

بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولتها

دکتر سید فضل‌الله موسوی*

یاسر امین رعیا**

چکیده

اجرای دکترین صلاحدید دولتها در اتحادیه اروپا، جهت احترام به حاکمیت دولتها و نیز در نظر گرفتن منافع ملی آنها و در عین حال، عدم تخطی از مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صورت گرفته است. بر مبنای این نظریه برای دولتها اختیار و صلاحدید در نظر گرفته شده که از طریق آن آزادی عمل و اختیاراتی برای ایشان در تفسیر مفاد کنوانسیون اروپایی فراهم گشته تا آنها را در عین تعهد به اجرای مفاد کنوانسیون در حفظ منافع ضروری‌شان یاری نماید. نکته حائز اهمیت اینکه با توجه به رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص «حق‌های بنیادین بشری»، دولتهای عضو کنوانسیون اروپایی در جهت

* هیات علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی؛ aminroaya.yaser@yahoo.com

تعلیق و یا محدود کردن این حق‌ها دارای حق به صلاحدید نمی‌باشند. لذا آنها بالطبع در خصوص حق بر حجاب با توجه به اینکه این حق به عنوان یکی از آثار «حق بر آزادی مذهب» محسوب شده و در عرصه حقوق بین‌الملل بشر به عنوان یکی از حق‌های بنیادین بشری در نظر گرفته می‌شود، دارای آزادی عمل و اختیار در جهت محدود نمودن آن نمی‌باشند، هرچند به نظر می‌رسد که دیوان اروپایی حقوق بشر بدون توجه به ماهیت این حق و نیز شرایط لازم برای اعمال دکتترین صلاحدید از ناحیه دولت‌ها، با اعطاء حق به صلاحدید به دولت‌ها در جهت محدود نمودن حجاب، در برخورد با این حق دچار تعارض شده است.

واژگان کلیدی

حجاب؛ آزادی مذهبی؛ منافع ضروری؛ دکتترین صلاحدید دولت‌ها؛ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

مقدمه

به طور کلی هرچند حضور در جامعه بین‌المللی مستلزم این است که دولت‌ها با گذار از آزادی عمل کامل و مطلق، از بخشی از آزادی عمل خود به نفع حداقل منافع مشترک و در قالب تعهدات بین‌المللی صرف‌نظر نمایند، لکن به طور سنتی دولت‌ها حق بر عدم انطباق و رعایت تعهدات بین‌المللی در شرایط خاص را همچنان برای خود حفظ نموده‌اند، به خصوص اگر انطباق با تعهدات منجر به صدمه زدن به حاکمیت، امنیت، سیاست عمومی، و یا به طور کلی منافع حیاتی آنها گردد. به عبارت دیگر، در عرصه حقوق بین‌الملل یک سنت ثابت و طولانی وجود دارد که دولت‌ها منافع ملی‌شان^۱ را حتی مواقعی که به توافقات بین‌المللی وارد می‌شوند و نیز هنگامی که بوسیله آن توافقات محدود می‌گردند، همچنان اعمال می‌نمایند (پینتو^۲، ۲۰۰۶، ۲۴۷). در واقع در عرصه حقوق بین‌الملل موضوعاتی چون نظم عمومی، امنیت ملی، اخلاق عمومی مربوط

۱. منافع ملی اشاره به هدف‌های اولیه‌ای دارد که مردم و دولت در صدد حفظ و تحصیل آن هستند. منافع ملی در دو سطح داخلی و خارجی مطرح می‌گردد که به طور کلی مصادیق منافع ملی دولت‌ها در بعد داخلی عبارتند از: حمایت از اخلاق و سلامت عمومی، منافع اقتصادی و حمایت از امنیت ملی و رفاه کشور و حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران.



به حوزه‌هایی می‌باشند که اغلب برای حاکمیت دولت‌ها اموری اساسی هستند و به طور سنتی دولت‌ها خود بر آن نظارت دارند (اسچیل^۱، ۲۰۰۹، ۷۸).

نتیجه اینکه در حوزه حقوق بین‌الملل در شرایطی خاص تکلیف دولت‌ها نسبت به حفاظت از منافع ملی خویش نظیر نظم عمومی، امنیت ملی و اخلاق عمومی؛ و از سویی دیگر تکلیف آنها به التزام نسبت به معاهدات بین‌المللی در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند. این موضوع در ارتباط با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز مطرح می‌گردد. در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مطلب حائز اهمیت این است که علت اینکه دولت‌های اروپایی حاضر شدند با تشکیل کنوانسیون مزبور محدودیت‌هایی را بر حاکمیت خود وارد نمایند، این است که تصمیم‌گیرندگان ملی معتقدند اینکار به سود منافع ملی دولت‌شان می‌باشد. از این رو، تقریباً همه دولت‌های اروپایی بر این باورند که از پیوستن به کنوانسیون بیش از آنچه که از دست می‌دهند به دست می‌آورند (نیوجنت، ۱۳۸۴، ۶۲۴). لذا دولت‌های مزبور با پیوستن به این کنوانسیون اولاً از ادعای حاکمیت سرزمینی خود دست برداشته‌اند (لورا^۲، ۱۹۹۶، ۹۵) و ثانیاً در حوزه‌های منافع مهم ملی با اعطای هیچ امتیازی موافقت نمی‌کنند. از طرفی دیگر با توجه به اینکه هدف از تشکیل کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حمایت مؤثرتر از انسان است، لذا دغدغه ایجاد تأثیری واقعی برای نظام حق‌های تضمین شده کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، همواره ذهن نهادهای ناظر بر اجرای این معاهده را به خود مشغول کرده است.^۳ براین اساس دیوان اروپایی حقوق بشر با علم به این موضوع که الحاق دولت‌ها به کنوانسیون اروپایی به مثابه اعراض آنها از منافع ملی نمی‌باشد و توجه به این نکته که هر زمانی ممکن است تعارضی بین این منافع و اجرای مفاد مندرج در کنوانسیون ایجاد گردد، اقدام به اعطای حق صلاحدید به دولت‌ها در جهت حفظ منافع ملی خویش و نیز بالا بردن التزام واقعی دولت‌ها به رعایت مفاد کنوانسیون نموده است. حال با اعطای این اختیارات به دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، این سوال مطرح می‌شود که آیا آنها می‌توانند به عنوان حمایت از منافع اساسی و با تکیه بر دکتترین صلاحدید به اعمال ممنوعیت حجاب که یکی از نشانه‌های آزادی اندیشه و مذهب می‌باشد، اقدام نمایند یا

1. Schill

2. Laura

۳. در مقدمه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قید شده است: «... با توجه به اینکه هدف از اعلامیه مزبور تضمین شناسائی و رعایت همگانی و موثر حقوقی است که در آن اعلام شده است.»

خیر. در این خصوص لازم به ذکر است که بر اساس استانداردهای بین‌المللی حقوق بشری هر انسانی محق به داشتن آزادی اندیشه و مذهب است و از جمله شقوق حق بر آزادی مذهبی، آزادی علنی نمودن و آشکار کردن آئین و ابراز عقیده است که این امر می‌تواند از طریق انتخاب پوشش حجاب چه در محیط خصوصی و چه در محیط عمومی صورت پذیرد.^۱

مبحث اول. معنا و مفهوم دکترین صلاحدید دولت‌ها

نویسندگان بسیاری در کتب و مقالات خود در تبیین معنای لغوی دکترین^۲ صلاحدید دولت‌ها^۳ سعی نموده‌اند که از واژه فرانسوی "marge d'appréciation" شورای دولتی فرانسه اقتباس شده است (چارلز یورو^۴، ۱۹۹۶، ۱۴). از مجموع این تعاریف می‌توان معنای لغوی دکترین صلاحدید دولت‌ها را بدین شرح بیان نمود: اختیارات^۵، آزادی عمل^۶، فضائی برای مانور^۷ و احترام به دولت‌ها^۸.

