



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 1, Spring 2025

JS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/jls.2024.48667.5036>



Research Article

The European Court of Human Rights' Interpretation of the Right to Freedom and Its Role in Defining the Best Interests of the Child in Asylum Procedures

Ebrahim Beigzadeh¹, Ahmadreza Azarpendar^{2*}

1. Professor, Department of Public and International Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. Ph D Student of International Law, Department of Public and International Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 24-10-2023

Accepted: 31-01-2024

Abstract

Introduction

Poverty, climate change, armed conflicts, national upheavals, persecution, and other global crises have forced many children to migrate alone or with their guardians to seek asylum in other countries for a chance at a normal life. Unfortunately, these children often face violence and abuse during asylum procedures, endure harsh living conditions, and later experience restrictions on their rights even in host countries. With the escalation of armed conflicts in the Middle East, large-scale climate disasters, and other global challenges in recent years, the number of children seeking asylum in the European Union has risen sharply. Consequently, EU member states have sought to limit or prevent the entry of asylum seekers. At the same time, international and European human rights laws have established minimum safeguards in asylum procedures to restrict states' broad discretion in deporting or detaining children.

Please cite this article as:

Beigzadeh, E., Azarpendar, A. (2025). The European Court of Human Rights' Interpretation of the Right to Freedom and Its Role in Defining the Best Interests of the Child in Asylum Procedures. *Journal of Legal Studies*, 17(1), 1-24.
<https://doi.org/10.22099/jls.2024.48667.5036>.

* Corresponding author:

E-mail address: a_azarpendar@sbu.ac.ir

Methods

The key question addressed in this study is: How has the European Court of Human Rights balanced the best interests of the child against state security concerns? To answer this, the authors employed a combination of analytical and library-based research methods, leading to the following findings.

Findings

Under Article 37(b) of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), EU member states have specific obligations regarding child detention. Additionally, the Committee on the Rights of the Child, alongside the Committee on Migrant Workers, asserts that detaining migrant children solely due to irregular entry or residence—unless absolutely necessary for state security—violates the principle of the best interests of the child and should be prohibited.

However, if children in asylum procedures pose a genuine and immediate security threat to the host state, detention may be justified under extreme circumstances. This interpretation aligns with Article 3(1) of the CRC, which recognizes the best interests of the child as “a primary, but not sole, consideration” that must be weighed against other factors. In such cases, states may detain children only as a last resort, applying strict legal tests to assess necessity.

Results

The “necessity and proportionality” test dictates that any restriction on a child’s freedom must be both essential and proportionate to the threat. Balancing this with the best interests of the child, the European Court of Human Rights, through its interpretation of Article 5 of the European Convention on Human Rights, has outlined specific conditions for lawful detention:

- The detention must be legally justified;
- The detention facility must be child-appropriate.

Regarding the second condition, the Court emphasizes that detention centers for children must meet their unique needs, including access to education, healthcare, recreational activities, and cultural resources. Moreover, prolonged detention or placement in police facilities can cause severe psychological harm and is deemed incompatible with the child’s best interests.

Keywords: Detention of children, European Union law, Children’s rights, European Court of Human Rights, Best interests of the child.



تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر از حق بر آزادی و نقش آن در تبیین مفهوم مصالح عالیۀ کودک در فرآیند پناهندگی

ابراهیم بیگزاده^۱، احمدرضا آذرپندار^{۲*}

۱. استاد، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: فقر، تغییرات اقلیمی، مخاصمات مسلحانه، آشوب‌های ملی، تعقیب آزارمند یا سایر مسائل جهانی، کودکان را مجبور ساخته است، به تنهایی یا به همراه سرپرستان خود به سایر کشورها سفر کرده و به منظور داشتن یک زندگی معمول، در آن کشور درخواست پناهندگی دهند. این کودکان، اغلب در رویه‌های پناهندگی، در معرض خشونت‌ها و سوءاستفاده‌ها قرار گرفته، کودکی خود را در شرایط بسیار سختی را طی می‌کنند و سپس در کشورهای پناهنده‌پذیر نیز حقوق ایشان محدود می‌شود. با بروز مخاصمات مسلحانه در خاورمیانه در سال‌های اخیر، تغییرات اقلیمی کلان در سطح جهانی و سایر مسائل جهانی، تعداد کودکان در رویه‌های پناهندگی که وارد اتحادیه اروپا شده‌اند، بسیار افزایش یافته و همین امر موجب شده است، دولت‌های اتحادیه اروپا درصدد جلوگیری یا محدود کردن ورود پناه‌جویان برآیند. از سوی دیگر، قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل بشر و حقوق اروپایی بشر، مقررات حداقلی پیرامون پناهندگی برقرار ساخته است تا از اختیار گسترده دولت‌ها به منظور اخراج یا بازداشت کودک، جلوگیری به عمل آورد.

استناد به این مقاله:

بیگزاده، ابراهیم و آذرپندار، احمدرضا (۱۴۰۴). تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر از حق بر آزادی و نقش آن در تبیین مفهوم مصالح عالیۀ کودک در فرآیند پناهندگی. ۱۷، (۱)، ۲۴-۱.

روش‌ها: سوالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که دیوان تعادل میان مصالح عالیه کودک و امنیت دولت را چگونه برقرار ساخته است؟ برای پاسخ به این سوال، نگارندگان به‌منظور پاسخ به این سوال با استفاده از روش تحلیلی و کتابخانه‌ای، به نتایج زیر رسیده‌اند.

یافته‌ها: در این رابطه دولت‌های عضو اتحادیه اروپا، تعهدی متعاقب ماده 37 (ب) کنوانسیون حقوق کودک دارند. همچنین کمیته حقوق کودک همراه با کمیته کارگران مهاجر نیز بازداشت کودکان مهاجر را به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی، به واسطه تضاد با اصل مصالح عالیه کودک، جز در مواردی که امنیت دولت ضروری تشخیص دهد، غیرقابل اجرا می‌دانند. با این حال چنانچه کودکان در رویه‌های پناهندگی مخاطرات امنیتی برای دولت پناهنده‌پذیر داشته باشند، دولت‌ها می‌توانند، با در نظر داشتن خطر فوری و ضرورت برای امنیت ملی، دست به بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی بزنند. این امر را همچنین می‌توان از ماده 13(1) کنوانسیون حقوق کودک مستخرج دانست. در ماده 3(1) کنوانسیون حقوق کودک، مصالح عالیه کودک صرفاً «یک ملاحظه اولیه» شناخته شده است و باید با در نظر داشتن سایر ملاحظات سنجیده شود. بر همین مبنا در شرایط بسیار حاد ممکن است، به عنوان آخرین راه چاره، دولت‌ها به بازداشت کودکان اقدام کنند. به‌منظور آنکه این شرایط حاد احراز شود، دولت‌ها، آزمون‌های مختلفی را برای حل این تعارض برقرار کرده‌اند.

