین حال باید توجه داشت در مورد سایر معاهدات بین‌المللی که اختلافات مطروحه نسبت به آنها نزد دیگر محاکم بین‌المللی مطرح می‌شود، به واسطه

Documents/CP\_Albania\_ENG.pdf

79. 'ECHR, Press country profile: France', accessed March 7, 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_France\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_France_ENG.pdf)

۸۰. لازم به توضیح است که در دیوان اروپایی حقوق بشر هر یک از کشورها دارای یک پروفایل شخصی هستند که آمار پرونده‌های سالیانه آنها در آن مشخص است. برای دسترسی به آمار کلیه اعضای دیوان نک: "ECHR, Country profiles", accessed March 7, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/country&c=>

یکی از مواردی که باعث می‌شود رویه قضایی در دیوان برای احراز عناصر مادی و معنوی حقوق عرفی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار باشد تعدد رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. به عنوان مثال تعداد شکایات برای رسیدگی در دیوان در سال ۲۰۲۱ عدد ۲۳ هزار و در سال ۲۰۲۰ عدد ۱۹۴۰۰ مورد بوده است. این تعدد دعاوی امکان شناسایی عملکرد و اعتقاد دولت‌ها و دیوان را فراهم می‌سازد.

"ECHR, STATISTICS: compared to the same period 2020, 30/9/2021", last modified March 8, 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_month\\_2021\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2021_ENG.PDF)

۸۱. به عنوان مثال شمار پرونده‌های مطرح شده نزد این نهاد در جولای ۲۰۲۱ به تعداد ۲۵۳ مورد، در ژوئن به تعداد ۲۵۲ مورد، در مه به تعداد ۲۵۱ مورد، در آوریل به تعداد ۲۵۰ مورد بوده است.

"ECHR, Case-law analysis", accessed March 8, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/clin>

82. EC, Resolution CM/ResDH(2019) 297 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Three cases against France (Adopted by the Committee of Ministers on 13 November 2019 at the 1360th meeting of the Ministers' Deputies.

۸۳. به عنوان مثال در مواردی برخلاف رویه متداول دولت‌ها که معتقد به حاشیه صلاحدید وسیعی برای دولت‌ها هستند، در مواردی محدود بودن آن مورد تأکید قرار گرفته است.

ECHR (Yezhov and Others v. Russia), *Op.cit.*, Para.34.

محدودیت قضایای مطروحه<sup>۸۴</sup> و تنوع موضوع اختلافات ابهامات دو چندان می‌گردد.

### ۳-۲- چالش‌های مربوط به نقش نهاد حل‌وفصل اختلاف

استناد به حاشیه صلاحدید در بستر حل‌وفصل اختلافات می‌تواند چالش‌های دیگری را نیز به همراه داشته باشد. یکی از این چالش‌ها مربوط به اعتبار تصمیمات قضایی به‌عنوان بخشی از شواهد شکل‌گیری قواعد عرفی و به‌طور اخص حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در استنتاج شماره ۱۳ در مورد نقش تصمیمات محاکم بیان می‌دارد: «۱- تصمیمات محاکم و دیوان‌های بین‌المللی،... در خصوص وجود یا محتوای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی یک ابزار فرعی برای تشخیص آن قواعد است» در اینجا تفاوت نقش تصمیمات محاکم بین‌المللی و محاکم ملی<sup>۸۵</sup> برجسته می‌شود. تصمیمات محاکم ملی یکی از مصادیق عملکرد دولت است و بنابراین از عناصر تشکیل‌دهنده قاعده عرفی است، اما تصمیمات محاکم بین‌المللی به احراز یک قاعده عرفی می‌پردازد نه شکل‌گیری آن. لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا دیوان‌های بین‌المللی می‌توانند در شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی نیز تأثیرگذار باشند یا خیر. به نظر نمی‌رسد در اینجا مشکلی وجود داشته باشد زیرا در اینجا این عملکرد دولت و نهاد حل‌وفصل اختلاف است که تأثیرگذار است نه آرای دیوان.

با وجود این محدودیت‌های دیگری قابل تصور است. در رسیدگی به اختلافات، جز در موارد مداخله دولت ثالث، تنها دو دولت دخیل هستند، در اختلافات حقوق بشری جز در دعاوی بین‌الدولی تنها یک دولت طرف اختلاف است. این امر دو محدودیت را به همراه دارد. یکی قابلیت تسری هر رسیدگی به سایر دولت‌ها و دیگری محدودیت در گستره جغرافیایی بازیگران تحت پوشش نهاد حل‌وفصل اختلاف.