گفتار اول: اختیارات دولت‌ها در ارزیابی شرایط

عده‌ای از نویسندگان دکترین صلاحدید، دولت‌ها را به مثابه اختیاراتی^۹ در نظر گرفته‌اند که به مقامات دولت‌ها برای ارزیابی چگونگی ایجاد بهترین تعادل بین حقوق فردی و هدف جمعی اعطاء می‌گردد (تومای^{۱۰}، ۲۰۰۸، ۲۰۱). عده ای دیگر این اختیار را از یک

۱. رجوع کنید به: ماده ۱۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

۲. واژه دکترین (Doctrine) در زبان لاتین، به معنای آموزه، سیاست، مکتب، آیین و اصول پذیرفته شده توسط گروه و یا ملتی می‌باشد. در فرهنگ نامه‌های لغات و اصطلاحات سیاسی، دکتری (Doctrine)، به معنای آیین، اصول عقیده، نظریه، تعلیم، مکتب، اصل سیاسی، آموزه و... به کار رفته است. در فرهنگ‌نامه‌های لغت فارسی نیز «دکترین» به معنای: نظریه، اصل، اندیشه، فکر، آموزه، مسلک، عقیده، رأی، آیین، اندیشه و... آمده است. جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به: دلآوری، رضا (۱۳۷۸)، فرهنگ لغات و اصطلاحات علوم سیاسی و روابط بین‌الملل، انتشارات دلآوری، چاپ ۱، ص ۱۱۳ و همچنین معین، محمد (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی معین، جلد ۲، انتشارات امیرکبیر، ص ۱۵۴۴.

3. Doctrine of Margin of Appreciation

4. Charles Yourow

5. Discretion

6. Latitude

7. Space of Manoeuvre

8. Deference

۹. به دلیل تشخیص و اختیار اعطاء شده به دولت‌ها، عده ای به دکترین صلاحدید دولت‌ها، margin of national discretion نیز می‌گویند.

10. Tümay



دیدگاه دیگر مورد عنایت قرار داده‌اند و آن طیف وسیعی از اختیارات^۱ است که دیوان‌های بین‌المللی در ارزیابی واقعیت‌های یک پرونده به مقامات دولت‌ها واگذار می‌نمایند (جوناس^۲، ۲۰۰۹، ۲۳۶). دسته‌ای دیگر از محققین مانند مورات^۳ تاکید می‌نمایند که اصطلاح دکترین صلاحدید به اختیارات داده شده به دولت اشاره دارد چرا که آنها ارزیابی شرایط واقعی و اجرای مقررات برشمرده شده در کنوانسیون را بر عهده دارند (توما^۴، ۲۰۰۸، ۲۰۱) و یا دسته دیگری از مفسرین مانند مریلز^۵ بدون انجام این تفکیک از آن به عنوان حوزه ای برای تشخیص و اختیار یاد می‌نمایند (مریلز^۶، ۱۹۹۳، ۱۵۱).

گفتار دوم: آزادی عمل

بعضی دیگر از نویسندگان مانند بنونیستی^۷ با در نظر گرفتن آزادی عمل^۸ به عنوان معنای لغوی دکترین، بیان می‌دارند: مفهومی که هر جامعه‌ای برای داشتن آزادی عمل خاصی جهت حل اختلافات ذاتی بین منافع ملی و حقوق فردی و یا بین اعتقادات مختلف اخلاقی مستحق آن است (بنونیستی^۹، ۱۹۹۹، ۸۴۳) تاکاهاشی^{۱۰} با تمرکز بر همین معنای دکترین، آن را به عنوان «آزادی عملی که دولت‌ها در اجرای مقررات معاهده برخوردار می‌شوند (تاکاهاشی، ۲۰۰۲، ۲) تعریف نموده است. دسته دیگر نیز با بررسی پرونده‌های مطروحه در دیوان اروپایی حقوق بشر و آزادی عملی که دولت‌ها در اجرای مفاد کنوانسیون کسب نموده‌اند، بیان می‌نمایند: دکترین صلاحدید دولت‌ها چیزی بیش از آزادی عمل واگذار شده به مقامات دولت‌ها برای یک بار نسبت به یک موضوع می‌باشد (مک دونالد^{۱۱}، ۱۹۹۳، ۳۷)

-
1. Range of Discretion
 2. Jonas
 3. Murat
 4. Tumay
 5. Merrills
 6. Merrills
 7. Benvenisti
 8. Latitude
 9. Benvenisti
 10. Takahashi
 11. Macdonald

گفتار سوم: فضائی برای مانور

بسیاری از تعاریف بیان شده از دکتربین، از طریق ملاحظاتی که دکتربین صلاحید برای دولت‌ها ایجاد می‌نماید، بر فضائی برای مانور متمرکز می‌گردد. به عنوان مثال یورو^۱ در تعریف دکتربین بیان می‌دارد: آزادی برای مانور و یا فضای بازی که دیوان استراسبورگ به مجموعه های قضائی، اداری، تقنینی و اداری اعطاء می‌نماید، قبل از آنکه اعلام نماید نقض مواد کنوانسیون صورت گرفته است (چارلز یورو^۲، ۱۹۹۶، ۱۳). و یا عده‌ای دیگر از دکتربین به عنوان اتاقتی برای مانور که دیوان استراسبورگ برای دولت‌ها در اجرای تعهداتشان فراهم می‌نماید، نام می‌برند (گریر^۳، ۲۰۰۰، ۵).

مبحث دوم. شرایط اعمال دکتربین صلاحید دولت‌ها

از بررسی مجموع قضیه‌هایی که دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص دکتربین صلاحید دولت‌ها مورد رسیدگی قرار داده است، می‌توان بیان نمود برای اعمال دکتربین، احراز شرایط ذیل لازم و ضروری می‌باشد. به طوری که عدم رعایت شرایط ذیل به معنای نقض کنوانسیون و نیز عدم وجود اختیارات و آزادی عمل برای دولت‌های عضو کنوانسیون می‌باشد.

گفتار اول: تداخل مفاد کنوانسیون با شرایط فوق‌العاده و ضروری

در عرصه حقوق بین‌الملل به طور طبیعی دولت‌ها هنگامی خود را به رعایت معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی ملزم می‌دانند که آن کنوانسیون محدودکننده اختیارات دولت به هنگام مواجه با مواقع «اضطراری و فوق‌العاده» در جهت حفظ منافع ملی نباشد، لذا طبیعی است اولین زمینه لغو یا محدود کردن مفاد یک معاهده بین‌المللی تلاقی آن معاهده با شرایط اضطراری باشد. این موضوع در کنوانسیون‌های حقوق بشری، و غیر حقوق بشری مورد تاکید قرار گرفته است. به عنوان نمونه ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۴، ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۲۷ کنوانسیون

1. Yourow
2. Charles Yourow
3. Greer

۴. بند یک ماده چهار میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «هرگاه یک خطر عمومی استثنایی (فوق‌العاده) موجودیت ملت را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام بشود، دولت‌های عضو این میثاق که می‌توانند تدابیری خارج از الزامات



آمریکایی حقوق بشر^۱ و نیز کنوانسیون‌های مربوط به حقوق کار، که به طور ضمنی به این امر اختصاص یافته است (جیم^۲، ۱۹۹۲، ۵۴).

دیوان اروپایی حقوق بشر برای اولین بار دکتترین صلاحدید دولت‌ها را در زمینه اقدامات فوری و لغو تعهدات در ذیل ماده ۱۵ کنوانسیون^۳ در قضیه هند ساید^۴ مورد استناد قرار داد. به عنوان مثال در قضیه یونان در مقابل انگلستان، کمیسیون^۵، در رابطه با اضطراب تأکید نمود که مقامات بریتانیا می‌بایست برای اعمال اقدامات خاص صلاحیتی در رابطه با چارچوب ضرورت ایجاد شده دارای اختیار باشند.^۶ در قضیه لاولس نیز کمیسیون مجدداً بر یک وضعیت اضطراری عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند، تأکید و بیان داشت: دولت دارای صلاحدید خاص در تعیین حدود وضعیت اضطراری عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند، می‌باشد، لذا این دولت می‌تواند از طریق اقدامات استثنائی از تعهدات طبیعی، که خود تحت مواد کنوانسیون آن را قبول نموده

مقرر در این میثاق به میزانی که وضعیت حتماً ایجاب می‌نماید، اتخاذ نمایند، مشروط بر اینکه تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که بر طبق حقوق بین‌الملل بر عهده دارند، مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیض منحصراً بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ مذهبی یا اجتماعی نشود.»