نتایج: رویکرد آزمون «ضرورت و تناسب» در این رابطه بیان می‌دارد که محدودیت‌ها باید در درجه اول ضرورت داشته باشند و در ثانی با اوضاع و احوال موجود متناسب باشند. بر اساس این آزمون و همچنین تعادل با اصل مصالح عالیه - به عنوان یک ملاحظه اولیه - چنانچه بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی، قابل اجرا تلقی شود، این بازداشت باید شرایطی را ا قناع کند. در این رابطه، دیوان اروپایی حقوق بشر، با استفاده از ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اقدام به تفسیر حق بر آزادی کرده و شرایط بازداشت را احصا کرده است. به نظر می‌رسد، در این زمینه دیوان به این نتیجه رسیده است که چنانچه به‌عنوان آخرین راه چاره بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی لازم باشد، باید دو شرط لحاظ شود. اول آن بازداشت باید قانونی باشد؛ و دوم بازداشتگاه باید برای کودک مناسب باشد. مورد دوم پیرامون قانونی بودن بازداشت کودکان در رویه‌های پناهندگی، مناسب بودن شرایط بازداشتگاه است. از آنجا که کودکان بسیار آسیب‌پذیر هستند و نیازهای خاصی دارند، شرایط بازداشت باید برای کودک مناسب‌سازی شده باشد. به‌منظور احراز حقوق کودک در رویه‌های پناهندگی، اماکن بازداشت و نگهداری مناسب کودک، باید شامل شرایط لازم برای آموزش، بهداشت، دسترسی به بازی و امکانات فرهنگی باشد. علاوه بر آن مدت زمان طولانی بازداشت و وضعیت بلا تکلیفی کودکان، باعث اضطراب و آشفتگی روانی کودکان می‌شود؛ همچنین صرف‌نظر از زمان سپری شده در بازداشت، شرایط

بازداشتگاه پلیس با توجه به استرس حضور در آنجا، برای کودکان مناسب تشخیص داده نشده و در صورت نگهداری در بازداشتگاه‌های پلیس چنین امری مخالف با مصالح عالیه شناخته شده است.

واژگان کلیدی: بازداشت کودکان، حقوق اتحادیه اروپا، حقوق کودک، دیوان اروپایی حقوق بشر، مصالح عالیه کودک.



سرآغاز

فقر، بلایای محیط‌زیستی، جنگ یا سایر ناآرامی‌های سیاسی و مدنی، کودکان را مجبور ساخته است، داوطلبانه یا غیرارادی، با سرپرستان خود یا به‌تنهایی از مرزها عبور کنند و به کشورهای دیگر پناهنده شوند (Bhamba, 2008:1). آن‌ها ممکن است پیش یا در طول فرآیند پناهندگی، انواع خشونت، استثمار، قاچاق و آزار را تجربه کرده باشند؛ حقوق این کودکان اغلب نادیده گرفته می‌شود یا در موارد حاد ممکن است ایشان به‌طور کامل ناپدید شوند. این خطرات هنگامی که کودکان بدون همراه باشند چند برابر می‌شوند و در برخی موارد کودکان موظف می‌شوند، امکاناتی را که به دلیل کودک بودن به ایشان تعلق گرفته است، با بزرگسالان به اشتراک بگذارند (ICRC, 2004). در اکثر موارد تجربه فرآیند پناهندگی برای کودکان بسیار آسیب‌زاست (Bronstein and Montgomery, 2011: 44-56). از سوی دیگر کشورهایی که این کودکان به آنجا می‌روند و سعی دارند در آن مستقر شوند، معمولاً چندان خوش‌آمدگو نیستند. در چند سال گذشته، تعداد کودکانی که در فرآیند پناهندگی وارد اتحادیه اروپا شده‌اند، به‌طور چشم‌گیری افزایش یافته است. افزایش تعداد کودکانی که به اروپا می‌رسند، فشار زیادی بر مدیریت مهاجرت ملی و سیستم‌های حمایت از کودکان وارد می‌کند (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, 2008). بر همین مبنا دولت‌های اروپایی برای حفظ منافع خود، اقدام‌هایی را در جهت محدود کردن حقوق کودکان در فرآیند پناهندگی در نظر می‌گیرند. کودکان ممکن است در فرآیند پناهندگی، تحت بازداشت و حبس قرار گرفته یا از خانواده‌های خود جدا شوند.

از سوی دیگر بر مبنای ماده 3 کنوانسیون حقوق کودک، در کلیه اقدام‌های متخذ در رابطه با کودکان پیرامون حق آزادی، اصل مصالح عالیه ایشان باید یک ملاحظه اولیه باشد؛ باین‌حال ازآنجاکه مفهوم مصالح عالیه مفهومی نامشخص و مبهم است، زمینه را برای برداشت‌های متفاوت ازآنچه در جهت مصلحت کودک است، آماده می‌سازد و ممکن است فضای سوءاستفاده از این مفهوم را برای دولت‌ها فراهم آورد (Mary, 2019: 1). سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که با توجه به اینکه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به حقوق کودک و به‌طریق‌اولی به مصالح عالیه کودک اشاره‌ای نشده است، دیوان چگونه به این مفهوم

ورود کرده است؟ دیوان اروپایی حقوق بشر، با در نظر گرفتن طیف وسیعی از اسناد و رویه - های دولتی به استثنائات مطرح در اعمال ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پرداخته است. در این راستا، در این مقاله ابتدا حقوق قابل اعمال و روش تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است و سپس به مسائل مربوط به حق آزادی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پرداخته شده است. به نظر می رسد دیوان حداقل هایی را مشخص کرده است که دولت ها به منظور اقناع اصل مصالح عالیه کودک، نمی توانند از آن ها تخطی کنند. در رابطه با ماده 5 کنوانسیون پیرامون حق بر آزادی، دیوان در قضایای مختلف مشخص ساخته است که در شرایط استثنائی، هنگامی محدود کردن حق بر آزادی منطبق بر مصالح عالیه خواهد بود که بازداشت قانونی باشد و همچنین شرایط بازداشت برای کودکان مناسب باشد.

1. حقوق قابل اعمال و روش تفسیر

از رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر می توان دریافت که دیوان به تدریج دامنه آسنادی را که به عنوان ابزار تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به آن ها تکیه می کند، گسترش داده است. این امر در درجه نخست سطح حمایت از حقوق بشر در عملکرد داخلی دولت های عضو را توسعه می دهد (ECtHR, 1978: 31) و سپس همان گونه که دیوان اروپایی حقوق بشر اشاره می کند، توجه خود را به این واقعیت معطوف می سازد که حقوق داخلی دولت های عضو شورای اروپا، به طور مداوم مطابق با اسناد بین المللی مربوط در حال تغییر است (ECtHR, 1979(B): 41). این امر از ماهیت زنده بودن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ناشی می شود (ECtHR, 2008: 65-68).

دیوان اروپایی حقوق بشر عمدتاً بر مبنای دادخواست های فردی مطابق با مواد 134 و 235 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به کلیه موضوع های مربوط به تفسیر و اجرای این کنوانسیون و

1. «دیوان می تواند از هر شخص، سازمان غیر حکومتی یا گروهی از افراد که ادعا می کنند قربانی نقض حقوق مندرج در کنوانسیون یا پروتکل های آن توسط یکی از اطراف عالی متعاقد هستند، دادخواست دریافت کند. اطراف عالی متعاقد متعهد می شوند که به هیچ وجه مانع اعمال مؤثر این حق نشوند.»

پروتکل‌های آن می‌پردازد. از طرفی پروتکل 16 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در سال 2018 لازم‌الاجرا شد، به عالی‌ترین محاکم دولت‌های تصویب‌کننده پروتکل اجازه می‌دهد تا از دیوان بخواهند، نظرات مشورتی در مورد مسائل اصلی مربوط به تفسیر یا اعمال حقوق و آزادی‌های تعریف‌شده در کنوانسیون یا پروتکل‌های آن را ارائه دهد. با اینکه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌خودی‌خود حاوی مقررات خاصی در مورد کودکان نیست، با این‌حال کودکان به‌عنوان دارندگان حقوق، با توجه به ویژگی‌ها و نیازهای خاص خود، از کلیه حقوق و آزادی‌های بنیادین مندرج در کنوانسیون بهره‌مند خواهند شد.