۸۴. به عنوان مثال تعداد قضایای مطرح شده در دیوان دادگستری بین‌المللی نسبت به کشورها استرالیا پنج پرونده، کشور بلژیک هفت پرونده، کلمبیا و کاستاریکا شش پرونده می‌باشد. کشور فرانسه به عنوان یکی از کشورهای دارای تعداد زیاد دعاوی نزد دیوان در چهارده پرونده طرف اختلاف نزد دیوان بوده است.

“ICJ”, accessed March 8, 2022, <https://www.icj-cij.org/en/cases-by-country>

۸۵. نمونه آن را می‌توان در خصوص نظر دادگاه تجدیدنظر کشور گرجستان در مورد ضرورت تعیین حاشیه صلاحدید مقامات دولتی در مورد حق آزادی بیان و ضمانت‌های آن در قانون اساسی این کشور و کنوانسیون توسط مقامات ملی مشاهده کرد. دادگاه مذکور در این زمینه بر این عقیده بود که ماهیت سخنرانی در قضیه پیش رو اطلاعات و عقایدی را در موضوعات تجاری منتشر می‌کند که حاشیه صلاحدید گسترده‌ای را برای محاکم داخلی باقی می‌گذارد.

ECHR (*Gachechiladze v. Georgia*), *Op.cit.*, Para.21.



استنتاج شماره ۱۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص اظهار می‌دارد: « ۱- یک قاعده خاص حقوق بین‌الملل عرفی اعم از منطقه‌ای، محلی یا غیر آن، قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل عرفی است که تنها محدود به شمار محدودی از کشورها است؛ ۲- به منظور تشخیص وجود و محتوای یک قاعده خاص حقوق بین‌الملل عرفی، لازم است تا مشخص شود آیا رویه عامی میان کشورهای عضو که آن را میان خودشان به‌عنوان قانون پذیرفته‌اند وجود دارد یا خیر». <sup>۸۶</sup>. به عقیده کمیسیون شمار دولت‌ها محدودیتی در شکل‌گیری قاعده عرفی ایجاد نمی‌کند، بلکه عمومیت رویه مهم است. انجمن حقوق بین‌الملل نیز بر این عقیده است که «وجود اعتقاد از طرف کلیت دولت‌ها حاکی از اینکه رویه‌ای ... با یک تکلیف یا یک حق قانونی مطابقت دارد، به‌منظور اثبات وجود یک قاعده حقوقی الزام‌آور کافی است؛ اما برای شکل‌گیری چنین قاعده‌ای لازم نیست که وجود اعتقاد مزبور چه از طرف کلیت دولت‌ها و چه از جانب دولت خاصی اثبات گردد».<sup>۸۷</sup>

با توجه به عام‌الشمول بودن تعهدات حقوق بشری و ارتباط آن با ارزش‌های جامعه بین‌المللی از یک‌سو و نقش دیوان به‌عنوان یک نهاد ناظر بر اجرای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، گستره حاشیه صلاحیت به‌عنوان یک قاعده عرفی نمی‌تواند دارای ماهیت منفرد نیز باشد؛ بنابراین یک محدودیت مسأله نسبی بودن آرا و رویه مستقر حاشیه صلاحیت نسبت به سایرین می‌باشد. این مسأله به‌خصوص در مورد تأثیر معیارهای ارزیابی دیوان بر محتوای قواعد عرفی حاشیه صلاحیت واجد اهمیت است. آیا دستاوردهای هر قضیه می‌تواند نسبت به کشورهای دیگر عضو کنوانسیون که طرف آن اختلاف نیستند تأثیرگذار باشد؟

وفق ماده ۵۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری احکام آن نسبت به طرفین اختلاف و در همان دعوای ذی‌ربط الزام‌آور است. فلسفه وجودی اصل نسبییت احکام دیوان، حمایت از حقوق ثالث می‌باشد و به موجب ماده‌های ۶۲ و ۶۳ اساسنامه در صورتی که طرف ثالث در قضیه منفعت حقوقی داشته باشد یا عضو کنوانسیون باشد که دیوان قصد تفسیر آن را دارد، حق ورود به جریان رسیدگی را دارد، در غیر این صورت یعنی در صورتی که منافع طرف‌های ثالث متأثر گردد، رأی نسبت به طرف‌های ثالث اثر الزامی نخواهد داشت.<sup>۸۸</sup> وفق ماده مذکور: «تصمیمات دیوان جز برای طرفین و در خصوص آن قضیه خاص

Conclusion 16 (2). ۸۶. Draft conclusions on identification of customary international law, *Op.Cit.*

۸۷. انجمن حقوق بین‌الملل، پیشین، ۵۷.