۱. ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی: «۱- در زمان جنگ، خطر عمومی یا دیگر خطرات اضطراری که استقلال یا امنیت یک دولت عضو، تهدید شود آن دولت می‌تواند تا حد لازم و برای مدت زمانی محدود که به علت استثنائی بودن وضعیت اضطراری باشد اقداماتی را برای عدول از تعهداتش به موجب کنوانسیون حاضر اتخاذ کند ...»

2. Jaime

۲. ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی: «۱- در هنگام جنگ یا وضعیت اضطراری عمومی دیگری که حیات ملت را تهدید کند هر عضو معظم متعهد می‌تواند صرفاً در حدودی که مقتضیات وضعیت مزبور ایجاب می‌کند، تدابیری دائر بر عدول از تعهدات خود تحت این کنوانسیون اتخاذ کند مشروط بر آنکه تدابیر با سایر تعهدات وی تحت حقوق بین‌الملل متعارض نباشد؛ ۲. هیچگونه تخطی از ماده ۲ کنوانسیون به استناد این ماده نباید صورت پذیرد، مگر در مورد مرگ و میرهای ناشی از اعمال مشروع جنگ، یا از مواد سوم، چهارم (بند ۱) و هفتم؛ ۳. هر عضو معظم متعهد که از حق عدول استفاده می‌کند باید دبیرکل شورای اروپا را از تدابیری که اتخاذ کرده است و دلایل اتخاذ تدابیر مزبور به طور کامل مطلع سازد و همچنین هنگامیکه چنین تدابیری متوقف و مقررات این کنوانسیون بار دیگر اجرا شود، وی باید موضوع را به دبیرکل شورای اروپا اطلاع دهد.»

4. Handyside v. United Kingdom, Series A No. 24, Judgement of 7 December 1976, para. 47-8.

۵. در ابتدا که دیوان اروپایی حقوق بشر ایجاد گردید نظارت بر حسن اجرای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سیستم دو مرحله‌ای داشت که عبارت بودند از کمیسیون رسیدگی به شکایات و دیوان جهت رسیدگی لکن بعد از لازم‌الاجرا شدن پروتکل شماره ۱۱ در سال ۱۹۹۸ جهت تسریع در روند رسیدگی به شکایات سیستم دو مرحله‌ای رسیدگی به شکایات به یک دیوان جدید تبدیل شد که این دیوان اروپایی حقوق بشر، رأساً به شکایات وارد علیه نقض حقوق و آزادی‌های مصرح در کنوانسیون اروپایی می‌پردازد. همچنین افزون بر رسیدگی بر شکایات نقض حقوق بشر، دیوان اروپایی نظریات مشورتی در زمینه مسائل حقوقی مرتبط با تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز صادر می‌نماید. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به: قاری سید فاطمی، سید محمد، (۱۳۷۹)، دیوان جدید اروپایی حقوق بشر، مجله حقوقی، شماره ۲۵، صص ۱۲۹-۱۴۶.

6. Greece v. United Kingdom, App. No. 176/56, Y.B. Eur 1958-9., para.59.

است، تخطی نماید.^۱ البته باید توجه داشت، هنگامی که یک عامل قوی موجب ایجاد شرایطی اضطراری و فوق العاده برای یک دولت می‌گردد، دیوان اختیارات گسترده‌ای تحت قالب دکترین صلاحدید به دولت‌ها اعطاء می‌نماید، این موضوع در قضیه ایرلند علیه انگلستان به اثبات رسید.^۲

گفتار دوم: بررسی مؤلفه‌های شرایط اضطراری

اینکه یک دولت بتواند به استناد ضرورت از انجام تعهدات خود استنکاف نماید، در حقوق بین‌الملل به عنوان یک قاعده عرفی تثبیت شده است. در قضیه گابچیکووناگیماروس، دیوان بین‌المللی دادگستری اینگونه حکم نمود ضرورت، مبنایی است که در حقوق بین‌الملل عرفی به منظور زائل ساختن وصف متخلفانه فعل مغایر با تعهد بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است.^۳ این موضوع در ماده ۲۵ پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت‌ها نیز مورد تأکید قرار گرفته است. در این ماده ۴ شرط برای اینکه دولت‌ها بتوانند به استناد ضرورت از انجام تعهدات خود استنکاف نمایند قید شده است. همچنین کمیسیون اروپایی حقوق بشر در قضیه یونان مشخصات وضعیت اضطرار عمومی را به شرح ذیل تبیین نمود: ۱. بالفعل یا قریب الوقوع باشد؛ ۲. آثار آن تمام ملت را در برگیرد؛ ۳. استمرار آن حیات سازمان‌دهی شده اجتماع را تهدید کند؛ ۴. بحران یا خطر استثنایی باشد؛ به نحوی که اقدامات یا محدودیت‌های عادی اجازه داده شده توسط کنوانسیون برای حفظ ایمنی عمومی، بهداشت و نظم عمدتاً ناکافی باشد.^۴

1. Lawless v. Ireland, 1958-9 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 308, Eur. Comm'n on H.R., para. 82.

2. Ireland v United Kingdom, Judgment of 18 January 1978., para. 207: "... emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a **widemargin of appreciation**..."

3. Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. the Slovak Republic), I.C.J., 1997, para 40- 41: "...The Court observes, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation..."

4. Netherlands v. Greece (Greek case): European Commission of Human Rights: Report Strasbourg, Judgment of 18 November 1969, para. 22-28.



بند اول. منفعت ضروری

اولین مؤلفه شرایط اضطراری این است که نقض تعهد یک دولت می‌بایست جهت حمایت از یک «منفعت ضروری»^۱ انجام شده باشد. حال این سؤال مطرح می‌شود که مفهوم «منفعت ضروری» چیست؟ با توجه به اینکه در خصوص منفعت ضروری تعریف واحدی وجود ندارد، لذا این مفهوم را می‌بایست در گزارش‌ها و آراء محاکم داوری و قضائی بین‌المللی جستجو نمود.

در خصوص معنای منفعت ضروری چند تن از گزارشگران ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل تعاریفی بیان داشته‌اند. به عنوان نمونه گزارشگر ویژه روبرتو آگو^۲ اشاره می‌کند منفعت ضروری می‌تواند شامل موجودیت سیاسی و یا اقتصادی، حفظ صلح داخلی، حفاظت از محیط زیست، حفاظت از یک بخش از مردم و غیره^۳ باشد. کرافورد به عنوان یکی دیگر از گزارشگران ویژه برخلاف آگو که برای فهماندن منفعت ضروری وارد مصادیق می‌گردد، کلیات را بیان و اذعان می‌نماید منافع ضروری نمی‌تواند تعریف شود و مصادیق آن بستگی به حقایق خاص هر قضیه دارد.^۴ باربزا^۵ گزارشگر دیگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است که تهدید منفعت ضروری یک کشور در حقیقت تهدیدی جدی علیه وجود یک دولت، علیه بقای سیاسی و اقتصادی آن، علیه حفظ خدمات ضروری و علیه حفظ داخلی یا اکولوژی سرزمین آن دولت است.^۶ در رویه‌های قضائی بین‌المللی نیز می‌توان به قضیه پروژه گابچی‌کونو ناگیماروس^۷ اشاره نمود

1. Essential State Interest.

2. Roberto Ago.

3. Documents of the Thirty-Second Session (1980), 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 14, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1).

4. J. Crawford, "Second Report on State Responsibility", UN General Assembly, International Law Commission, 51st Session, Geneva, 23 July 1999, A/CN.4/498/Add.2, pp.27-28: "... essential" cannot be defined and must depend on the specific facts of each case..."

5. Julio Barboza.

6. Second Report on State Responsibility: Addendum, Int'l L. Comm'n, 51st Session, at 30, U.N. Doc. A/CN.4/498/Add.2 (1999).