از سوی دیگر حجم قابل‌توجهی از منافع حقوقی کودکان، ناشی از دعاوی قضایی است که توسط والدین یا سایر نمایندگان قانونی آنان آغاز شده است. دیوان اروپایی حقوق بشر در این دعاوی رویکرد مترقیانه‌ای را در استناد به مقررات خاص کنوانسیون حقوق کودک در احکام خود دنبال کرده (Kilkelly, 2001: 308-326) و در حال رواج گسترده حقوق مندرج در این

2. «1- دیوان صرفاً پس از پایان یافتن تمامی راه‌های تجدیدنظر داخلی، مطابق قواعد عمومی شناخته‌شده حقوق بین‌الملل و ظرف مدت چهار ماه از تاریخ تصمیم نهایی، می‌تواند به موضوع رسیدگی کند.
2- دیوان به هیچ درخواستی که مطابق ماده 34 ارائه‌شده است رسیدگی نخواهد کرد چنانچه:
(الف) ناشناس باشد؛ یا

(ب) اساساً همان موضوعی است که پیش‌ازین توسط دیوان بررسی شده است یا قبلاً به رویه دیگری برای تحقیقات یا حل‌وفصل بین‌المللی ارجاع شده است و حاوی اطلاعات جدید مرتبطی نیست.
3. دیوان هر دادخواست فردی را که مطابق ماده 34 ارائه شده باشد، غیرقابل‌قبول اعلام خواهد کرد، در صورتی که تشخیص دهد:

(الف) دادخواست ناسازگار با مقررات کنوانسیون یا پروتکل‌های آن باشد، آشکارا بی‌اساس باشد یا سوءاستفاده از حق درخواست فردی باشد؛ یا

(ب) متقاضی ضرر قابل‌توجهی متحمل نشده باشد، مگر اینکه احترام به حقوق بشر همان‌گونه که در کنوانسیون و پروتکل‌های آن تعریف شده است، مستلزم بررسی ماهیت دادخواست باشد.

4- دیوان هر درخواستی را که طبق این ماده غیرقابل‌قبول بداند رد خواهد کرد. ممکن است این امر در هر مرحله از دادرسی دیوان رخ دهد.»

کنوانسیون است. به عنوان مثال، در پرونده ماسلوف علیه اتریش،¹ دیوان به ماده 40 کنوانسیون حقوق کودک² به منظور تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استناد کرد (ECtHR, 2008: 83). همچنین دیوان به ماده 31(3)(ج) کنوانسیون حقوق معاهدات (Mousazadeh and Azarpendar (a), 2020: 242) استناد می‌کند و از هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط میان اطراف قابل اعمال است، استفاده کرده و آن را در میان روش‌های عمومی تفسیر معاهده قرار می‌دهد. دیوان اروپایی حقوق بشر با تکیه بر این ماده و ارائه تفسیری پویا از کنوانسیون با کمک اسناد حقوقی پذیرفته شده جهانی یا منطقه‌ای، تحولات مشترک را بررسی می‌کند و تکامل طبیعی و مستمر حقوق حمایت شده را به رسمیت می‌شناسد (Ulfstein, 2018: 83).

علاوه بر این، دیوان با استفاده از رویه قضایی خود، یادآوری می‌کند که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همواره «هنجارهای متحول حقوق ملی و بین‌المللی» را در نظر گرفته است. به عبارت دیگر، دیوان اروپایی حقوق بشر ممکن است، انواع مختلفی از اسناد حقوقی بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط با پرونده مورد بحث را در نظر بگیرد. نکته قابل ذکر این است که دیوان میان منابع بر اساس اینکه آیا دولت خوانده این اسناد را تصویب کرده است یا نه

1. در این پرونده خواهان یک تبعه بلغارستان بود که در سال 1990 در سن شش سالگی وارد اتریش شد و به طور قانونی با خانواده خود در آنجا اقامت گزید. او در سال 1999 مجوز اقامت نامحدود را دریافت کرد. خواهان در سن 14 و 15 سالگی به دلیل جرائم دزدی شدید، اخاذی و ضرب و جرح در دادگاه کودکان و نوجوانان محکوم شد. پس از گذراندن دوران محکومیت و در پی محرومیت ده ساله توسط اداره پلیس فدرال و رسیدن به سن 18 سالگی، خواهان در سال 2003 به بلغارستان مسترد شد. دیوان در این پرونده با اشاره به مصالح عالی کودک بیان کرد که هدف دولت باید ادغام کودکان در فرهنگ دولت مربوطه باشد و این امر با اخراج وی محقق نخواهد شد و بر همین مبنا تصمیم دولت اتریش را غیرقانونی دانست.

دیوان در این پرونده با اشاره به مصالح عالی کودک بیان کرد که باید ادغام مجدد کودک تسهیل شود و این امر با اخراج وی محقق نخواهد شد و بر همین مبنا تصمیم دولت اتریش را غیرقانونی دانست.

2. ماده 40(1) کنوانسیون حقوق کودک بیان می‌دارد: «دولت‌های طرف کنوانسیون حق هر کودک را که مظنون یا متهم است یا تشخیص داده شده است که حقوق جزا را نقض کرده، برای رفتار با شیوه‌ای سازگار با تعالی حس کرامت و ارزش کودک مورد شناسایی قرار می‌دهند؛ این رفتار باید موجب احترام کودک به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین دیگران شود و همچنین به سن کودک و شرایط مطلوبیت ارتقای ادغام مجدد کودک و بر عهده گرفتن نقش سازنده در جامعه را مدنظر قرار دهد.» (Mousazadeh and Azarpendar (b), 2020: 176).

تمایزی قائل نمی‌شود، زیرا دیوان بر این باور است که وجود این معاهدات منعکس‌کننده توسعه حمایت از حقوق بشر است و می‌تواند به‌عنوان بازتابی از ارزش‌های مشترک تلقی شود (ECtHR, 2009 (A): 74-84). همچنین دیوان با توجه به «اصول کلی حقوق» و نیز هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل در پرونده‌های مربوط تصمیم‌گیری می‌کند؛ چراکه این اصول و هنجارها تفسیر عینی حقوق مندرج در کنوانسیون را حمایت می‌کنند (Gerards, 2019: 46-77).

از سوی دیگر دولت‌های عضو نیز می‌توانند بر تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تأثیر بگذارند؛ به این معنا که رویه‌های دولتی در رویه قضایی دیوان تأثیرگذار خواهد بود. دیوان اروپایی حقوق بشر همچنین اذعان کرده است که تفسیر غایت شناختی کنوانسیون باید همواره «اوضاع و احوال کنونی» را در نظر داشته باشد. رویکرد دیوان برای بررسی و توجه به تکامل مستمر و تحولات مشترک قوانین دولت‌های عضو نیز می‌تواند به‌عنوان تعادلی برای استفاده از رویکرد «سند زنده» عمل کند. بر همین مبنا، هنگامی که دیوان، با پراکندگی در قوانین و سیاست‌های دولت‌های عضو برخورد می‌کند، موضعی محافظه‌کارانه را اتخاذ کرده و حقوق مورد بحث را مضیق تفسیر می‌کند (Gerards, 2008: 9-12).

در نهایت، باید به اصطلاح «کنسانسوس اروپایی» پرداخته شود (ECtHR, 2004) (ECtHR, 2001). دیوان دائماً بررسی می‌کند که چگونه نظام‌های حقوقی داخلی دولت‌های عضو شورای اروپا به مسائل حقوق بشر رسیدگی می‌کنند و چگونه استانداردهای حمایتی در حوزه‌های خاصی از حمایت از حقوق بشر افزایش می‌یابند (Ziemele, 2013: 250-251). پس از یافتن یک زمینه مشترک و یک رویه مشترک در سیاست‌های چندین دولت عضو، دیوان ممکن است هنگام تفسیر مفاهیم کنوانسیون بر چنین زمینه یا رویه مشترکی تکیه کند (ECtHR, 2020(A): 3). با وجود این امر، باید میان رویه‌های داخلی دولت‌ها و تعهداتی که ایشان در سطح بین‌المللی پذیرفته‌اند، تمایز قائل شد، زیرا ممکن است اختلاف‌های خاصی بروز یابد. از این رو، دیوان اروپایی حقوق بشر موظف است، برای اسناد بین‌المللی اهمیت بیشتر قائل شود، زیرا این اسناد دیدگاه دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در مورد برخی تعهدات بین‌المللی بیان می‌کنند.