۸۸. سید قاسم زمانی و سوده شاملو، «نسبییت احکام دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه و عمل»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، ۵، ۱۶ (۱۳۹۱)، ۴۰.

الزام‌آور نمی‌باشد». در عین حال بر اساس بند اول ماده ۶۲ اساسنامه دیوان «دولت‌هایی که باور دارند دارای منافعی با ماهیتی قانونی هستند که در نتیجه تصمیم دیوان در آن قضیه تحت تأثیر قرار می‌گیرد، می‌توانند از دیوان درخواست کنند که به آنها اجازه مداخله دهد». به‌واسطه تأثیر تصمیمات دیوان اروپایی حقوق بشر، در موارد متعددی دولت‌ها در خصوص حاشیه صلاحدید تحت عنوان مداخله ثالث اقدام نموده‌اند. به‌عنوان مثال در پرونده اواریکا و دیگران علیه جمهوری چک<sup>۸۹</sup> شمار زیادی از دولت‌ها و در قضیه ان. دی؛ و ان. تی علیه اسپانیا<sup>۹۰</sup> دولت ایتالیا به‌عنوان ثالث مداخله نمودند. پذیرش اصل نسبی بودن آرا به‌عنوان یک قاعده عام حقوق بین‌الملل بدین معناست که در احراز شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان قاعده عرفی عملکرد دیوان و دولت‌ها در هر قضیه باید به‌صورت منفرد در نظر گرفته شود. با این حال به عقیده برخی، در عمل اثر رأی از آنچه ماده ۵۹ اساسنامه اعلام کرده، فراتر می‌رود و حمایت از حقوق ثالث نسبتاً غیرواقعی به نظر می‌رسد.<sup>۹۱</sup> پذیرش این نظر بدان معناست که استناد دولت‌ها به حاشیه صلاحدید و ارزیابی‌های دیوان، در هر رسیدگی می‌تواند بر شکل‌گیری قواعد عرفی منطقه‌ای تأثیرگذار باشد و بنابراین عدم مداخله دولت‌ها به‌عنوان ثالث در این قضایا می‌تواند به معنی پذیرش ضمنی محتوای آن نسبت به خود باشد. مسأله‌ای که پذیرش در آن همچنان با ابهاماتی مواجه است.

در نهایت اینکه برای احراز عناصر حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی لازم است تا هم مجموع عملکرد هر دولت در مقابل دیوان و هم عملکرد جمعی دولت‌ها بررسی شوند. بررسی مجموعه عملکرد یک دولت و استناد به حاشیه صلاحدید تنها در تشخیص عناصر مادی و معنوی همان دولت تأثیرگذار است؛ اما این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان به‌واسطه تکثر دولت‌ها و وحدت دیوان، از این قالب گذر کرد و عملکرد دیوان در مقابل یک دولت را در مقابل دیگر دولت‌ها مورد استناد قرار داد یا برای احراز شکل‌گیری قاعده عرفی باید رویه قضایی هر کشور به‌صورت مجزا بررسی شده و از کنار هم نهادن مجموع آنها وجود عناصر مادی و معنوی را در کل ارزیابی و احراز نمود؟ هرچند دیوان در رسیدگی‌های خود به دیگر پرونده‌ها نیز استناد می‌کند، این مسأله نیز از جمله موضوعاتی است که قواعد حاکم بر شکل‌گیری حقوق عرفی در مورد آن راه‌حل قطعی‌ای ارائه نداده است. لذا می‌تواند در روش ارزیابی برای

89. ECHR (Vavřička and Others v. the Czech Republic), Applications nos. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021. Paras 128-182.

90. ECHR (N.D. AND N.T. v. SPAIN), Applications nos. 8675/15 and 8697/15, Judgment of 13 February 2020, Para.61.

۹۱. زمانی و شاملو، پیشین، ۴۰.

احراز شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی چالش‌هایی را ایجاد نماید.