۷. در سال ۱۹۹۳ مجارستان و اسلواکی به موجب توافقنامه ۱۹۹۳ (بند ۳ ماده ۵) اختلاف خود را در مورد اجرا و خاتمه عهدنامه بوداپست ۱۹۷۷ (منعقد بین چکسلواکی و مجارستان) راجع به ساخت و اجرای پروژه زنجیره ایگابچی‌کونو ناگیماروس، به دیوان ارجاع دادند. اختلاف از هنگامی شروع شد که مجارستان از اجرای پروژه با این ادعا که اجرای آن موجب خسارت شدید محیط زیست و منابع آبی این کشور می‌شود، خودداری و عهدنامه ۱۹۷۷ را خاتمه یافته تلقی کرد. با خودداری مجارستان از اجرای تعهدات معاهده‌ای، اسلواکی اقدام به اجرای پروژه جایگزین در سرزمین خود کرد، اجرای پروژه جایگزین بر دسترسی مجارستان به آب دانوب تاثیر گذاشت. دیوان در رأی خود در سال ۱۹۹۷ هر دو کشور را ناقض تعهدات خود اعلام کرد و اظهار داشت معاهده ۱۹۷۷ همچنان معتبر است و از طرفین خواست تا از طریق مذاکره با حسن نیت و با در نظر گرفتن

در این قضیه دیوان اعلام کرد مجارستان حق دارد نگران محیط زیست طبیعی خود به عنوان یک منفعت اساسی که متأثر از پروژه گابچیکووناگیماروس است، باشد. دیوان در تأیید این نظر خود که منافع محیط زیست ممکن است منتهی به منافع اساسی یک دولت گردد، به نظر مشورتی راجع به مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای ۱۹۹۶ اشاره می‌نماید. به این بیان که تعهد کلی دولت‌ها نسبت به احترام و حفاظت از محیط زیست، همانند محیط زیست دارای مبنائی اساسی است.^۱ همچنین در قضیه LG که خواهان بر این مطلب تأکید می‌نمود که منفعت ضروری شامل منافع اقتصادی نمی‌شود، دیوان بیان داشت که منفعت ضروری نباید به منافعی که تنها به وجود دولت مربوط می‌شود، محدود گردد و منافع مالی، اقتصادی یا منافع مربوط به حمایت از دولت در برابر هرگونه خطری که به طور جدی به وضعیت داخلی یا خارجی او لطمه وارد می‌کند نیز به عنوان منافع ضروری تلقی می‌شوند.^۲

بند دوم. خطر جدی قریب‌الوقوع

دومین مؤلفه شرایط اضطراری این است که منفعت ضروری در معرض یک تهدید خطری جدی قریب‌الوقوع قرار گرفته باشد (ابراهیم گل، ۱۳۸۹، ۱۶۰). در این مؤلفه ما باید دو موضوع تهدید خطری جدی^۳ و قریب‌الوقوع بودن خطر^۴ را تبیین نمائیم. در خصوص واژه تهدید باید تأکید گردد که خطر باید تهدیدی نسبت به حیات سازمان یافته جامعه محسوب شود، تا بتوان وضعیت را اضطراری توصیف نمود. لذا همانطور که کمیته حقوق بشر در تفسیر عمومی ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان داشت: ...هر ناآرامی یا فاجعه‌ای که حیات ملت را تهدید نکند، وضعیت اضطراری عمومی محسوب نمی‌شود.^۵ البته این بدان معنا نیست که خطر باید تمام دولت را در بر گرفته باشد، تا

واقعیت های عینی حادث شده پس از ۱۹۸۹ به اهداف عهدنامه دست یابند. اما با امتناع مجارستان از اجرای رأی دیوان و شکست طرفین در دستیابی به توافق راجع به نحوه اجرای رأی، اسلواکی در ۱۹۹۸ از دیوان در خواست صدور حکمی دیگر در خصوص نحوه اجرای رأی ۱۹۹۷ کرد.

1. Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. the Slovak Republic), op.cit, para. 63.

2. LG&E Capital Corp, LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSIDCase No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, para. 208-209.

3. Threaten.

4. Imminent Peril.

5. Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), Para.7.



دولت بتواند وضعیت را اضطراری اعلام نماید و اجرای حقوق را به تعویق درآورد، بلکه مهم آن است که وضعیت حادث شده بر کل جامعه تأثیرگذار. این مهم در قضیه لاولس، مورد تأکید دیوان قرار گرفت. در این قضیه دولت ایرلند به دنبال اوج گرفتن فعالیت‌های تروریستی در دهه پنجاه به منظور تسریع بازداشت مظنونین اقدامات تروریستی، اجرای ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را معلق کرده بود؛ که طی آن خواهان دعوا به منظور به چالش کشیدن این تصمیم به دیوان اروپایی رجوع نمود. بر این اساس دیوان در پاسخ به این خواسته چنین حکم کرد: در سیاق کلی ماده ۱۵ کنوانسیون، معنای طبیعی و عرفی عبارت اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند به اندازه کافی روشن است؛ این عبارت به یک وضعیت استثنایی بحرانی یا یک وضعیت اضطراری اشاره دارد که کلیه جمعیت را متأثر می‌سازد و تهدیدی است علیه حیات سازمان‌دهی شده اجتماعی که دولت مرکب از آن می‌باشد. با در نظر داشتن معنای مستقر طبیعی و عرفی این مفهوم، دیوان باید وقایع و اوضاع و احوالی را که منتهی به تصمیم حکومت ایرلند برای صدور اعلامیه ۵ جولای ۱۹۵۷ شد، را بررسی نماید^۱ ...

بنابراین هرگاه در منطقه‌ای از کشور، در نتیجه اقداماتی تروریستی یا ناآرامی‌های داخلی وضعیت فوق‌العاده اضطراری اعلام گردد، دولت نمی‌تواند در کل کشور وضعیت فوق‌العاده اعلام کند. نکته قابل ذکر این است که ارزیابی آنچه تهدید بالقوه نسبت به دولت محسوب می‌شود، امری کاملاً ذهنی است (قربان‌نیا، ۱۳۸۶، ۴۳). عدم تحقق خطر را نباید لزوماً به معنای فقدان خطر واقعی و جدی پنداشت و در نتیجه، اعلام وضعیت اضطراری را نامشروع تلقی نمود. عنصر دوم «قریب الوقوع» بودن خطر می‌باشد. مراد از قریب‌الوقوع روشن است. در این مفهوم خطر لازم نیست بالفعل باشد، خطر بالقوه نیز

۱. دیوان پس از یک بررسی به این نتیجه رسید که وجود یک «اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند» به‌طور معقولی از رفتار حکومت ایرلند که از ترکیب چند فاکتور ذیل به‌دست می‌آید، استنباط می‌شود: در وهله اول، وجود یک ارتش سری در سرزمین جمهوری ایرلند که برای رسیدن به اهدافش به خشونت متوسل می‌شود؛ دوم، این واقعیت که این ارتش در خارج از سرزمین کشور نیز فعالیت کرده و در نتیجه به روابط جمهوری ایرلند با همسایه‌اش شدیداً لطمه وارد می‌کند؛ و سوم، گسترش فزاینده و هشداردهنده فعالیت تروریستی از پاییز ۱۹۵۶ تا نیمه اول سال ۱۹۵۷. جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Lawless v. Ireland, op.cit, Para. 28 "...the words "other public emergency threatening the life of the nation" is sufficiently clear; whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed ..."