2 مسائل مربوط به حق آزادی (ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر)

از آنجاکه دولت‌های طرف کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اطراف کنوانسیون حقوق کودک نیز هستند، تعهدی بر مبنای ماده 37(ب) این کنوانسیون بر عهده دارند. این ماده بیان می‌کند: «هیچ کودکی نباید به‌طور غیرقانونی یا خودسرانه از آزادی خویش محروم شود؛ توقیف، بازداشت یا حبس یک کودک باید در مطابقت با قانون و صرفاً به‌عنوان آخرین راه چاره و برای کوتاه‌ترین دوره زمانی ممکن اعمال شود» (Mousazadeh and Azarpendar (B), 2020: 172). با این حال تعهدات بین‌المللی در همین‌جا برای دولت‌های اروپایی به پایان نمی‌رسد.

در این رابطه در سال 2017 کمیته حقوق کودک و کمیته کارگران مهاجر، اظهارنظر عمومی مشترک شماره 23 و شماره 4 خود را منتشر کرده و تأکید کردند که علیرغم ماده 37 (ب) کنوانسیون حقوق کودک که مطابق آن بازداشت کودکان را به‌عنوان آخرین راه چاره مجاز می‌داند، با این حال توسل به این امر در چارچوب پناهندگی و مهاجرت، به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی قابل اجرا نیست، زیرا با اصل مصالح عالیۀ کودک در تضاد است (CMW & CRC, 2017). این سند یکی از مهم‌ترین اسناد در زمینه حق آزادی کودکان در فرآیند پناهندگی محسوب می‌شود، زیرا بازداشت را از گزینه‌های مورداستفاده حتی در آخرین مرحله - برای کودکانی که صرفاً به دلیل ورود یا اقامت غیرقانونی وارد قلمرویی شده‌اند، حذف می‌کند. از این‌رو دولت‌ها در برخورد با کودکان پناهنده، چنانچه امنیت ملی آنان بر اساس قوانین داخلی نقض نشده و خطر فوری و ضروری برای امنیت ملی وجود نداشته باشند، نمی‌تواند دست به بازداشت کودکان در فرآیند پناهندگی بزنند.

با این حال چنانچه کودکان در فرآیند پناهندگی مخاطرات امنیتی برای دولت پناه پذیر داشته باشند، وضعیت به‌گونه‌ای دیگر خواهد بود. باید توجه داشت که مصالح عالیۀ کودک صرفاً یک ملاحظه اولیه است و باید با در نظر داشتن سایر ملاحظات بررسی شود. در شرایط بسیار حاد ممکن است، محدودیت‌هایی برای حقوق بشر، از جمله بازداشت کودک، به‌عنوان آخرین راه چاره اعمال شود. در این رابطه دولت‌ها ممکن است با توجه به حقوق داخلی خود، دست به اقدام‌های محدودکننده‌ای بزنند. بر همین اساس بازداشت کودکان به همراه خانواده‌هایشان صرفاً زمانی مجاز است که امنیت ملی یا قوانین داخلی مربوط به امنیت ملی نقض شده و بازداشت آخرین راه چاره برای جلوگیری از وضعیت به وجود آمده باشد. در این رابطه

مقامات داخلی موظف‌اند کلیه گزینه‌های دیگر - همچون بازگرداندن ارادی کودک به کشور خاستگاه، همبستگی با خانواده در کشور ثالث یا ادغام کودک در کشور پذیرنده - را در مطابقت با ماده 5 (1) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر¹ بررسی کنند (ECtHR, 2019(A); (ECtHR, 2020).

از سوی دیگر در رویه‌های دولتی، رویکرد آزمون «ضرورت و تناسب» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین راه‌حل‌ها برای محرومیت کودکان از آزادی شناخته می‌شود (Supreme Court of Canada, 2007: 383-397). آزمون «ضرورت و تناسب» بیان می‌دارد که محدودیت‌ها باید در درجه نخست ضرورت داشته باشند و در ثانی با اوضاع و احوال موجود متناسب باشند.²

1. ماده 5(1) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان می‌کند: «هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان از آزادی خود محروم کرد مگر در موارد زیر و به ترتیبی که در قانون مقرر شده باشد:

(الف) بازداشت قانونی شخص پس از محکومیت توسط محکمه ذی‌صلاح؛
(ب) دستگیری یا بازداشت قانونی شخص به دلیل عدم رعایت دستور قانونی محکمه با به‌منظور اطمینان از ایفای هریک از تعهدات مقرر در قانون؛

(ج) دستگیری یا بازداشت قانونی شخصی به‌منظور معرفی وی به مرجع قانونی ذی‌صلاح به دلیل شک معقول به ارتکاب جرم یا زمانی که منطقاً، برای جلوگیری از ارتکاب جرم یا فرار وی پس از انجام ضروری تشخیص داده شود، انجام شود.

(د) بازداشت یک کودک به دستور قانونی به‌منظور نظارت آموزشی یا بازداشت قانونی وی با هدف معرفی وی به محضر مرجع قانونی ذی‌صلاح؛

(ه) بازداشت قانونی اشخاص به‌منظور جلوگیری از شیوع بیماری‌های عفونی و بازداشت افراد ناسالم ذهنی، معتادان به الکل، مواد مخدر و یا اشخاص ولگرد؛

(و) دستگیری یا بازداشت قانونی شخص برای جلوگیری از ورود غیرمجاز وی به کشور یا دستگیری و بازداشت قانونی شخصی که علیه او اقدام‌هایی به‌منظور اخراج یا استرداد در حال انجام شدن است.»

2 هنگام ارزیابی محدودیت حقوق اساسی، ضرورت محدودیت، یک اصل اساسی در نظر گرفته خواهد شد. ضرورت محدودیت، باید بر اساس شواهد عینی توجیه شود و اولین گام پیش از ارزیابی تناسب محدودیت است. از سوی دیگر تناسب با الزام ایجاد تعادل میان وسایل مورد استفاده و هدف مورد نظر شناخته می‌شود. به‌طور خاص تناسب مستلزم آن است، مشخص شود که مزیت‌های ناشی از محدود کردن حق، بیش از معایب اعمال حق نباشد. به‌عبارت دیگر، محدودیت در حق باید موجه باشد. تضمینات همراه با یک اقدام می‌تواند، توجیه‌کننده یک اقدام باشد (European Data Protection Supervisor, 2021: 1).

باین‌حال دیوان همواره این آزمون را ضروری تشخیص نداده است و عنصر حقوق داخلی دولت را به این امر اضافه می‌کند. این امر در پرونده‌های سعدی (ECtHR, 2008)¹ و چاهال (ECtHR, 1996)² بیان شد و دیوان به این نتیجه رسید که آزمون ضرورت و تناسب با توجه به ماده 5(1)(و) ضروری نیست، مگر در مواردی که حقوق داخلی دولت‌های پناه پذیر چنین امری را اقتضا کند (FRA, 2017: 47-62)³.

در سال 2011 پرونده رحیمی علیه یونان منجر به یک حکم تاریخی در مورد بازداشت یک کودک بدون همراه در یک بازداشتگاه با بزرگ‌سالان شد. دیوان هنگام نقض ادعایی ماده

1. خواهان یک کرد عراقی بود که از کشور خاستگاه خود گریخته و در 30 دسامبر 2000 به فرودگاه هیترو لندن رسید. او بلافاصله درخواست پناهندگی داد و پذیرش موقت به او اعطا شد. با گزارش مقامات مهاجرت در 2 ژانویه 2001 او بازداشت شد و به مرکز پذیرش اوکینگتون منتقل شد که برای پناهجویانی استفاده می‌شد که بعید به نظر می‌رسد فرار کنند و به درخواست‌هایشان با یک رویه سریع رسیدگی می‌شد. درخواست پناهندگی متقاضی در 8 ژانویه 2001 رد شد و او رسماً از ورود وی به بریتانیا جلوگیری شد. او روز بعد آزاد شد و متعاقباً پس از موفقیت‌آمیز بودن درخواست تجدیدنظر در مورد جلوگیری از ورود، پناهندگی بریتانیا را دریافت کرد. او سپس خواستار بازنگری قضایی درباره تصمیم بازداشت خود شد. این امر در نهایت توسط مجلس اعیان رد شد. مجلس اعیان دریافت که بازداشت متناسب و معقول بوده است. در حکمی که در 11 ژوئیه 2006 دیوان اروپایی اعلام کرد که هیچ نقضی از ماده 5(1) کنوانسیون صورت نگرفته است، اما نقض الزام ماده 5(2) برای ارائه دلایل فوری صورت گرفته است.