## نتیجه‌گیری

هرچند شکل‌گیری قواعد عرفی مبتنی بر احراز عملکرد دولت و اعتقاد به الزامی بودن آن می‌باشد، به نظر می‌رسد خصوصیات آن قاعده نیز در احراز شکل‌گیری و محتوای آن تأثیرگذار است. تأسیس حاشیه صلاحدید در چهارچوب نظام اروپایی حقوق بشر متشکل از دو قسمت حق اولیه دولت و نظارت دیوان است. همین امر باعث می‌شود تا برخلاف دیگر قواعد حقوقی که نقش محاکم بین‌المللی محدود به شناسایی این قواعد باشد، در اینجا نهاد رسیدگی‌کننده به‌عنوان یک ذی‌نفع قاعده حقوقی نقش پررنگ‌تری را ایفا نماید.

در مورد حاشیه صلاحدید چند موضوع مطرح می‌شود که عبارتند از: ۱- حقی که حاشیه صلاحدید نسبت به آن اعمال می‌شود؛ ۲- حق دولت به اعمال حاشیه صلاحدید در موارد نبود اجماع نسبت به محتوا یا شیوه اجرای آن حق بشری؛ ۳- اصول و معیارهایی لازم‌الرعایه و ۴- حق نهاد رسیدگی‌کننده به احراز وجود حق اعمال صلاحدید از سوی دولت و تبیین معیارهای ارزیابی و حدود و ثغور مجاز از سوی دولت‌ها. همین امر نیز سبب می‌شود تا نقش نهاد رسیدگی‌کننده در این‌گونه موارد خاص تنها محدود به شناسایی وجود یک قاعده عرفی نباشد و بتوانند به‌طور غیرمستقیم در محتوای آن نیز تأثیرگذار باشند. در هیچ‌یک از پرونده‌های مطرح شده در مقابل دیوان، مسأله عرفی بودن ماهیت حق حاشیه صلاحدید مطرح نشده و رویه کشورها و دیوان نیز نشان می‌دهد، این حق بدون هرگونه بحثی از جهت ماهیت معاهده‌ای یا عرفی و ... آن مورد استناد دولت‌ها و تأیید دیوان قرار گرفته است. همین امر نیز باعث می‌شود برخورد دیوان با این تأسیس حقوقی از زاویه‌ای غیر از احراز عرفی بودن یا نبودن آن صورت پذیرد. لذا به نظر می‌رسد حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی تحت تأثیر دو نهاد، یعنی دولت به‌عنوان ذی‌حق برای اعمال آن و دیوان به‌عنوان ۱- احراز‌کننده وجود این حق در هر مورد؛ و ۲- تعیین‌کننده معیارهای لازم‌الرعایه از سوی دولت‌ها قرار دارد. این امر را می‌توان در بند دوم ماده ۴ طرح کمیسیون حق بین‌الملل در خصوص شناسایی حقوق عرفی مشاهده نمود که اظهار می‌دارد «در برخی موارد، عملکرد سازمان‌های بین‌المللی می‌تواند در شکل‌گیری یا بیان قواعد عرفی بین‌المللی نقش داشته باشد». نقش‌آفرینی دیوان اروپایی حقوق بشر در شکل‌گیری حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی را می‌توان در همین چهارچوب در نظر گرفت. استدلال‌های دیوان و بازتاب آن در عملکرد دولت‌ها

می‌تواند در کنار عملکرد دولت‌ها، در محتوای حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی تأثیرگذار باشد. البته باید توجه داشت که در این امر نباید راه اغراق در پیش گرفته و نقش مستقلی برای نهادهای حل‌وفصل اختلاف حقوق بشری در نظر گرفت. بلکه نقش آفرینی آن در کنار دولت‌ها و حدود صلاحیت و کارکردهای تعریف شده برای آن باید در نظر گرفته شود.

به نظر می‌رسد از بررسی مواضع دولت‌ها در مقابل دیوان اروپایی حقوق بشر و همین‌طور رویکرد دیوان نسبت به آن در خصوص حق اعمال صلاحدید دولت‌ها می‌توان نتیجه گرفت، حاشیه صلاحدید می‌تواند به‌عنوان یک قاعده عرفی در نظر گرفته شود. باوجود این ارتباط تنگاتنگ میان دولت‌ها و نهاد رسیدگی‌کننده، آنها را مقابل این قاعده عرفی در موقعیت یکسانی قرار نمی‌دهد. لذا محتوای قاعده مذکور نسبت به این دو بازیگر متفاوت می‌باشد.