کافی است. ماده ۳۰ ضمیمه منشور اجتماعی اروپایی از این ایده حمایت می‌کند که کفایت خطر بالقوه، به این معنا است که واژه در زمان جنگ یا دیگر اضطراری‌های عمومی باید به گونه‌ای تفسیر شود که تهدید به جنگ را نیز شامل گردد (پروست^۱، ۲۰۰۲، ۲۷۳) همچنین دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص عنصر قریب‌الوقوع بودن بیان می‌دارد: این امر مانع از آن نیست که... خطری که در بلند مدت ظاهر می‌شود به محض وقوع آن در زمان مربوطه، قریب‌الوقوع باشد و تحقق آن خطر هر چند هم که بعید باشد، چندان دور از ذهن نمی‌باشد.^۲

بند سوم. تنها راه

در خصوص تنها راه، ماده ۲۵ پیش‌نویس ۲۰۰۱ مقرر می‌دارد اقدامات مورد بحث باید تنها راه حمایت از منفعت ضروری دولت‌های مورد بحث باشد. در خصوص این عنصر ذکر چند نکته لازم به نظر می‌رسد. نخست اینکه در صورتی که راه‌های قانونی دیگری موجود باشد حتی اگر پرهزینه‌تر و مشکل‌تر باشد نمی‌توان به این دفاع استناد نمود (ابراهیم گل، ۱۳۸۹، ۱۶۱) و اینکه واژه راه محدود به اقدام یک جانبه نیست و می‌تواند سایر اشکال رفتار ممکن از طریق همکاری با دیگر دولت‌ها یا از طریق سازمان‌های بین‌المللی را نیز دربرگیرد. لذا در این بین وظیفه دیوان، بررسی موارد فوق برای دستیابی خصوص تنها راه می‌باشد^۳ همچنان که در قضیه CMS نیز بر این نقش محاکم تاکید شده است.^۴

1. provost

2. Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. the Slovak Republic), op.cit, p. 42 , para. 54.

۳. به عنوان مثال در قضیه LG v. Argentina دیوان داوری بیان کرد که «یک بسته بهبود اقتصادی تنها راه پاسخ در برابر بحران بوده است اگر چه ممکن است راههایی برای تهیه یک برنامه بهبود اقتصادی وجود داشته باشد». و یا در قضیه CMS v. Argentina دیوان «تنها راه» را از دیدگاه «یک اقدام» ویژه تعریف می‌کند.

۴. در این قضیه دیوان بیان کرد که «اینکه کدامیک از این سیاستهای جایگزین بهتر خواهد بود تصمیمی است که خارج از قلمرو وظیفه دیوان است. وظیفه دیوان این است که تعیین کند آیا در اینجا تنها یک راه وجود داشته یا راههای متفاوتی وجود داشته و در نتیجه آیا شرط لازم برای رفع وصف متخلفانه برآورده شده است یا خیر.



بند چهارم. صدمه وارد نمودن به منافع ضروری جامعه بین‌المللی

مؤلفه آخر بدین معنا است که رفتار مورد بحث نباید منفعت دولت دیگر و یا دولت‌های مزبور یا جامعه بین‌المللی در کلیت^۱ آن را شدیداً متأثر سازد. به عبارت دیگر منفعت مزبور نه تنها از دیدگاه دولت مرتکب فعل، بلکه طی ارزیابی معقول از منافع قریب، خواه جمعی، باید بر تمامی دیگر ملاحظات تقدم داشته باشد (ابراهیم گل، ۱۳۸۹، ۱۶۱-۱۶۲).

مبحث سوم. دکترین صلاحدید دولت‌ها به عنوان یک استثنا

آنچه که در استفاده از دکترین صلاحدید دولت‌ها می‌بایست مورد توجه قرار گیرد این است که، دکترین تنها در شرایط بسیار استثنائی خاص و آن هم به صورت بسیار محدود نقش بازی می‌کند (کراتوچویل^۲، ۲۰۰۱، ۳۲۴). و این شرایط استثنائی 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 بر استثنائی و موقتی بودن اقدامات صورت گرفته، تأکید نموده است^۳.

البته 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. به عنوان نمونه در خصوص دعاوی ای که به موجب ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون^۴ در دیوان مطرح گردیده است، به دلیل ارزیابی متفاوت دیوان از

۱. عبارت «جامعه بین‌المللی در کل» در قضیه بارسلوناتراکشن مورد استفاده قرار گرفت بدین صورت که در پاراگراف ۳۳ بیان شده است که: «باید یک تمایز اساسی مابین تعهدات دولت‌ها نسبت به کل جامعه بین‌المللی و تعهدات دولت‌ها در مقابل یکدیگر در خصوص حمایت دیپلماتیک قائل شد. ماهیت تعهدات در مقابل کل جامعه بین‌المللی به گونه‌ای است که به لحاظ اهمیتی که دارد، دغدغه تمامی دولت‌ها را بر می‌انگیزد و همه دولت‌ها می‌توانند به منافع حقوقی که در حمایت از این حقوق دارند استناد نمایند. این تعهدات، تعهدات Erga omnes هستند.» جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports, Judgment of 5 February 1970, para. 33.

2. Kratochvíl

3. Brannigan and McBride v. United Kingdom, Judgement of 25 May 1993, Dissenting Opinion of Judge Makarczyk, para 2: ...that the Court accepts the derogation only as a strictly temporary measure...

4. Relying on Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the European Convention on Human Rights.

شرایط هر قضیه، شاهد دو رای متفاوت در خصوص دکترین صلاحدید می‌باشیم. در قضیه گریف هورست دیوان تأکید نمود که دولت‌ها در خصوص ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون از اختیارات برخوردار می‌باشند^۱ همچنین در قضیه گابریک دیوان دکترین صلاحدید قید شده در بالا را ذکر ننمود و حکم به نقض کنوانسیون صادر نمود^۲.

مبحث چهارم. دکترین صلاحدید دولت‌ها و ممنوعیت حجاب

دیوان اروپایی حقوق بشر در چندین پرونده مطروحه در خصوص ممنوع شدن حجاب به بررسی حدود اختیارات دولت‌ها در حوزه آزادی اندیشه و مذهب پرداخته است^۳ که یکی از مطرح‌ترین این پرونده‌ها، پرونده لیلا شاهین می‌باشد. در این قضیه خانم لیلا شاهین مدعی است قواعد مربوط به حجاب در موسسات آموزش عالی ترکیه، حقوق وی را بر اساس ماده ۹ و دیگر مواد^۴ نقض نموده است. بدین جهت ایشان علیه ترکیه دعوی را در تاریخ ۲۱ جولای ۱۹۹۸ مطرح می‌نماید. لازم به ذکر است خانم لیلا شاهین از یک خانواده سنتی مسلمان و دانشجوی سال پنجم پزشکی در دانشگاه استانبول بود که در سال ۱۹۹۸ به خاطر حجاب اسلامی از شرکت در امتحان و ثبت نام در یک درس محروم می‌گردد. همچنین دانشکده، وی را به خاطر نقض قواعد راجع به پوشش یک ترم محروم می‌نماید. پس از محرومیت خانم شاهین از ادامه تحصیل، دیوان اروپایی دعوای ایشان را در سال ۲۰۰۲ مورد پذیرش و رسیدگی قرار داد. در این دو دعوا دیوان تأکید می‌نماید که می‌بایست این موضوع را مورد بررسی قرار دهد که آیا شرایط مورد نیاز برای اعمال دکترین صلاحدید در خصوص ماده ۹ کنوانسیون اروپایی از ناحیه کشور ترکیه رعایت شده است؟ بدین معنا که آیا ضرورتی برای کشور ترکیه جهت محدود کردن ماده ۹ کنوانسیون وجود داشته است و یا خیر؟^۵ در این قضیه دیوان به دلیل ضرورت کشور ترکیه ضمن تأکید بر وجود اختیارات تحت قالب دکترین

1. *Grifhorst v. France*, Application No. 28336/02, judgment of 26 February 2009, para. 83.

2. *Gabrić v. Croatia*, Application No. 9702/04, judgment of 5 February 2009: "... The Court therefore concluded that there had been a violation of Article 1 Protocol 1 to the Convention and awarded Ms Gabrić EUR 10,000 in respect of pecuniary damage and EUR 1,850 for costs and expenses..."

۳. در پرونده‌های *Refah. Dahlab* و...

۴. مواد دیگر کنوانسیون که ایشان مدعی نقض آن شدند عبارت است از: ماده ۸ (حق بر حریم خصوصی)، ماده ۱۰ (آزادی بیان)، ماده ۱۴ (ممنوعیت تبعیض) و ماده ۲ پروتکل اول (حق بر آموزش).