2. خواهان یک شهروند هندی بود که در سال 1971 به‌طور غیرقانونی وارد بریتانیا شد و در سال 1974 اجازه حضور نامحدود یافت. در اوت 1990 دولت بریتانیا تصمیم گرفت که متقاضی باید اخراج شود. متقاضی در همان روزی که اخطار قصد اخراج صادر شد، درخواست پناهندگی داد. وی ادعا کرد که در صورت بازگشت به هند مورد شکنجه و تعقیب آزارمند قرار خواهد گرفت. در سال 1991 درخواست وی رد شد و پس‌از آن نیز چندین بار درخواست تجدیدنظر وی نادیده انگاشته شد. خواهان در 1993 به کمیسیون شکایت کرد و بیان داشت که اخراج وی به هند او را در معرض خطر واقعی قرار می‌دهد و همچنین بازداشت او بیش‌ازحد طولانی بوده و کنترل قضایی بر آن ناکارآمد و کند بوده است که نقض مواد 5(1) و 4 است. دیوان در این قضیه نقض ماده 3 و ماده 5 کنوانسیون را در رابطه با خواهان احراز کرد.

3. همین امر متعاقباً در گزارش حقوق بنیادین اتحادیه اروپا درج شد که بیان می‌داشت، چنانچه حقوق داخلی یک دولت ایجاب کند، آزمون ضرورت و تناسب باید چهار شرط زیرا را به‌منظور اقتناع مصالح عالی‌ه کودک رعایت کنند: 1- بازداشت آخرین راه چاره باشد، 2- برای کوتاه‌ترین مدت صورت پذیرد، 3- حق زندگی خانوادگی رعایت شود و 4- بازداشتگاه‌ها برای کودکان مجهز شده باشد.

5(1) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دریافت، هنگامی که مقام‌های ملی دستور بازداشت خواهان را صادر کردند، در هیچ مرحله‌ای مصالح عالی‌ه کودک را به‌عنوان «یک قاعده رویه‌ای» (A rule of procedure) - که تأثیرات احتمالی تصمیم بر کودک را شناسایی کند - در نظر نگرفته‌اند¹ و نمی‌توانسته‌اند تعادل منصفانه‌ای میان منافع رقیب - یعنی منافع دولت در کنترل مهاجرت در مقابل مصالح عالی‌ه کودک - ایجاد کنند؛ از این‌رو مصالح عالی‌ه کودک به‌عنوان یک ملاحظه اولیه بر مبنای ماده 3(1) کنوانسیون حقوق کودک - در نظر گرفته نشده است (ECtHR, 2011(A): 109). این پرونده می‌تواند به‌عنوان نقطه عطفی در روند پرونده‌های مهاجرت کودکان در نظر گرفته شود، زیرا دیوان هنگام ارزیابی نقض حق آزادی اهمیت قاطعی به در نظر گرفتن مصالح عالی‌ه کودک می‌دهد. دیوان هم‌چنین به ماده 37 کنوانسیون حقوق کودک استناد می‌کند که حمایت‌هایی مشابه ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در نظر دارد؛ و بر همین مبنای دیوان ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در پرتوی ماده 37 به‌صورت دوستدار کودک تفسیر می‌کند.²

1. کمیته حقوق کودک تصریح کرده است که مفهوم مصالح عالی‌ه کودک، مفهومی سه وجهی است: در ابتدا یک حق ماهوی است، به این معنا که به‌منظور ارزیابی یا تصمیم‌گیری برای کودک در شرایطی که مصلحت‌های گوناگون برای وی وجود دارد، کودک حق خواهد داشت تا مصالح عالی‌ه وی به‌عنوان یک ملاحظه اولیه مدنظر قرار گیرد. در درجه دوم یک اصل حقوقی تفسیری بنیادین است، به این معنا که چنانچه یک مقرر حقوقی تفسیر متعددی در برداشته باشد، تفسیری که مؤثرترین حمایت را از مصالح عالی‌ه کودک به عمل می‌آورد، باید انتخاب شود و در درجه سوم یک قاعده رویه‌ای است که هرگاه تصمیمی در حال اتخاذ باشد، این اتخاذ تصمیم باید تأثیرات احتمالی بر روی کودک را ارزیابی کند (CRC Committee, 2013: 6).

2. بند 1 سند «برنامه اقدام شورای اروپا به‌منظور حمایت از کودکان پناهنده و مهاجر» با عنوان «تضمین دسترسی به حقوق و رویه‌های دوستدار کودک» بیان می‌دارد که در درجه اول باید با کودکان پناهنده و مهاجر به‌عنوان یک کودک رفتار شود. در این راستا پیشنهاد شده است که سمینار یا میزگردی در مورد اطلاعات مربوط به مهاجرت کودک سازمان‌دهی شود و مقامات دولتی و سایر ذی‌نفعان همچون آمبودزمن کودکان و سازمان‌های غیردولتی گرد هم آیند تا بهترین روش‌های برخورد با کودکان را شناسایی کرده و توصیه‌هایی را ارائه کنند. همچنین یک واحد آموزشی در مورد حقوق کودکان پناهنده و مهاجر توسعه یابد. اقدام پیشنهادی بعدی نیز ایجاد تلفیقی از روش‌های خوب برای فرآیند مربوط به مهاجرت کودکان است که شامل رسیدگی‌های قضایی، تجدیدنظر اداری، بررسی اولیه درخواست‌های پناهندگی و همچنین اخراج یا بازگرداندن و سایر رویه‌های اجرای قانون، از جمله رویه‌های حمایت از قربانیان استثمار و سوءاستفاده با روشی مناسب کودک است.

بر اساس مطالب پیش گفته و در راستای تفسیر ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در فرآیند پناهندگی، دیوان، دو موضوع را به عنوان آزمونی برای ایفای مصالح عالیه در شرایط بازداشت مورد تأکید قرار داده است. موضوع اول «قانونی بودن بازداشت» و موضوع دوم «مناسب بودن شرایط بازداشتگاه» کودکان در فرآیند پناهندگی است. دیوان معتقد است چنانچه این دو موضوع رعایت نشده باشد، اصل مصالح عالیه کودک نادیده انگاشته شده و دولت در راستای ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مسئول خواهد بود.

2-1. قانونی بودن بازداشت

دیوان معتقد است یک رویکرد رویه‌ای برای ارزیابی و تبیین مصالح عالیه هر کودک در صورت بازداشت لازم است و همواره بر این نکته تأکید می‌کند که آیا می‌توان اقدام‌های مداخله جویانه کمتری نسبت به بازداشت کودکان انجام شود یا نه، زیرا جستجوی روش‌های جایگزین برای بازداشت به منظور از میان بردن وجه خودسرانه آن کاملاً ضرورت دارد. دیوان در پرونده پوپوف علیه فرانسه¹ اهمیت قاطعی را به این واقعیت اختصاص می‌دهد که ارزیابی و تبیین مصالح عالیه، باید وضعیت کودک را به طور منفرد ارزیابی کند؛ از این رو با توجه به اینکه مقام‌های ملی به طور جداگانه وضعیت کودک را مورد بررسی قرار نداده‌اند و نمی‌توانسته‌اند اقدام‌های جایگزین را در نظر گرفته باشند، دیوان نقض ماده 5(1) را تشخیص داد (ECtHR, 2012:119). این امر بدان معناست که دولت‌ها باید وجهی از مصالح عالیه کودک را در نظر بگیرند که به عنوان یک قاعده رویه‌ای شناخته می‌شود.