دخالت نهاد رسیدگی‌کننده در ایجاد این نهاد حقوقی نیز چالش‌ها، محدودیت‌ها و ابهاماتی را با خود به همراه دارد. یکی از این ابهامات تفکیک میان رویه قضایی و عملکرد نهاد رسیدگی‌کننده است. برخلاف تصمیمات محاکم داخلی، تصمیمات قضایی بین‌المللی اصولاً نمی‌توانند در شکل‌گیری قواعد حقوقی ایفای نقش نمایند. در موارد خاص همچون نظام‌های حقوقی بشری همراه با وجود یک نهاد قضایی نظارتی، نقش رویه قضایی تنها در چهارچوب جهت‌دهی بعدی به عملکرد دولت‌ها، آن هم به شکلی محدود و در صورت پیروی دولت از آن، می‌تواند تعریف شود؛ اما عملکرد نهاد رسیدگی‌کننده به‌عنوان یک نهاد ذی‌نفع، البته نه به‌طور مستقل، بلکه همراه با عملکرد دولت هم نسبت به ابعادی از قاعده عرفی که معطوف به دولت‌ها است و هم نسبت به ابعاد مربوط به خود تأثیرگذار خواهد بود.

اساس شکل‌گیری این قاعده عرفی، عملکرد دولت‌ها و خارج از جریان رسیدگی بوده و نقش ارزیابی نهاد رسیدگی‌کننده، در شکل‌گیری آن محدود است. در عین حال که محتوای آن نسبت به دولت‌ها و نهاد رسیدگی‌کننده نیز متفاوت می‌باشد. مداخله دو نهاد متفاوت در بررسی کلیت رفتار موجد قاعده عرفی نیز ابهاماتی ایجاد می‌کند. در این مورد خاص عملکرد دولت‌ها و استناد به آن در مقابل دیوان به‌تنهایی برای احراز قاعده عرفی کفایت نمی‌کند. پذیرش دیدگاه دیوان و پیروی از آن نیز می‌تواند هم در احراز محتوای رفتار و هم در عنصر معنوی آن ابهاماتی را ایجاد کند. علاوه بر آن، نسبت آرای قضایی در عین ماهیت عام‌الشمول قواعد حقوق بشری است که پایه اصلی حاشیه صلاحدید محسوب می‌شوند.

باوجود این در مجموع از بررسی عملکرد دولت‌ها و استدلال‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان نتیجه گرفت، اصل وجود حق دولت‌ها به اعمال حاشیه صلاحدید به‌عنوان یک قاعده عرفی قابل احراز

است. لذا دولت‌ها با جمع شرایط می‌توانند از این حق استفاده نمایند. این حق باید از سوی دیوان مورد احترام قرار گیرد. در عین حال دیوان از این حق برخوردار است که امکان استناد به حاشیه صلاحدید را مورد ارزیابی قرار دهد. تأکید دیوان بر معیارهای ارزیابی به‌عنوان اصولی که باید در بررسی مورد توجه قرار گیرد می‌تواند دیوان را ملتزم نماید تا در رسیدگی‌های بعدی نیز موظف به پیروی از این معیارها بوده و بنابراین شیوه استدلال دیوان، برای این نهاد الزامی را ایجاد می‌نماید که نمی‌تواند به‌صورت خودسرانه آن را مورد چشم‌پوشی قرار دهد. هرچند بند دوم ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل به نقش‌آفرینی بازیگرانی غیر از دولت‌ها نیز تصریح دارد، پیچیدگی‌ها و چالش‌های تأثیرگذاری این نهادها ایجاد می‌کند، کمیسیون در برنامه‌های آتی خود سند مکملی برای این‌گونه موارد خاص را نیز در دستور کار خود قرار دهد.



## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

کتاب:

- انجمن حقوق بین الملل. اصول حاکم بر شکل گیری حقوق بین الملل عرفی عام. ترجمه محمد جعفر قنبری جهرمی. تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۴.

مقالات:

- رهایی، سعید. «دکترین حاشیه تفسیر و محدودیت های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا». نشریه نامه مفید ۷۹ (۱۳۸۹): ۷۷-۱۰۰.

- زمانی، سید قاسم و سوده شاملو. «نسبیت احکام دیوان بین المللی دادگستری در نظریه و عمل». فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد ۵، ۱۶ (۱۳۹۱): ۹۶-۴۰.