5. *Sahin v. Turkey*, ECHR chamber judgement of 29 June 2004, paras. 66-70.



صلاح‌دید برای کشور ترکیه به تحلیل و بررسی قضیه پرداخت. به طوری که دیوان اروپایی حقوق بشر در این قضیه اعلام نمود که ممنوعیت حجاب در دانشگاه‌های ترکیه، با توجه به شرایط موجود در این کشور و نظام لائیک آن، می‌تواند یک امر ضروری تلقی گردد.^۱ این در حالی است که اولاً دیوان در کمال تعجب تنها به احراز ضرورت کشور ترکیه در ممنوعیت حجاب پرداخته است در شرایطی که آن مرجع قضایی در رویه خود بارها تأکید نموده است آزادی دین و مذهب از استوانه‌های بنیادین جامعه دموکراتیک می‌باشد تا جائی که در بخشی از رأی صادره تأکید می‌نماید که آزادی در حوزه دینی از حیاتی‌ترین عوامل سازنده هویت مؤمنین و شناخت آنان از زندگی است.^۲ ثانیاً مشخص نمی‌باشد در کشوری مانند ترکیه که ترکیب جمعیتی آن مرکب از مؤمنین به چندین مذهب و اکثریت جمعیت آن کشور مسلمان می‌باشند، چگونه اعمال محدودیت در حجاب به منظور آشتی میان گروه‌های مختلف می‌تواند به عنوان اضطرار عمومی تلقی گردد. ثالثاً بیان گردید که جهت اعمال دکترین صلاح‌دید دولت‌ها یک اضطرار عمومی لازم است و احراز این اضطرار عمومی نیاز مبرم به یک سری شرایط دارد. حال سؤال این است به واقع دیوان اروپایی حقوق بشر چگونه توانسته است شرایط اضطرار عمومی را که عبارت است از «۱. بالفعل یا قریب الوقوع بودن؛ ۲. دربرگرفتن آثار آن توسط تمام ملت؛ ۳. تهدید کننده استمرار حیات سازمان‌دهی شده اجتماع؛ ۴. عدم کفایت محدودیت‌های عادی اجازه داده شده توسط کنوانسیون برای حفظ ایمنی عمومی، بهداشت و نظم.» در خصوص موضوع حجاب را احراز و اثبات نموده است.

نتیجه اینکه هر چند دولت‌های عضو کنوانسیون در مواجهه با حقوق مندرج در کنوانسیون دارای اختیار و آزادی عمل تحت قالب دکترین صلاح‌دید می‌باشند، لکن باید تأکید شود صلاح‌دیدهای فراهم شده برای دولت‌ها نامحدود نمی‌باشد. این امر مفید این معنا است که احترام به تصمیمات اتخاذی دولت‌ها به طور مطلق نمی‌باشد و دیوان اروپایی از طریق استانداردهایی^۳ به بررسی اقدامات انجام گرفته دولت‌ها می‌پردازد. در این بین، نکته ای که می‌بایست بیان گردد این است که احکام متناقض در قضیه‌های

1. Ibid, para. 81.

2. Ibid, para. 66.

۳. مانند استاندارد تناسب، ضرورت، هدف مشروع و مطابقت با قانون.

مشابه نگرانی‌هایی را در مورد استانداردهای قضایی مورد استفاده دیوان در پی‌داشته است. چرا که ضابطه‌های استفاده از این استانداردها از ناحیه دیوان مشخص نمی‌باشد.

مبحث پنجم. دکترین صلاحدید دولت‌ها و حقوق اقلیت‌های مذهبی

وجود اقلیت‌های مذهبی واقعیتی است که از قرن‌ها پیش در اغلب سرزمین‌ها وجود داشته است. توجه به حقوق این اقلیت‌ها به عنوان جزئی از حقوق بشر، صرفاً از اوایل قرن بیستم میلادی آغاز شد و با تصویب منشور ملل متحد به اوج خود رسید.^۱ حال آنکه تا قبل از قرن بیست میلادی، حقوق اقلیت‌ها و مخصوصاً اقلیت‌های مذهبی جزء مسائل سیاسی محسوب می‌شد و در صلاحیت انحصاری دولت‌ها قرار داشت. حق برابری با اکثریت، حق برخورداری از آموزه‌های دینی، حق برخورداری از نمادهای اسلامی و نیز تحصیلات و... از جمله حقوقی است که برای اقلیت‌های مذهبی باید در نظر گرفت. همچنین در این دسته از افراد به دلیل فقدان نفوذ سیاسی، ایشان تکیه بر سیستم قضائی می‌نمایند که ممکن است قضات اکثریت، ایشان را تحت سلطه قرار دهند، لذا در این میان سیستم قضایی بین‌المللی، طریقی است که می‌تواند از سوء استفاده‌های احتمالی جلوگیری نماید. نتیجه اینکه در عرصه بین‌المللی و بالاخص در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در صورتی که محاکم قضایی بین‌المللی به اعطای آزادی عمل و اختیار تحت قالب دکترین صلاحدید به دولت‌ها که نماینده اکثریت افراد جامعه می‌باشند، اقدام نمایند و از سویی دیگر موضوع منافع ملی (به معنای منافع اکثریت) اغلب بر محاکم غالب گردد در این صورت اهداف بین‌المللی برای حفاظت از حقوق این اقلیت‌ها خنثی می‌گردد و حقوق این اقلیت‌ها در سطح داخلی دولت‌ها به چالش کشیده می‌شود. بنابراین در صورتی که ریشه دکترین صلاحدید را در احترام به حکومت‌های دموکراتیک بدانیم در این صورت این اختیار، خطر جدی برای حقوق اقلیت‌های مذهبی خواهد بود. که در این حالت ممکن است تصمیم اکثریت باعث محروم شدن یک عده اقلیت از حقوق اساسی‌شان شود (بنونیستی^۲، ۱۹۹۹، ۸۴۷). مشخص است که چنین

۱. منشور ملل متحد دولت‌های عضو را از ایجاد محدودیتهای غیرضروری و سلیقه‌ای باز می‌دارد. بر این اساس، اقلیت‌های موجود در سرزمین‌های دولت‌های عضو در پرتو اصل «عدم تبعیض» و برابری افراد با یکدیگر، در حمایت حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند چنانچه در بند الف ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد نیز مقرر شده کلیه دول عضو، متعهد به رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همه، بدون تبعیض از حیث نژاد، جنس، زبان یا دین خواهند بود.



نتیجه نامشروعی بر خلاف اصول دموکراتیک خواهد بود و در این صورت اجرای دکترین صلاحدید دولت‌ها موجب جلوگیری از نقش اساسی دادگاه‌ها در حل اختلافات اکثریت و اقلیتی خواهد شد (بنونیستی، ۱۹۹۹، ۸۵۰).

مبحث ششم. دکترین صلاحدید دولت‌ها و حق‌های بنیادین بشری

یکی از موضوعاتی که در دکترین صلاحدید دولت‌ها از اهمیت بسیار برخوردار است، حوزه اختیار و آزادی عملی است که دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به هنگام مواجه شدن با هر یک از مواد کنوانسیون اروپایی از آن برخوردار می‌باشند. بسیار طبیعی است که اختیارات دولت‌ها در مواجه با بعضی از حقوق مندرج در کنوانسیون محدودتر از سایر مواد کنوانسیون می‌باشد. در چنین مواقعی دیوان اروپایی حقوق بشر میزان اختیاراتی که مقامات دولت‌ها در هر پرونده از آن برخوردار می‌باشند، را بررسی می‌نماید. بدین جهت دیوان در هر پرونده‌ای، با توجه به موضوع پرونده و نیز شرایط حاکم بر آن نوعی از اختیار صلاحدید که می‌تواند «موسع»^۱ و یا «محدود»^۲ باشد را به آن قضیه اختصاص می‌دهد (ویسر، رید^۳، ۲۰۱۳، ۴۸۳). آنچه که از بررسی مجموع قضیه‌های مطروحه در خصوص تأثیر حق به صلاحدید دولت‌ها بر حق‌های بشری می‌توان بیان داشت، این است که دیوان اروپایی در خصوص حق‌هایی که عنوان حق‌های بنیادین بشری بر آن صدق می‌نماید مانند حق حیات، ممنوعیت شکنجه و ممنوعیت برده داری و کار اجباری، اجازه اعمال صلاحدید به دولت‌های عضو کنوانسیون‌های