همچنین بازداشت باید برای امنیت دولت ضرورت داشته باشد؛ چنانچه کودک برای دولت هیچ‌گونه ملاحظه امنیتی به وجود نیاورد، بازداشت وی، بازداشتی غیرقانونی بوده و مصالح

1. شاکیان یک زوج قزاقستانی بودند که در سال 2002 وارد فرانسه شده و در همان‌جا صاحب دو فرزند شدند. والدین با ادعای تعقیب آزارمند در قزاقستان، تقاضای پناهندگی کردند؛ باین‌حال درخواست آن‌ها برای پناهندگی و مجوز اقامت رد شد. در سال 2007 والدین و کودکان در خانه خود دستگیر و در بازداشت پلیس قرار گرفتند. دستور بازداشت اداری آن‌ها در هتل، در همان روز صادر شد و روز بعد آن‌ها به فرودگاه منتقل شدند تا به قزاقستان برگردانده شوند که با لغو پرواز این امر رخ نداد. پس از آن به بازداشتگاه اداری روشن اوسل منتقل شدند. این بازداشت چندین بار تمدید شد تا اینکه در سال 2009 وضعیت پناهندگی به ایشان اعطا شد.

عالیه وی را نقض می‌کند. پرونده موبیلانزیلا مایکا و کنیکی میتونگا علیه بلژیک (Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium) نمونه خوبی از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در رابطه با بازداشت کودکان پناهجو است (ECtHR, 2006(A)). این پرونده در رابطه با یک کودک پنج‌ساله بدون همراه است که به مدت دو ماه بدون حمایت مناسب بازداشت شده بود. این کودک از جمهوری دموکراتیک کنگو به امید اینکه با مادرش که وضعیت پناهندگی را در کانادا اخذ کرده بود، ملاقات کند، بدون مدارک لازم سفر کرده بود. این کودک متعاقباً به جمهوری دموکراتیک کنگو بازگردانده شد، اگرچه هیچ عضوی از خانواده برای مراقبت از وی در آنجا وجود نداشت. دیوان در این قضیه حکم داد که در غیاب هرگونه خطر فرار، بازداشت او در یک مرکز بزرگ‌سالان غیرضروری بوده است. همچنین دیوان به اقدام‌های دیگری همچون همبستگی کودک با خانواده خود در کشور ثالث اشاره می‌کند که می‌توانست به‌گونه‌ای اتخاذ شود که مصالح عالیه کودک، همان‌گونه که در ماده 3 کنوانسیون حقوق کودک ذکر شده، برآورده شود.

از سوی دیگر، اجبار حضور در مراکزی غیر از بازداشتگاه، عنصر قانونی بودن بازداشت را برآورده نمی‌سازد. در پرونده RR و دیگران علیه مجارستان،¹ خانواده‌ای با سه کودک، اجباراً برای نزدیک چهار ماه در یک منطقه ترانزیت در مرز در انتظار نتیجه درخواست پناهندگی خود، بودند. دیوان در این قضیه دریافت که این امر با توجه به ماهیت و میزان محدودیت‌هایی که عملاً بر آنها تحمیل شده است، به معنای محرومیت واقعی از آزادی بوده است. از آنجایی که بازداشت آن‌ها فاقد مبنای قانونی کاملاً تعریف شده است، این امر نقض ماده 5(1) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است و مصالح عالیه کودکان را نادیده انگاشته است (ECtHR, 2021). محتوای این رأی بدان معناست که ممکن است عنصر بازداشت، در هر مرکزی غیر از بازداشتگاه‌های رسمی حاصل شود. از این‌رو چنانچه بازداشت غیرقانونی باشد، فرقی میان

1. در این پرونده مادر که در افغانستان مورد شکنجه قرار گرفته بود به ایران فرار می‌کند و با مردی ایرانی ازدواج می‌کند. در اوایل سال 2016 آن دو به دلیل ترس از نیروهای نظامی ایران به ترکیه و سپس به یونان رفتند. پس از یک جدایی موقت، خانواده در صربستان با یکدیگر همبسته شدند و در سال 2016 با یکدیگر صاحب کودکی شدند. در آوریل 2017، متقاضیان از صربستان وارد مجارستان شده و در منطقه ترانزیت روزکه (Röszke) بازداشت شدند.

بازداشتگاه رسمی و غیررسمی وجود ندارد. در این چارچوب باید در نظر داشت که ممکن است حتی بازداشت در مراکز غیررسمی خود به عنوان نادیده گرفتن اصل مصالح عالییه مطرح شود. دیوان در پرونده Sh.D و دیگران علیه یونان،¹ بازداشت کودکان پناهجوی بدون همراه را مورد بررسی قرار داد. دو نفر از آنها در یک بازداشتگاه به اصطلاح حفاظتی در یک ایستگاه پلیس قرار گرفتند و سپس یک ماه در اردوگاه ایدومنی² به عنوان یک اردوگاه غیررسمی، در یونان زندگی کردند. با توجه به اینکه این جزیره در قلمروی صلاحیتی یونان بوده است و یونان به تعهدات حقوق بشری خود، همچون ارائه مراقبت کافی به کلیه کودکان که از محیط خانوادگی خود بر اساس ماده 20 کنوانسیون حقوق کودک محروم شده‌اند، پایبند بوده است، دیوان با تکیه بر اهمیت قاطع مصالح عالییه کودک، نقض ماده 5(1) را احراز کرد. دیوان بیان داشت که اقدام مقام‌های یونانی برای بازداشت کودکان در ایستگاه‌های پلیس به جای اسکان موقت، به دلیل آنکه مصالح عالییه ایشان را نادیده گرفته است، اقدامی غیرقانونی است (ECtHR, 2019(B): 69).³

قانونی بودن بازداشت زمانی که کودک موردنظر با یک فرد بالغ همراه بوده است نیز در دیوان مورد آزمایش قرار گرفته است. دیوان معتقد است، حضور در کنار یک فرد بزرگسال همواره باید در جهت مصالح کودک و نه در جهت منافع دولت، در نظر گرفته شود. در پرونده موستحی علیه فرانسه (ECtHR, 2020(A)، مقام‌های فرانسوی دو کودک را که با یک قایق به مایوت سفر می‌کردند، رهگیری کردند. آن‌ها به همراه بزرگسالان پیش از اخراج فوری،

1. متقاضیان پنج کودک بدون همراه، با اصالت افغانی بودند که در اوایل سال 2016 وارد یونان شدند. آن‌ها پس از ورود دستگیر شده و در فوریه 2016 دستور بازگرداندن آن‌ها صادر شد. متقاضیان که قصد داشتند با اعضای خانواده خود در آلمان همبسته شوند، سعی کردند که به مقدونیه شمالی بگریزند که توسط مرزبانان رهگیری شدند. یک متقاضی توسط پلیس یونان دستگیر شد و چهار متقاضی دیگر در فوریه 2016 در خیوس دستگیر شده و دستور اخراج آن‌ها صادر شد. آن‌ها به اردوگاه ادومنی فرستاده شدند و تقریباً یک ماه در آنجا در شرایط بسیار بد نگهداری شدند.

2. Idomeni camp

3. دیوان همچنین یافته‌های خود را از H.A. and Others علیه یونان تکرار کرد و اظهار داشت که بر اساس ماده 3 کنوانسیون حقوق کودک، دولت‌ها موظف‌اند مصالح عالییه کودک را هنگام تصمیم‌گیری در مورد ایشان در نظر بگیرند.

بازداشت شدند. در این مدت، این کودکان با یک فرد بزرگسال غیر از خانواده خود، در ارتباط بودند و متعاقباً این دو کودک نیز ذیل حکم اخراج او قرار گرفتند. دیوان در این قضیه دریافت که کودکان متقاضی به طور خودسرانه با یک بزرگسال مرتبط در نظر گرفته شده بودند و اخراج ایشان به منظور حفظ مصالح عالیه آنها نبوده است، بلکه برای تسهیل اخراج سریع تر آنها در نظر گرفته شده است. این امر نشان می دهد که انتساب یک کودک به فرد بزرگسال نباید بر مبنای نفع دولت تلقی شود. ممکن است در شرایطی حقوق بیشتری به کودک غیرهمراه اعطا شود و با در نظر گرفتن فرد بزرگسالی که هیچ رابطه ای با کودک ندارد، این حقوق از کودک سلب شود؛ از این رو نیاز است، هنگام ارزیابی مصالح عالیه کودکانی که همراهان ایشان هیچ رابطه خویشاوندی یا قیمومیتی با ایشان ندارند، مصالح عالیه کودک نسبت به منافع دولت در اولویت قرار گیرد.

2-2 مناسب بودن شرایط بازداشتگاه

دیوان شرایط مناسب بازداشتگاه را نیز یکی از عناصر مهم در جهت ایفای مصالح عالیه کودک می داند. در پرونده SF و دیگران علیه بلغارستان (ECtHR, 2017)،¹ دیوان بازداشت یک خانواده با سه کودک در بازداشتگاه پلیس مرزی و مدت اقامت آنها را مدنظر قرار داد. در این قضیه دیوان خاطرنشان کرد که بازداشت کودکان در فرآیند پناهندگی چه همراه با خانواده باشند و چه نباشند، نگرانی های خاصی را ایجاد می کند، زیرا کودکان بسیار آسیب پذیر هستند و نیازهای خاصی دارند. صرف نظر از زمان سپری شده در بازداشت شرایط بازداشتگاه پلیس برای کودکان مناسب نبوده است و همین امر موجب نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر خواهد شد. از این رو مدت طولانی بازداشت کودکان می تواند خود به عنوان یک عامل برای شرایط نامناسب بازداشتگاه تلقی شود.

1. شاکیان سه کودک عراقی به همراه والدین خود بودند که از عراق فرار کرده بودند. ایشان توسط پلیس در مرز بلغارستان و صربستان ره گیری شده و در بازداشتگاه پلیس مرزی در شهر ویدین بازداشت شدند. آنها متعاقباً به یک بازداشتگاه مهاجرت در صوفیه منتقل شدند. در محضر دیوان، متقاضیان ادعا کردند که شرایط بازداشت آنها در ویدین ایشان را در معرض رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز برخلاف ماده 3 کنوانسیون قرار داده است.

علاوه بر مدت زمان طولانی بازداشت، شرایط نگهداری کودک نیز در آرای متعددی مورد توجه قرار گرفته است. در پرونده RR و دیگران علیه مجارستان علاوه بر مبحث قانونی بودن بازداشت، دیوان همچنین به وضعیت نگهداری کودکان پرداخته است. دیوان در این پرونده بیان می‌کند که اگرچه حقوق اتحادیه اروپا مقام‌ها را موظف می‌کند که نیازهای ویژه اشخاص آسیب‌پذیر را در پذیرش ایشان در نظر بگیرد، با این حال در محل ترانزیت، امکانات برای کودکان نامناسب بوده و کمبود خدمات پزشکی وجود داشته است. وجود عناصری شبیه به محیط زندان و محدودیت‌های نهفته در حبس نیز می‌تواند باعث اضطراب و آشفتگی روانی کودکان شده باشد و تصویر والدین را در نگاه کودکان خدشه‌دار کند. با توجه به طولانی بودن مدت اقامت خانواده، تکرار و انباشته شدن شرایط ذکر شده، الزاماً عواقب زیانباری برای کودکان به وجود آمده است که مخالف با مصالح عالیه کودک خواهد بود. از آنجاکه کودک به دلیل وضعیت کودک بودن خود دارای نیازهای خاصی است، چنانچه این نیازها در نظر گرفته نشود و یا این نیازها در قالب نیازهای بزرگسالان در نظر گرفته شود، به منزله نقض مصالح عالیه کودک خواهد بود. اماکن نگهداری مناسب کودک، شرایط آموزشی و بهداشتی، دسترسی به بازی و امکانات فرهنگی از جمله مواردی هستند که کودکان به صرف کودک بودن باید از آن برخوردار شوند.

لازم به ذکر است که این موارد صرفاً مربوط به فرآیند پذیرش پناهجویان نیست و حتی در هنگام اجرای یک‌رویه اخراج نیز باید لحاظ شود. پرونده AM و دیگران علیه فرانسه (A.M. and Others v. France) مربوط به بازداشت اجرائی¹ کودکان همراه با والدین آن‌ها در چارچوب یک‌رویه اخراج بوده است. دیوان در این قضیه دریافت که اگرچه شرایط مادی در مراکز بازداشت پیش از انتقال عموماً مناسب بوده است، اما شرایط موجود در این مراکز برای کودکان خردسال، به‌ویژه سروصدا و اعلان‌های بلندگو که در معرض آن قرار گرفته بودند، منبع اضطراب بوده است. قرار دادن کودکان در این مراکز به منزله رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز بوده و باید مخالف با مصالح عالیه کودک در نظر گرفته شود.²

1. Executive Detention

2 برای موارد مشابه می‌توان به پرونده‌های زیر اشاره کرد:

فرجام سخن

بسیاری از پناهجویان، پناهندگان و مهاجرانی که به اتحادیه اروپا وارد می‌شود، کودک هستند و در هر اقدامی که در رابطه با این کودکان اتخاذ می‌شود، باید اصل مصالح عالیه برای ایشان به‌منزله یک ملاحظه اولیه در نظر گرفته شود. از این‌رو دیوان اروپایی حقوق بشر در آرای خود در فرآیند پناهندگی به تبیین مفهوم مصالح عالیه کودک پرداخته است. در این رابطه دیوان با تفسیر ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اصل مصالح عالیه را برجسته کرده است.

از آنجاکه مصالح عالیه کودک، صرفاً یک ملاحظه اولیه است و می‌تواند با سایر ملاحظات در نظر گرفته شود، دولت‌ها می‌توانند تدابیری را پیرامون محدودیت حق بر آزادی کودکان در فرآیند پناهندگی اتخاذ کنند؛ با این حال به‌منظور آنکه دولت‌ها از حق خود تجاوز نکرده و به تبع آن مصالح عالیه را نقض نکنند، باید تعادل منصفانه‌ای میان امنیت دولت و حق بر آزادی کودک به وجود آید.

با در نظر داشتن نکته فوق پیرامون حق بر آزادی، دیوان با تفسیر ماده 5 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان داشته است که هیچ کودکی که در فرآیند پناهندگی وارد اتحادیه اروپا می‌شود، به‌صرف ورود غیرقانونی حتی به‌عنوان آخرین راه چاره- نباید مورد بازداشت قرار گیرد. با این حال چنانچه مخاطرات امنیتی، همچون مشارکت در عملیات تروریستی، آسیب‌رساندن به حقوق سایر اشخاص یا نقض گسترده حقوق پناهندگی، در پی ورود کودکان به اتحادیه اروپا وجود داشته باشد، دولت‌ها با در نظر داشتن مصالح عالیه به‌عنوان ملاحظه اولیه، می‌توانند تدابیر محدودکننده‌ای را اتخاذ کنند. در این راستا دیوان اروپایی حقوق بشر، در پی ایجاد تعادل منصفانه، عناصر حق بر آزادی کودک در فرآیند پناهندگی را سامان بخشیده است. دیوان بر این باور است که تعادل منصفانه هنگامی برقرار خواهد شد که شاخص‌های حداقلی حق بر آزادی لحاظ شود. این شاخص‌ها در دو شاخه مورد توجه دیوان قرار گرفته است: در شاخه اول دیوان معتقد است، بازداشت کودکان باید قانونی باشد؛ به این معنا که مصالح عالیه هر کودک به‌طور انفرادی ارزیابی و تبیین شود تا مشخص شود آیا محرومیت از آزادی کودک با

امنیت دولت «تناسب» داشته است و آیا بازداشت حقیقتاً برای امنیت دولت «ضروری» بوده است. شایان ذکر است، این بازداشت با حضور اجباری کودک در یک مکان حاصل می شود و استدلال دولت مبنی بر حضور در محیطی غیر از بازداشتگاه عنصر قانونی بودن بازداشت را برآورده نمی سازد.

در شاخه دوم، دیوان به مناسب بودن شرایط بازداشت برای کودک پرداخته است. دیوان معتقد است، با اینکه دولت ها در برخی شرایط می توانند کودکان را به صورت قانونی بازداشت کنند، اما شرایط بازداشت کودکان باید کودک محور و دوستدار کودک باشد؛ به این معنا که نیازهای خاص کودکان همچون امکانات مناسب برای زندگی، خدمات پزشکی، ایجاد مکانی آرام برای سلامت روان و جسم در فرآیند پناهندگی و حتی در فرآیند اخراج کودکان نیز باید مراعات شود؛ همچنین مدت زمانی محرومیت از آزادی نباید بیش از حد طولانی شود، زیرا طولانی شدن مدت حبس موجب آسیب های ذهنی و روانی برای کودک خواهد شد.

References

- Bhabha, J. (2008). *Independent Children, Inconsistent Adults: International Child Migration and the Legal Framework 2*, (Geneva: UNICEF Innocenti Research Centre, Discussion Papers IDP No. 2008-02); Available at: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/idp_2008_02.pdf.
- Bronstein and Montgomery (2011). "Psychological Distress in Refugee Children: A Systematic Review", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 14, 44-56. DOI: 10.1007/s10567-010-0081-0
- FRA (2017). *European Legal and Policy Framework on Immigration Detention of Children*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 47-62.
- Gerards, J. (2008). Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights in Huls, N., Adams, M. and Bomhoff, J. (eds), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Hague: Asser Institute. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1435258>.
- Gerards, J. (2019). Principles Governing the Interpretation and Application of Convention Rights, In *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9781108652926
- Kilkelly U. (2001). The Best of Both Worlds for Children's Rights Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the

- UN Convention on the Rights of the Child, 23, *HRQ*, 308–26. DOI: 10.1353/hrq.2001.0019.
- Mary, G. (2019). The Best Interests Principle Within Article 3(1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child, *International Journal of Business, Economics and Law*, 19(14).
- Mousazade R. and Azarpendar A. (2020). *The Basic Treaties of International Law*, Tehran: Institute for Political and International Studies (IPIS). ISBN: 978-964-361-986-2 [In Persian].
- Mousazade R. and Azarpendar A. (2020), *The Basic Treaties of International Law*, Vol.II, Tehran, Institute for Political and International Studies (IPIS). ISBN: 978-964-361-987-9 [In Persian].
- Smyth, C. (2013). The common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance, *Doctoral thesis*, Leiden, Leiden University.
- Ulfstein, G. (2018) 'Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments: Law and Legitimacy' in van Aaken, A. and Motoc, I. (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP. DOI: 10.1093/oso/9780198830009.003.0005.
- Ziemele, I. (2013) Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – the Method, No.12, *LAPE*. DOI: 10.1163/15718034-12341255.

Judgments

- ECtHR (1978), *Tyrer v the United Kingdom* App no 5856/72, 25 April 1978.
- ECtHR (1979(A)), *Sunday Times v The United Kingdom* App no 6538/74, 26 April 1979.
- ECtHR (1979(B)), *Marckx v. Belgium* App no 6833/74, 13 June 1979.
- ECtHR (1996) *Chahal v the United Kingdom* App no 22414/93, 15 November 1996.
- ECtHR (2004), *Vo v. France* App no 53924/00, 8 July 2004.
- ECtHR (2001), *Lee v UK* 25289/94, 18 January 2001.
- ECtHR (2005), *Tuquabo-Tekle and Others v the Netherlands* App no 60665/00, 1 December 2005.
- ECtHR (2006(A)), *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* App no 13178/03, 12 October 2006.
- ECtHR (2006(B)), *Rodrigues da Silva v the Netherlands* App no 50435/99, 31 January 2006.
- ECtHR (2007), *Evans v UK* 6339/05, 10 April 2007.
- ECtHR (2008), *Saadi v the United Kingdom* App no 13229/03, 29 January 2008.

- ECtHR (2008), Demir and Baykara v Turkey App no 34503/97, 12 November 2008.
- ECtHR (2008), Maslov v Austria (Grand Chamber) App no 1638/03, 23 June 2008.
- ECtHR (2009 (A)), Glor v Switzerland App no 3444/04, 30 April 2009.
- ECtHR (2010), Neulinger and Shuruk v Switzerland App no 41615/07, 6 July 2010.
- ECtHR (2011(A)), Rahimi v Greece App no 8687/08, 5 April 2011.
- ECtHR (2011(B)), Saleck Bardi v Spain App no 66167/09, 24 May 2011.
- ECtHR (2012), Popov v France App no 39472/07 and 39474/07, 19 January 2012.
- ECtHR (2013), Berisha v Switzerland App no 948/12, 30 July 2013.
- ECtHR (2014), Mugenzi v France, App no 52701/09, 10 July 2014.
- ECtHR (2016), I.A.A and Others v the United Kingdom App no 25960/13, 8 March 2016.
- ECtHR (2017), El Ghatet v Switzerland App no 56971/10, 8 February 2017.
- ECtHR (2018), Assem Hassan Ali v Denmark App no 25593/14, 23 October 2018.
- ECtHR (2019(A)), H. A. and Others v Greece App no 19951/16, 28 February 2019.
- ECtHR (2019(B)), Sh.D and Others Vs Greece, Austria, Croatia, Hungary, North Macedonia, Serbia and Slovenia App no 14165/ 16, 13 June 2019.
- ECtHR (2020(A)), 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life'.
- ECtHR (2020(B)), Registry, 'The Convention as a Living Instrument at 70' Background Paper for the Judicial Seminar.
- ECtHR (2020), Moustahi v France App no 9347/14, 25 June 2020.
- ECtHR (2021), RR and others v Hungary, Application no. 36037/17, 2 March 2021.

Documents

- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and Committee on the Rights of the Child, Joint general comment No. 4 (2017) and No. 23 (2017), on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return.
- Committee on the Rights of the Child (2012), Days of General Discussions, 'The Rights of All Children in International Migration', Background Paper, August 2012.

- Committee on the Rights of the Child (2013), General Comment no 14: on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1) 29 May 2013.
- European Data Protection Supervisor (2021), Annual Report 2020, 'Necessity & Proportionality', Available at: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en#:~:text=Necessity%20shall%20be%20justified%20on,t he%20processing%20of%20personal%20data.
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (2008), Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions, Brussels, Available at: <http://lastradainternational.org/lisidocs/picum.pdf>.
- Teacher, Law (2013), Examining the Fair Balance Principle, Available at: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/examining-the-fair-balance-principle-administrative-law-essay.php?vref=1>.
- The International Committee of the Red Cross (2004), Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, Geneva, January 2004.
- UN (1980), Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (adopted 25 October 1980, entered into force 1 December 1983).
- UN (1980), Vienna Convention on the Law of the Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.
- UN (1989), Convention on the Rights of the Child (adopted: 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3.
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013), General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14.
- UNGA (1959), Declaration of the Rights of the Child, UNGA Res 1386 (XIV) (20 November 1959).
- UNGA (2014), Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (adopted 19 December 2011, entered into force on 14 April 2014) by General Assembly resolution A/RES/66/ 138.
- UNGA (2020), 'Note by the Secretary General transmitting the Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants' A/75/183, (20 July 2020).