- زمانی، سید قاسم و ایوب عبدی. «حاشیه صلاحدید دولت ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر». نشریه پژوهش حقوق عمومی ۵۵ (۱۳۹۶): ۸۲-۶۱.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2017.7778>

- شریفی طراز کوهی، حسین و جواد مبینی. «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۴۴، ۱۶ (۱۳۹۳): ۱۰۳-۷۳.

- شهبازی، آرامش. «تکثر سیستم قضایی بین المللی». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۱۲، ۲۹ (۱۳۸۹): ۱۶۰-۱۱۶.

- فضائلی، مصطفی و سجاد رضا زاده. «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر». نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر ۱۰، ۱۹ (۱۳۹۸): ۲۵۵-۲۲۷.

- محبی، محسن و اسماعیل سماوی. «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری». مجله حقوقی بین المللی ۳۵، ۵۸ (۱۳۹۷): ۳۰-۷.

<https://doi.org/HYPERLINK> "https://doi.org/10.22066/cilamag.2018.31672" 10.22066/cilamag.2018.31672

- موسوی، سید فضل الله و یاسر امین رعایا. «بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولت ها». نشریه مطالعات زن و خانواده ۲، ۱ (۱۳۹۳): ۱۱۶-۹۳.

<https://doi.org/HYPERLINK> "https://doi.org/10.22051/jwfs.2014.1517" 10.22051/jwfs.2014.1517

- موسی زاده، رضا، محمدرضا سبحانی، حسین شریفی طراز کوهی و سعید منصوری. «مفهوم و جایگاه صلاحدید در حقوق بین الملل». فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد ۱۳، ۴۷ (۱۳۹۹): ۲۳-۱.

- ویژه، محمدرضا و رضوان پویا. «تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پروتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی ۲۰، ۶۲ (۱۳۹۸): ۳۷-۹.

<https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.27503.1688>

پایان نامه:

- ربیعی، علیرضا. «تکثرگرایی و آثار آن بر انسجام یا از هم گسیختگی نظام حقوق بین الملل». رساله دکتری حقوق بین الملل، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۵.

ب) منابع خارجی

Book:

- Arold, N. L. *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007.

Cases:

- CJEU (European Parliament v. Council), C-540/03, EU:C:2006:429, judgment of 27 June 2006.

- ECHR (Reczkowicz v. Poland), Application no. 43447/19, Judgment of 22 July 2021.

- ECHR (Leyla Şahin v. Turkey [GC]), Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005.

- ECHR (De Geouffre de la Pradelle v. France), Series A no. 253-B, Judgment of 16 December 1992.

- ECHR (Maširević v. Serbia), Application no. 30671/08, Judgment of 11 February 2014.

- ECHR (Avanesyan v. Armenia), Application no. 12999/15, Judgment of 20 July 2021.

- ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021.

- ECHR (Y.B. v. Russia), Application no. 71155/17, Judgment of 20 July 2021.

- ECHR (Molla Sali v. Greece [GC]), Application no. 20452/14, Judgment of 19 December 2018.

- ECHR (Radomilja and Others v. Croatia [GC]), Application nos. 37685/10 and 22768/12, Judgment of 20 March 2018.

- ECHR (Fedotova and Others v. Russia), applications nos. 40792/10, 30538/14, and 43439/14, Judgment of 13 July 2021.

- ECHR (S.H. and Others v. Austria), Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011.

- ECHR (Todorov and Others v. Bulgaria), Applications nos. 50705/11, 11340/12, 26221/12, 71694/12, and 44845/15, Judgment of 13 July 2021.

- ECHR (Evans v. the United Kingdom [GC]), Application no. 6339/05, Judgment of 10 April 2007.

- ECHR (X, Y and Z v. the United Kingdom), Application no. 75/1995/581/667, Judgment of 22 April 1997.

- ECHR (Fretté v. France), Application no. 36515/97, Judgment of 26 February 2002.

- ECHR (Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC]), Application no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002.

- ECHR (A, B and C v. Ireland), Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010.

- ECHR (Senigo Longue and Others v. France), Application no. 19113/09, Judgment of 10 July 2014.

- ECHR (M.A. v. Denmark), Application no. 6697/18, Judgment of 9 July 2021.

- ECHR (Andrejeva v. Latvia [GC]), Application no. 55707/00, Judgment of 2009.