۱. با بررسی مجموعه قضیه‌های مورد رسیدگی توسط دیوان اروپایی مشخص می‌گردد که دیوان اروپایی معمولاً در حوزه‌هایی اقدام به اعطاء حق به صلاحدید «موسع» تحت قالب دکترین صلاحدید به دولت‌ها می‌نماید که معمولاً این حوزه‌ها برای حاکمیت کشورها و منافع ملی آنها بسیار حائز اهمیت می‌باشد و به طور سنتی دولت‌ها در داخل کشور خود به بررسی آنها می‌پردازند. این حوزه‌ها عبارتند از ضرورت عمومی، منافع اساسی، حفظ امنیت و نظم عمومی، حمایت از اخلاق و مذهب. لذا در چنین مواقعی دیوان با اعطاء اختیارات موسعی سعی بر احترام گذاری بیشتری به آنها دارد. البته باید توجه داشت این امر بدین معنا نمی‌باشد که، در صورتیکه موضوعات فوق مطرح گردید دیوان حتماً می‌بایست به دولت‌ها حق به ارزیابی موسع اعطاء نماید، بلکه اختصاص این حق به دولت‌ها، به شرایط حاکم بر قضیه و همچنین فاکتورهای دیگری به مانند وجود و یا عدم وجود اجماع، و نیز به هدفی که دولت‌ها برای دخالت در مفاد کنوانسیون در نظر گرفته اند، بستگی دارد، به طوریکه از ۱۰۸ قضیه‌ای که در دیوان در نیمسال اول سال ۲۰۰۹ دکترین را مورد استفاده قرار داده است، تنها در ۳۴ قضیه اختیار و صلاحدید گسترده برای دولت‌ها شناسائی گردیده است و در بقیه قضیه‌ها تنها به دکترین صلاحدید (بدون اینکه همراه با صفتی باشد) اشاره شده است.

2. Narrow Margin of appreciation.

3. Visser, Reid

اروپایی را نمی‌دهند (موبری^۱، ۲۰۱۲، ۶۳۴). به عبارتی دیگر دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی در تفسیر این حق‌ها آزادی عمل نداشته و نمی‌توانند با برداشت‌های خود اقدام به تضییع حقوق افراد ذی‌نفع نمایند؛ هر چند در صورت اعطای اختیارات نیز، دیوان اروپایی با استانداردهای بسیار دقیقی به بررسی قضیه مطروحه پرداخته، و در نهایت این مرجع حق به صلاحدید مضیقی را به دولت‌ها اعطاء می‌نماید.^۲ نتیجه اینکه آزادی عمل و اختیاری برای دولت‌ها در تفسیر حق‌های بنیادین بشری وجود ندارد. به عنوان نمونه دیوان اروپایی به هنگام بررسی قضیه‌های چاهال^۳ و احمد، ضمن ارائه توضیحاتی در خصوص ماهیت مطلق ماده ۳ کنوانسیون اروپایی (منع شکنجه) تأکید می‌نماید دولت در مقابل کسی که به دلیل اخراج، با خطر شکنجه و بدرفتاری مواجه می‌گردد، مسئولیت دارد.^۴ لذا از اعطای اختیارات تحت قالب دکترین صلاحدید، در این موارد خودداری می‌نماید.^۵ همین موضوع در قضیه ضرب آدم^۶ که در ذیل ماده ۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ممنوعیت برده‌داری و کار اجباری) مطرح گردیده بود، مورد بررسی دیوان قرار گرفت. در حالی که در این قضیه دیوان اروپایی حقوق بشر تنها با اعمال اختیارات مضیق موافقت نمود. بر این اساس آنچه در این خصوص حائز اهمیت است، تفاوت رویه‌ای دیوان اروپایی حقوق بشر در برخورد با حق به آزادی مذهبی در جوامع اروپایی می‌باشد. چرا که به موجب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و نیز کنوانسیون‌های آمریکایی حقوق بشر که هر کدام لیست‌های مختلفی از حق‌های بشری را معین می‌کنند؛ لاقلاً چهار حق، مسلماً از قواعد آمره^۷ و حق‌های بنیادین بشری بوده و بنابراین حتی برای دولت‌های غیرعضو

1. Mowbray

۲. البته به نظر می‌رسد، در قضیه‌هایی که در آن دکترین صلاحدید مضیق مورد شناسایی قرار می‌گیرند، می‌توان وجود نقض کنوانسیون را به عنوان پیش‌فرض مورد پذیرش قرار داد. Jan Kratochvil, op.cit, p.351

3. Chahal.

4. Ahmed v. Austria, judgment of 17.12.1996, para. 39: "...and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country..."

5. Chahal v. The United Kingdom, judgment of 15 November 1996, para. 138.

6. ZarbAdami v. Malta, judgment of 20.09.2006..." Thus, the Court adopted an "exception to exception" approach. But such an approach may lead to a narrow reading of Article 4: the compulsory work and services enumerated in paragraph 3 remain entirely outside the scope of that Article..."

7. Jus Cogens.



این سه معاهده نیز غیرقابل عدول می‌باشند؛ این حق‌ها عبارتند از: حق حیات، حق آزادی از بردگی، حق مصون بودن از شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی یا توهین آمیز، و حق آزادی اندیشه و مذهب (جوانی، ۱۳۸۲، ۲۳۷). این در حالی است که همانطور که در قضیه لیلیا شاهین ملاحظه گردید، دیوان اروپایی حقوق بشر برخلاف رویه و بر خلاف قواعد عام حقوق بین‌الملل مبنی بر عدم اعطای اختیارات به دولت‌ها در خصوص حق‌های بنیادین بشری با اعطاء دکتترین صلاحیت به دولت‌ها در خصوص آزادی مذهبی که یکی از نتایج آن حجاب که از جمله ابزار ابراز دین و انجام مناسک دینی می‌باشد، موافقت می‌نماید.

نتیجه‌گیری

حجاب و پوشش از جمله ضروریات دین اسلام و امری واجب است^۱ که اکثر زنان مسلمان به عنوان فریضه‌ای دینی آن را رعایت می‌نمایند. این مهم نه تنها در معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشری مانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشری^۲ تحت قالب حق بر آزادی اندیشه و مذهب مورد تأکید واقع شده بلکه این حق جزء حق‌های بنیادین بشری نیز محسوب شده است. این در حالی است که این حق مهم در بین کشورهای عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نه تنها علی‌رغم تعهد به التزام و رعایت مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۳ به موجب اختیارات حاصل از دکتترین صلاحیت

۱. «یا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَ بَنَاتِكُمْ وَ نِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً» (قرآن کریم، سوره احزاب، آیه ۵۹) و «وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَ لَا يُسْمِنْنَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ لِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَ لَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَ تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (قرآن کریم، سوره نور، آیه ۳۱).

۲. ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: هر کس حق آزادی اندیشه، وجدان و مذهب دارد؛ این حق شامل آزادی تغییر مذهب و یا عقیده، و آزادی ابراز مذهب یا عقیده در پرستش، آموزش، عمل و رعایت، خواه به تنهایی یا به همراه دیگران و بطور عمومی و خصوصی است.

۳. ماده ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: اعضای معظم متعاهد باید برای هر کس که در قلمرو صلاحیت آن قرار دارد، حقوق و آزادیهای مدرج در بخش یکم این کنوانسیون را تامین کنند.

ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی: تمتع از حقوق مقرر در این کنوانسیون باید بدون تبعیض از هر جهت از قبیل جنس، نژاد، رنگ، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصلیت ملی یا اجتماعی، تعلق به اقلیت ملی، ثروت، تولد یا وضعیت دیگری تامین شود.

دولت‌ها نقض می‌گردد، بلکه حق بر ممنوعیت حجاب در بین بعضی از این کشورها به صورت قانون در آمده و به شدت از آن حمایت می‌شود.^۱

البته باید توجه داشت، هر چند در عرصه حقوقی اتحادیه اروپا نگاه به تعهدات مندرج در کنوانسیون اروپایی از زاویه دکتترین صلاحدید دولت‌ها و نقشی که این دکتترین بر این تعهدات دارد، نگاهی نو و تازه است، بدین معنا که این دکتترین، که به معنای اعطای اختیارات و آزادی عمل قانونی به دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی در یک چارچوب مشروع در جهت حفظ منافع ضروری می‌باشد، موجب انعطاف‌پذیری^۲ در پذیرش کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و در نتیجه جلوگیری از تعارض بین منافع ملی دولت‌های عضو و مفاد این کنوانسیون اروپایی در شرایط خاص گردیده است، لکن باید تاکید گردد که به موجب رویه دیوان اروپایی حقوق بشر اعطای این اختیارات به دولت‌ها بدون ضابطه نمی‌باشد. بلکه اعمال این دکتترین منوط به وجود اضطرار عمومی و همچنین عدم اعمال این حق در خصوص حق‌های بنیادین بشری است که یکی از مصادیق این حقوق بنیادین حق بر آزادی مذهب می‌باشد. به بیان دیگر حق به صلاحدید، در خصوص مسئله حجاب که یکی از جنبه‌های خاص حق به آزادی مذهبی^۳ و نیز به عنوان یکی از حق‌های بنیادین بشری به رسمیت شناخته شده است، اصولاً نباید اعمال گردد. چرا که بر اساس موازین حقوق بشری هر انسانی از حق آزادی مذهبی برخوردار است، این حق شامل اظهار عقیده و ایمان، تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی به نحو فردی یا جمعی، خصوصی یا عمومی و نیز داشتن حجاب خواهد بود. لذا هر دین و مذهبی علاوه بر اندیشه و اعتقادات درونی خود، حقی بر اظهار دین به شیوه‌های مختلف از جمله حجاب که جنبه بیرونی داشته و در اجتماع نمود و ظهور دارد، خواهد داشت. در این چارچوب است که اعمال محدودیت در خصوص حجاب، مستقیماً حق بر آزادی مذهبی را نقض می‌نماید و با هویت دینی مسلمانان در تعارض می‌باشد.

۱. این در حالی است که همانطور که بیان گردید دکتترین صلاحدید دولت‌ها تنها می‌بایست به عنوان یک استثناء مورد استفاده دولت‌ها قرار گیرد.

2. Flexibility

۳. لازم به ذکر است در رأی کوکیناکیس دیوان اروپایی ضمن تأکید بر اهمیت آزادی اندیشه، وجدان و مذهب اظهار داشت که آزادی دین و مذهب یک حق متعالی براس افراد به شمار می‌رود و حتی غیر معتقدین نیز شایسته احترام هستند. جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به: Kokkinakisv. Greece judgment of 25 May 1993, para 60



در این بین، برخورد دوگانه دیوان اروپایی حقوق بشر با موضوع حجاب که از نمونه‌های ابراز عقیده و آیین محسوب می‌شود، و اعطای صلاحدید به دولت‌ها در این زمینه و دیگر موضوعات مشابه تا حدی است که عده‌ای نگرانی‌هایی در خصوص سوء استفاده از آزادی عمل و اختیار اعطاء شده به دولت‌ها تحت قالب دکترین صلاحدید را مطرح نموده و تاکید می‌نمایند دکترین صلاحدید در واقع جعبه سیاهی است (براوچ^۱، ۲۰۰۴، ۱۳۳) که از اتفاقاتی که در درون آن می‌افتد چیزی مشخص نمی‌باشد (کراتوچویل^۲، ۲۰۱۱، ۳۴۸).

منابع

الف. کتب و مجلات فارسی

- ابراهیم گل، علیرضا (۱۳۸۹). *مسئولیت بین‌المللی دولت متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، چاپ دوم، شهر دانش.
- جوانی، مارگریت (۱۳۸۲). *آزادی‌های بنیادین بشری در اسناد بین‌المللی، کانون وکلاء*، شماره ۱۸۰ و ۱۸۱، بهار و تابستان.
- دلوری، رضا (۱۳۷۸). *فرهنگ لغات و اصطلاحات علوم سیاسی و روابط بین‌الملل*، چاپ اول، دلوری.
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۶). *تعلیق اجرای حقوق بشر در شرایط اضطراری، فقه و حقوق*، سال سوم، شماره ۱۲، بهار.
- معین، محمد (۱۳۸۳). *فرهنگ فارسی معین*، جلد ۲، امیر کبیر.
- نیوجنت، نیل (۱۳۸۴). *سیاست و حکومت در اتحادیه اروپا*، ترجمه محسن میردامادی، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی.
- قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۷۹). *دیوان جدید اروپایی حقوق بشر، حقوقی*، شماره ۲۵، بهار.

ب. کتب و مجلات انگلیسی

- Benvenisti, Eyal, (1999), Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards, *New York University Journal of International Law And Politics*, Vol. 31.
- Brauch, Jeffrey A., (2004), The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, No. 1.
- Charles Yourow, Howard, (1996), *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer.
- Greer, Steven, (2000), *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg.
- Jaime, Oraa, (1992), *Human right in States of Emergency in international*, Oxford, Clarendon.
- Jonas, Christoffersen, (2009), *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primaty in the European Convention on Human Rights*, MartinusNijhoff.
- Kratochvil, Jan, (2011), The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3
- Laura, Cram, (1996), *Europen Union- Power and Policy Making*, London.
- Macdonald, R.St.J., (1993), *The Margin of Appreciation*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, MartinusNijhoff.
- Merrills, J.G., (1993), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press.
- Mowbray, Alastair, (2012), *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- Pinto, Monica, (2006), National and International Courts-Deference or Disdain, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 30.
- provost, Rene, (2002), *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press
- Schill, Stephan, Robyn Briese, (2009), Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 13
- Takahashi, Yutaka Arai, (2002), *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia.
- Tümay, Murat, (2008), Margin of AppreciationDoctrin Develop by the Case Law of The European Court of Human Rights, *Ankara Law Review*, Vol. 5 ,No. 2.



Visser, Danie, Elspeth Reid, (2013), *Private Law and Human Rights*, Edinburgh University Press.

ج. آراء (Table of cases)

Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports, Judgment of 5 February 1970.

Brannigan and McBride v. United Kingdom, Strasbourg Judgement of 25 May 1993

Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. the Slovak Republic), I.C.J., 1997, para 40- 41.

Gabrić v. Croatia, Application No. 9702/04, Strasbourg Judgment of 5 February 2009.

Grifhorst v. France, Application No. 28336/02, Judgment of 26 February 2009.

Handyside v. United Kingdom, Series A No. 24, Judgement of 7 December 1976.

LG&E Capital Corp, LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSIDCase No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006

Netherlands v. Greece (Greek case): European Commission of Human Rights: Report Strasbourg, Judgment of 18 November 1969.

Greece v. United Kingdom, App. No. 176/56, Y.B. Eur 1958-9.

Lawless v. Ireland, 1958-9 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 308, Eur. Comm'n on H.R.

Ireland v United Kingdom, Judgment of 18 January 1978.

Kokkinakisv. Greece, Strasbourgjudgment of 25 May 1993.

Ahmed v. Austria, Strasbourg judgment of 17.12.1996.

Sahin v. Turkey, ECTHR chamber Judgement of 29 june 2004.

ZarbAdami v. Malta, Judgment of 20.09.2006.

Chahal v. The United Kingdom, Strasbourg judgment of 15 November 1996.

د. برخی اسناد دیگر (Some Other Instruments)

Documents of the Thirty-Second Session (1980), 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 14, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1).

Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc.

J. Crawford, "Second Report on State Responsibility", UN General Assembly, International Law Commission, 51st Session, Geneva, 23 July 1999, A/CN.4/498/Add2.

Relying on Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the European Convention on Human Rights.

Second Report on State Responsibility: Addendum, Int'l L. Comm'n, 51st Session, at 30, U.N. Doc. A/CN.4/498/Add.2 (1999).