- ECHR (Timishev v. Russia), Applications nos. 55762/00 and 55974/00, Judgment of 13

December 2005.

- ECHR (Willis v. the United Kingdom), Application no. 36042/97, Judgment of 11 June 2002.
- ECHR (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina), Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Judgment 22 December 2009.
- ECHR (Ždanoka v. Latvia ([GC]), Application no. 58278/00, Judgment of 16 March 2006.
- ECHR (Melnychenko v. Ukraine), Application no. 17707/02, Judgment of 19 October 2004.
- ECHR (Golder v. the United Kingdom), Series A no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.
- ECHR (Roche v. the United Kingdom [GC]), Application no. 32555/96, Judgment 19.10.2005.
- ECHR (Salontaji-Drobnjak v. Serbia), Application no. 36500/05, judgment of 13 October 2009.
- ECHR (Yezhov and Others v. Russia), Application no. 22051/05, judgment of 29 June 2021.
- ECHR (Goodwin v. the United Kingdom), Application No. 17488/90, Judgment of 27 March 1996.
- ECHR (Volodina v. Russia) (no. 2), Application no. 40419/19, Judgment of 14 September 2021.
- ECHR (Chizhov v. Russia), Application no. 11536/19, Judgment of 6 July 2021.
- ECHR (Norman v. the United Kingdom), Application no. 41387/17, Judgment of 6 July 2021.
- ECHR (Elsholz v. Germany), Application no. 25735/94, Judgment of 13 July 2000.
- ECHR (Sommerfeld v. Germany), Application no. 31871/96, Judgment of 8 July 2003.
- ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014.
- ECHR (P.K. v. Poland), Application no. 43123/10, Judgment of 10 June 2014.
- ECHR (Savenko and Others v. Russia), Application no. 13918/06, Judgment of 14 September 2021.
- ECHR (Buchs v. Switzerland), Application no. 9929/12, Judgment of 27 May 2014.
- ECHR (Glaser v. the United Kingdom), Application no. 32346/96, 19 September 2000.
- ECHR (Keegan v. Ireland), Series A no. 290, 26 May 1994.
- ECHR (Siemianowski v. Poland), Application no. 45972/99, 6 September 2005.
- ECHR (Maslov v. Austria), Application no. 1638/03, Judgment of 23 June 2008.
- ECHR (Gachechiladze v. Georgia), Application no. 2591/19, Judgment of 22 July 2021.
- ECHR (Vavříčka and Others v. the Czech Republic), Applications nos. 47621/13 and 5 others, Judgment of 8 April 2021.
- ECHR (N.D. AND N.T. v. SPAIN), Applications nos. 8675/15 and 8697/15, Judgment of 13 February 2020.



- ECHR (Staniszewski v. Poland), Application no. 20422/15, Judgment of 14 October 2021.
  - ICC (the Prosecutor v. Germain Katanga), Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment of 7 March 2014.
  - ICJ (Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain), Judgment of 1 July 1994.
  - ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960.
  - ITLOS, The “Volga” Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, List of cases: No. 11, Judgment of 23 December 2002.
  - ITLOS, The M/V “SAIGA” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), No. 2, Judgment of 1 July 1999.
  - PCIJ, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 26 April 1968.
  - PCIJ (Certain German Interests in Polish Upper Silesia), Merits, Judgment No.7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7.
- Documents:
- Draft conclusions on identification of customary international law 2018, Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II.
  - EC, Resolution CM/ResDH(2019) 297 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Three cases against France (Adopted by the Committee of Ministers on 13 November 2019 at the 1360th meeting of the Ministers’ Deputies.
  - Council of Europe Treaty Series - No. 213, (Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Strasbourg, 24.VI.2013.
- (ج) سایتهای اینترنتی
- “ECHR, Press country profile: Albania”, accessed March 6, 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Albania\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Albania_ENG.pdf)
  - “ECHR, Press country profile: France”, accessed March 7, 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_France\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_France_ENG.pdf)
  - “ECHR, Country profiles”, accessed March 7, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/country&c=>
  - “ECHR, STATISTICS: compared to the same period 2020, 30/9/2021”, last modified March 8, 2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_month\\_2021\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2021_ENG.PDF)
  - “ECHR, Case-law analysis”, accessed March 8, 2022, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/clin>
  - “ICJ”, accessed March 8, 2022, <https://www.icj-cij.org/en/cases-by-country>

This Page Intentionally Left Blank



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی