

نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری

محسن محبی *

اسماعیل سماوی **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/cilamag.2018.31672

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۳/۲۲

چکیده

تأمین دو ضرورت ثبات و پویایی در هر نظام حقوقی، مستلزم وجود قواعدی است که از طرفی دارای ثبات و صلابت بوده و با ذوق و سلیقه افراد قابل تغییر نباشند و از طرف دیگر بتوانند در مواجهه با وقایع عینی دنیای خارج و مقتضیات اجتماعی تغییر نموده، کارآیی نظام حقوقی را حفظ کنند. مراجع قضایی بین‌المللی در جریان رسیدگی به دعاوی، با تفسیر اصول و قواعد حقوقی، حقیقت قاعده یا اصل حقوقی ذی‌ربط را شناسایی و بر موضوع هر دعوا تطبیق می‌دهند و بدین‌سان نیازهای حاصل از تحولات اوضاع و احوال بین‌المللی را برآورده می‌کنند. دیوان اروپایی حقوق بشر که کارکرد اصلی آن، رفع اختلاف‌های ناشی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است، در برخی موارد با به‌کارگیری روش تفسیر ایستا در مقابل تفاسیر پویا، بر مفاد کنوانسیون پافشاری کرده است و در مواردی نیز با توجه به ساختار جامعه اروپایی، اقدام به تفسیر تکاملی و پویای مقررات کنوانسیون مذکور نموده است. دیوان مورد بحث در بیشتر موارد با استناد به مفهومی به نام کنسانسوس اروپایی به تفسیر پویای کنوانسیون مذکور پرداخته و به نیازهای حادث پاسخ داده است. این روش با موافقت‌ها و مخالفت‌های گوناگون از سوی دکتربین مواجه شده است.

دیوان اروپایی حقوق بشر با تفسیر پویای کنوانسیون حقوق بشر اروپا، هم قصد و اراده دولت‌ها به‌عنوان عنصر اصلی تحول قواعد و تعهدات در حقوق بین‌الملل را مد نظر قرار داده است و هم، ضرورت

* نویسنده مسئول، استادیار دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران
sd.mohebi@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران شمال
hamids55@yahoo.com

ابراز اراده صریح دولت‌ها برای قبول این تحولات را از میان برده است و قواعد حقوق بشر مندرج در کنوانسیون مذکور را با تغییر مقتضیات روز و واقعیت‌های اجتماعی تکامل یافته، هماهنگ نموده است.

واژگان کلیدی

تفسیر معاهدات، تفسیر پویا، تفسیر ایستا، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دیوان اروپایی حقوق بشر، کنسانسوس اروپایی

مقدمه

بی‌شک، معاهدات بین‌المللی یکی از مهم‌ترین منابع تنظیم‌کننده روابط تابعان حقوق بین‌الملل به حساب می‌آیند و به دلیل ثبات و وضوحی که در مقام اثبات تعهدات دارند، از جایگاه ویژه‌ای در حقوق بین‌الملل برخوردارند و این اسناد بین‌المللی، نماد اراده تابعان مذکور است و نشان‌دهنده قصد مشترک طرفین و منعکس‌کننده چشم‌انداز زمان انعقاد معاهده است.^۱ به همین دلیل است که تفسیر پویای معاهدات از اهمیت زیادی برخوردار بوده و رویه نهادهای قضایی بین‌المللی حاکی از تمایل آن‌ها به استفاده از این شیوه تفسیری است. در معاهدات دارای صبغه حقوق بشری، اهمیت این نکته از آن رو بیشتر است که این دسته از معاهدات در فضایی متفاوت منعقد شده و توسعه می‌یابند و بالطبع، نگاه به آن‌ها متفاوت از سایر معاهدات بین‌المللی است.^۲ از نظر محاکم بین‌المللی و دکتترین حقوقی، برخی از معاهدات به دلیل ویژگی منحصر به فرد خود، باید با نگاه ویژه‌ای تفسیر شوند، بخصوص زمانی که مسئله تغییر وضعیت یا مفهوم عبارت‌ها در گذر زمان مطرح باشد.

در معاهدات حقوق بشری این موضوع، بیشتر به ماهیت خاص معاهده مربوط است و بازتاب آن را بیش از هر جای دیگر، در دیوان اروپایی حقوق بشر^۳ می‌توان دید؛ آنجا که در مقام بیان جایگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،^۴ آن را «سندی برای حراست از انسان» معرفی می‌کند.^۵

۱. محبی، محسن و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص

کشتیرانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

۲. در این خصوص، ن. ک: سیدمحمدقاری سیدفاطمی؛ «معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت»، *مجله حقوقی*، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۸، ۱۳۸۲.

3. European Court of Human Rights

4. European Convention on Human Rights

5. *Soering v. UK*, European Human Rights Reports, 1989, para. 87.

در این قضیه، دیوان اروپایی حقوق بشر، حکم کرد استرداد فردی آلمانی که در ایالات متحده آمریکا متهم به قتل عمد و مستحق مجازات اعدام بود، مغایر ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (در خصوص ممنوعیت رفتارهای غیرانسانی و تحقیرکننده) است.

❖ ۹ نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری

دیوان مذکور در قضیه سورینگ علیه بریتانیا بر این ماهیت ویژه تأکید می‌کند و بیان می‌دارد: «در تفسیر کنوانسیون [اروپایی حقوق بشر] باید به ماهیت ویژه آن به‌عنوان معاهده برای اجرای جمعی آزادی‌های اساسی و حقوق بشر توجه شود».^۶ بر اساس نظر دیوان، نتیجه این ویژگی‌های منحصر به فرد، تفسیر مؤثر^۷ کنوانسیون را امری اجتناب‌ناپذیر می‌کند^۸ که ضرورتاً باید به‌عنوان «سندی زنده»^۹ مد نظر قرار گیرد.^{۱۰}

می‌توان تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری را در آرای محاکم بین‌المللی مختلف یافت. از زمان ظهور این روش تفسیری در رأی پرونده تایرر،^{۱۱} این شیوه تفسیر، عنصری کلیدی برای تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۱۲} در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر شده است.^{۱۳} سایر محاکم قضایی بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، دیوان امریکایی حقوق بشر، کمیته حقوق بشر سازمان ملل، دادگاه بین‌المللی حقوق دریا و رکن تجدیدنظر سازمان تجارت جهانی نیز در رسیدگی و اتخاذ تصمیم در دعاوی که نزد آن‌ها مطرح شده از شیوه تفسیر پویا استفاده کرده‌اند.^{۱۴}

همچنین حقوق‌دانانی که مایل‌اند بر مفاهیم، اصطلاحات، هدف و موضوع یا قصد متعاهدین در معاهده، به‌عنوان مبنایی برای تحول قواعد آن تأکید کنند، تفسیر پویا را قبول دارند. البته در میان نظریه‌های حقوقی، مخالفت‌هایی نیز با این روش نیز دیده می‌شود؛ با این استدلال که تفسیر پویا «یکی از اختلافی‌ترین و بحث‌برانگیزترین موضوع‌ها در تفسیر معاهدات است». بدین ترتیب، مطابقت آن با مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ (و در نتیجه، حقوق بین‌الملل عرفی)

6. *Ibid.*

7. Effective Interpretation

8. *Ibid.*

9. Living Instrument

10. *Loizidou v. Turkey*, European Human Rights Reports, 1995, para. 71.

این پرونده، مربوط به پناهندگانی بود که آرزوی بازگشت به سرزمین خود را داشتند. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر حکم داد که خانم *تیتینا لوئیزیو* و سایر پناهندگان مورد بحث، حق دارند که به سرزمین مادری خود بازگردند و اموال خود را دوباره صاحب شوند. بدین ترتیب، دیوان اعلام کرد که ترکیه، حقوق خانم *لوئیزیو* را نقض کرده است و باید خسارات او را جبران کند.

11. *Tyrer v. The United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1978, para. 31.

این پرونده در ادامه به تفصیل بررسی خواهد شد.

12. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

13. Robin CA White and Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford University Press, 2010, p. 64.

14. Helmersen, Sondre Torp, "Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions", *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, Issue 1, 2013, pp. 127-148.

مورد تردید است. در این خصوص، روش‌شناسی محاکم بین‌المللی و همچنین درستی این مفهوم از حیث هنجاری نیز مورد انتقاد قرار گرفته است.^{۱۵}

ممکن است کنوانسیون اروپایی حقوق بشر همانند هر سند حقوقی دیگری ابهاماتی داشته باشد. در رفع این ابهام‌ها مقررات کنوانسیون باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که معنای صحیح آن کاملاً منطبق با متن و روح کنوانسیون باشد. روش‌ها و اصول تفسیر نیز مشتمل بر قواعد و اصول گوناگونی است که نیل به این منظور را امکان‌پذیر می‌سازد. بررسی اکثر قضیه‌هایی که با موضوع نقض حقوق مورد حمایت کنوانسیون اروپایی در دیوان اروپایی حقوق بشر مطرح شده است نشان می‌دهد که هریک از دولت‌های طرف معاهده، تفسیر و برداشت خاص خود را از حقوق و آزادی‌های اساسی مندرج در آن کنوانسیون دارد. دیوان اروپایی در مواجهه با تفسیرهای متفاوت، به اصول و قواعد مختلفی متوسل شده است و با توجه به موضوع دعوا و با توسل به این قواعد در پرتو اصول کلی تفسیر مندرج در مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین، به تفسیر حقوق مندرج در کنوانسیون می‌پردازد.^{۱۶}

15. Dawidowicz, Martin, "The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica vs. Nicaragua", 2011, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, pp. 221-222.

۱۶. ماده ۳۱: قاعده کلی تفسیر: ۱. هر معاهده باید با حسن‌نیت و بر اساس معنای عادی و متداولی که به اصطلاحات معاهده در سیاق آن‌ها داده می‌شود و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر شود. ۲. در تفسیر هر معاهده، سیاق علاوه بر متن که شامل مقدمه و ضمیمه می‌شود، مشتمل است بر: الف) هر توافق مرتبط با معاهده که به مناسبت انعقاد معاهده میان همه طرف‌های معاهده به وجود آمده باشد؛ ب) هر سندی که به مناسبت انعقاد معاهده، یک طرف یا تعدادی از طرف‌های معاهده آن را تنظیم کرده و دیگر طرف‌های معاهده، آن را همچون سندی مرتبط با معاهده پذیرفته باشند. ۳. علاوه بر سیاق معاهده، به عوامل زیر نیز توجه خواهد شد: الف) هرگونه توافق بعدی که درباره تفسیر معاهده یا اجرای مقررات آن میان طرف‌های معاهده حاصل شود؛ ب) هر رویه‌ای که بعداً برای اجرای معاهده اتخاذ شود و دلالت بر آن داشته باشد که درباره تفسیر معاهده، توافقی میان طرف‌های معاهده به وجود آمده است؛ ج) هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط میان طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد. ۴. هر اصطلاح در معنای خاصی به کار برده خواهد شد، در صورتی که ثابت شود قصد طرف‌های معاهده چنین بوده است. ماده ۳۲ وسایل مکمل تفسیر: می‌توان به وسایل مکمل تفسیر، خصوصاً کارهای مقدماتی و اوضاع و احوالی که معاهده در آن‌ها انعقاد یافته است متوسل شد هرگاه غرض آن باشد که معنای به‌دست‌آمده از اجرای ماده ۳۱ تأیید شود یا آنکه معنای معاهده مشخص شود و این در صورتی است که تفسیر حاصل از اجرای ماده ۳۱: الف) معنایی دوپهلوی یا مبهم به دست دهد یا ب) به نتیجه‌ای رهنمون شود که آشکارا ناموجه و غیرمعقول باشد. ماده ۳۳ تفسیر معاهداتی که به دو یا چند زبان اعتبار دارند: ۱. هرگاه معاهده‌ای به دو یا چند زبان اعتبار داشته باشد، متن آن در هر یک از آن زبان‌ها سندیت دارد مگر آنکه معاهده ترتیب دیگری مقرر کند یا آنکه طرف‌های معاهده توافق کنند که در صورت بروز اختلاف، متن معینی بر دیگر متن‌ها اولویت داشته باشد. ۲. متن معاهده به زبانی غیر از زبان‌هایی که متن با آن‌ها اعتبار یافته است معتبر نیست مگر آنکه معاهده چنین پیش‌بینی کند یا طرف‌های معاهده در این باره به توافق برسند. ۳. اصل آن است که اصطلاحات معاهده در متون معتبر مختلف دارای معنایی واحد باشند. ۴. بجز در مواردی که بر اساس بند ۱، متنی معین بر سایر متون اولویت پیدا کند، هرگاه مقایسه متون معتبر، نشان‌دهنده اختلاف معنایی باشد که با اعمال مواد ۳۱ و ۳۲ قابل رفع نباشد، آن معنایی پذیرفته خواهد شد که با توجه به موضوع و هدف معاهده، این متون را بهتر به هم نزدیک کند.

در پرتو همین قواعد عام تفسیر است که گفته می‌شود دیوان می‌تواند مفاد کنوانسیون را با توجه به نیازها و ضرورت‌های زمان اجرای آن تفسیر کند. به عبارت دیگر، اینکه کنوانسیون توجه به رویه و توافق‌های بعدی دولت‌ها و هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل را به‌عنوان ابزار تفسیر شناخته است بهترین دلیل است برای توجیه اینکه کنوانسیون، پابندی مطلق به مفاهیم زمان انعقاد معاهده را در نظر نداشته و تفسیر پویا بر اساس تحولات آتی را نیز پذیرفته است.^{۱۷}

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، سندی است که مفاهیم مندرج در آن، دائماً در حال تغییر و تکامل است. بنابراین دیوان به‌هیچ‌وجه نمی‌خواهد در مواجهه با مسائل و موضوع‌های روز، برداشتی را از مقررات آن ارائه کند که شش دهه پیش مورد قبول متعاهدین بوده است.

باین‌حال، نباید تفسیر پویا را تفسیر دل‌خواهی دانست که به دیوان اجازه می‌دهد تا با استناد به آن و به بهانه حفظ پویایی مقررات کنوانسیون، به اساس و ثبات معاهده خدشه وارد کند. در واقع، دیوان اروپایی حقوق بشر همواره تلاش کرده که میان پویایی و ثبات در کنوانسیون، توازن ایجاد کند.

دیوان مذکور با برقراری این توازن، هم‌زمان به دو هدف دست پیدا می‌کند: اول، حقوق مورد حمایت در کنوانسیون را به نحوی مؤثر و کارآمد حفظ می‌کند؛ دوم، پذیرش و اجرای آرای دیوان توسط محاکم داخلی دولت‌های عضو را تضمین می‌کند. تفسیر پویای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ابزاری است که معنای حقوق مندرج در کنوانسیون را مؤثر و روزآمد نگه می‌دارد و استناد و اتکا به کنسانسوس اروپایی،^{۱۸} این امکان را فراهم می‌کند که آرای دیوان از پیش‌بینی‌پذیری لازم بر اساس شرایط موردنظر و قبول کشورهای اروپایی برخوردار باشد. این کنسانسوس، پاسخ مناسبی است به چالش مشروعیتی که نسبت به تفسیر پویا مطرح شده است.

17. Brems, Eva, "Evans v. UK: Three Grounds for Ruling Differently" (December 29, 2016). In: Forthcoming, Stijn Smet and Eva Brems (eds), *Conflicts of Rights at the European Court of Human Right*, Oxford University Press, 2017, pp. 23-24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2891312>.

18. European Consensus

آیین کنسانسوس در معنای عام، روشی مبتنی بر مذاکره است که باید منجر به عدم مخالفت شود، بدون آنکه نیاز به اعلام موافقت باشد. در مورد معادل‌سازی Consensus تلاش‌های زیادی از سوی متفکران حقوق بین‌الملل صورت گرفته است. برخی معادل این عبارت را «اجماع» می‌دانند؛ برخی نیز از عبارت «وفاق عام» استفاده می‌کنند درحالی‌که به نظر می‌رسد هیچ‌یک از این موارد، معادل دقیقی برای عبارت مذکور نیست چه آنکه می‌توان وجود اعتراض را در این آیین، فرض کرد. به عبارت دیگر، در کنسانسوس اعتراض فقط نباید به صورت رسمی ابراز شود. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ن.ک: ابراهیم بیگ‌زاده؛ *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، چاپ چهارم، مجد، ۱۳۹۴، ص ۲۰۶.

۱. کنسانسوس اروپایی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و ارتباط آن با

تفسیر پویا

مفاهیم تفسیر پویا و کنسانسوس اروپایی در پرونده‌های متعددی توأمأً مورد توجه دیوان اروپایی حقوق بشر قرار گرفته است. در مواردی، کنسانسوس اروپایی، نشانه تحول و تکامل مقررات و عبارات کنوانسیون قلمداد شده است^{۱۹} و در مواردی، عدم حصول کنسانسوس، مانع از این شده که دیوان اروپایی به تفسیر پویا متمسک شود.^{۲۰}

۱-۱. حدود تفسیر پویا در دیوان اروپایی حقوق بشر

تفسیر پویا روش تفسیری است که امکان انعطاف در تفسیر مقررات را برای دیوان اروپایی حقوق بشر فراهم می‌آورد و نتیجه آن، حفظ حقوق حمایت‌شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و پروتکل‌های آن است. در واقع، هدف از تفسیر پویا، کشف اراده جدید طرفین معاهده است که مفسر آن را کشف می‌کند و به معاهده، حیاتی تازه، متناسب با نیازهای حادث می‌بخشد. به این ترتیب، اگر تغییرات اجتماعی مهمی در جامعه اروپایی رخ دهد، رویه قضایی سابق نیز باید هماهنگ با آن متحول شود. دیوان، تفسیر پویای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را با این تعبیر که کنوانسیون یک «سند زنده است» و باید در پرتو «شرایط حال حاضر» تفسیر شود، تأیید کرده است.^{۲۱}

دیوان اروپایی برای اولین بار در قضیه *تایر علیه بریتانیا* از مفهوم تفسیر پویا استفاده کرد. در این قضیه، دیوان با این سؤال مواجه شد که آیا تنبیه بدنی در مدارس، نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محسوب می‌شود یا نه؟ از نظر دیوان:

19. *Micallef v. Malta*, European Human Rights Reports, 2010, para. 78.

در این پرونده که به ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (حق بر دادرسی منصفانه) اختصاص داشت، دیوان اروپایی حقوق بشر به شرایط لازم برای صدور اقدامات تأمینی پرداخت. در این خصوص، به نظر دیوان باید دو شرط موجود باشد تا بتوان دست به اقدامات تأمینی زد: نخست، حقی که در خطر نادیده‌انگاشته شدن است باید مربوط به امری «مدنی» در معنایی که کنوانسیون تعیین کرده است باشد. دوم، باید ماهیت اقدامات مذکور از جهت موضوع و هدف و همچنین آثار آن به‌دقت بررسی شود.

20. *Vo v. France*, European Human Rights Reports, 2005, para. 82.

مسئله مطرح‌شده در قضیه مذکور این بود که آیا فرزندی که هنوز متولد نشده است، دارای حق حیات در معنای مندرج در ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هست یا نه. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر با بیان اینکه دولت فرانسه به دلیل عدم جرم‌انگاری سقط غیرارادی جنین، ناقض کنوانسیون مذکور تلقی نمی‌شود، پاسخ صریحی به این سؤال نداد و صرفاً بیان داشت که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه موجود در مورد آن، هیچ حکمی در خصوص این ندارد که شاید در مواردی خاص بتوان ماده ۲ را به فرزندان که هنوز متولد نشده‌اند نیز گسترش داد.

21. *Tyrer v. v. the United Kingdom*, *op. cit.*, para. 183.

«کنوانسیون، یک سند زنده است که باید در پرتو شرایط حال حاضر تفسیر شود. ... دیوان نمی‌تواند از توسعه استانداردهای پذیرفته‌شده مشترک میان دولت‌های عضو شورای اروپا تأثیر نپذیرد...»^{۲۲}

در قضیه تایرر دیوان می‌بایست مشخص کند که آیا مجازات بدنی کودکان، مشمول ممنوعیت مندرج در ماده ۳ کنوانسیون هست یا نه؟ طبق این ماده: «هیچ‌کس نباید تحت شکنجه، رفتار یا مجازات‌های غیرانسانی یا تزدیلی قرار گیرد». شاکی معتقد بود که اعمال مجازات بدنی، یک عمل تحقیرکننده و ناقض ماده ۳ کنوانسیون است. استدلال دولت بریتانیا این بود که تنبیه بدنی، تحقیرکننده نیست زیرا این تنبیه، مبتنی بر عقیده عمومی و عرف رایج در این کشور است.^{۲۳} دیوان معتقد بود که پذیرش عمومی تنبیه بدنی نمی‌تواند به‌عنوان معیاری در تشخیص تحقیرکننده بودن یا نبودن آن، در نظر گرفته شود چرا که افکار عمومی، جایی مؤثر است که در قالب قوانین مدون بیان شده باشد. به عقیده دیوان، از آنجایی که کنوانسیون، یک سند زنده است در بررسی اینکه یک مجازات خاص طبق ماده ۳، تحقیرکننده محسوب می‌شود یا نه، باید به شرایط و اوضاع و احوال روز مراجعه کرد.^{۲۴} در همین زمینه، دیوان به تحولات و ضوابط و رویه‌های مشترکی اشاره می‌کند که در چند سال گذشته در فرایند سیاست کیفری دولت‌های عضو شورای اروپا ایجاد شده‌اند.^{۲۵} به نظر دیوان، ماهیت و طبیعت مجازات بدنی، خشونت فیزیکی یک فرد نسبت به فردی دیگر است^{۲۶} و این خشونت، تعرض به شأن فرد و حرمت و ارزش جسمی اوست که مشخصاً و به‌صراحت، مورد حمایت ماده ۳ کنوانسیون قرار گرفته است.^{۲۷} دیوان با این استدلال، تنبیه بدنی کودکان را واجد این اوصاف دانسته و در نتیجه، آن را ناقض ماده ۳ کنوانسیون می‌داند. دیوان در نهایت حکم داد که تنبیه بدنی، عملی تزدیلی و بنابراین ناقض کنوانسیون اروپایی است. پس از قضیه تایرر، دیوان به استفاده از دکترین تفسیر پویا در گستره وسیعی از حقوق مندرج در معاهده ادامه داد که از جمله آن، ماده ۳ کنوانسیون در خصوص منع شکنجه،^{۲۸} ماده ۶ در خصوص حق بر دادرسی عادلانه،^{۲۹} ماده ۵ دائر بر حق آزادی و

22. *Ibid.*, para. 183.

23. *Ibid.*, para. 31.

24. *Ibid.*, para. 30.

25. George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 298-299.

26. *Tyrer v. v. United Kingdom*, *op. cit.*, para. 33.

27. Letsas, *op. cit.*, p. 299.

28. *Soering v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1989, para. 104.

29. *Kress v. France*, European Human Rights Reports, 2001, para. 70

این پرونده مربوط به شکایت کرس از دولت فرانسه در مورد ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (در مورد حق بر دادرسی منصفانه) است. در این قضیه، خواهان مدعی بود که حضور مأموران دولتی فرانسه در جلسه دادرسی او، مصداق دادرسی

امنیت،^{۳۰} ماده ۸ در مورد حق بر حریم خصوصی^{۳۱} و ماده ۱۴ در خصوص ممنوعیت تبعیض^{۳۲} هستند.

دیوان در قضیه *ماتئوس علیه انگلستان*^{۳۳} در مقام تبیین قابلیت اعمال حق انتخابات آزاد مندرج در ماده ۳ پروتکل شماره ۱ در انتخابات پارلمان اروپایی، به اصل سند زنده استناد کرد. موضوع این پرونده، انتخابات پارلمان اروپایی و اعمال حق برگزاری انتخابات آزاد و حق رأی‌دادن به‌موجب کنوانسیون اروپایی و ماده ۳ پروتکل شماره ۱ در این انتخابات بود. دیوان در این پرونده اعلام کرد که کنوانسیون، یک سند زنده است و باید در پرتو شرایط و اوضاع‌واحوال روز جامعه

غیرمنصفانه بوده و بنابراین، ناقض ماده ۶ کنوانسیون است. درنهایت، دیوان اروپایی حقوق بشر با پذیرفتن ایراد خواهان، فرانسه را به نقض دادرسی منصفانه محکوم کرد.

30. *Stafford v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 2002, para. 68.

مبتنی بر گزارش‌های دیوان اروپایی حقوق بشر، شخصی به نام *استانفورد* به اتهام قتل از سال ۱۹۶۷ محکوم به حبس ابد می‌شود اما در سال ۱۹۷۹ آزاد می‌شود. سپس وی به دلیل کلاهبرداری دوباره محکوم به حبس می‌شود و این بار پس از تمام‌شدن مدت حبس، مجازات او به حکم هیئت ممیزی به مجازات قبلی بازگشت می‌کند. بنابراین در این پرونده، آقای *استانفورد* به‌عنوان خواهان، مدعی بود که بریتانیا حق او مندرج در مواد ۵ (۱) و ۵ (۴) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نقض کرده است زیرا کشور مذکور با صدور حکم غیرقانونی در مورد تداوم حبس او، حق وی برای تجدیدنظر در مورد مجازاتش را از او سلب کرده است. درنهایت، دیوان اروپایی حقوق بشر به دلیل اینکه هیئت مذکور، حق چنین کاری را نداشته است، با محکوم‌کردن بریتانیا، حکم به آزادی *استانفورد* صادر کرد.

31. *Societe Colas Est and Others v. France*, European Human Rights Reports, 2004, para. 43.

در این پرونده، خواننده مدعی بود که دولت فرانسه با وضع قانون ممنوعیت استفاده از حجاب صورت در مکان‌های عمومی، ناقض ماده ۸ (حق بر حریم خصوصی) و ماده ۹ (حق آزادی انتخاب مذهب) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است. در این میان، دولت فرانسه مدعی بود از آنجاکه خواهان، ابتدا در محاکم داخلی فرانسه موضوع را پیگیری نکرده است، دعوی او غیرقابل پذیرش است. با این حال، دیوان اعلام کرد که دیوان عالی فرانسه، این قانون را ناقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ندانسته است، بنابراین، دعوی خواهان، قابل پذیرش است. البته درنهایت، دیوان اظهار داشت از آنجاکه قانون مذکور برای حفظ نظم عمومی و بر حسب ضرورت وضع شده است، مغایر با مواد ۸ و ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیست.

32. *Dudgeon v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1981, para. 61.

در این پرونده، دیوان اروپایی حقوق بشر اعلام کرد بخش یازدهم قانون اصلاحی حقوق کیفری ۱۸۸۵ که به جرم‌انگاری اعمال هم‌جنس‌گرایانه مردان در انگلستان، ولز و ایرلند شمالی پرداخته است، ناقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محسوب می‌شود.

33. *Matthews v. UK*, European Human Rights Reports, 1999.

در این پرونده، گروهی تحت عنوان *جبل الطارقین (Gibraltarians)*، از اقوام نزدیک به سرزمین بریتانیا، که بر اساس معاهده انضمام بریتانیا، شهروند اتحادیه اروپا محسوب می‌شوند، از حق رأی‌دادن در انتخابات پارلمان اروپا محروم شدند. دولت بریتانیا در این خصوص اعلام کرد که نتوانسته است ترتیبات حقوقی لازم را برای احراز این حق تصدیق کند و به این دلیل، تصمیم به چنین اقدامی گرفته است. بر همین مبنا خواهان ادعا کرد که حق این اقوام در خصوص حق رأی و مشارکت سیاسی، مندرج در ماده ۳ پروتکل شماره ۱ نقض شده است. درنهایت، دیوان اروپایی حقوق بشر، ادعای نقض ماده یادشده را پذیرفت و به همین دلیل، پس از صدور رأی دیوان، این اقوام، مشمول حوزه انتخابیه انگلستان جنوب غربی شدند.

تفسیر شود و حق برگزاری انتخابات آزاد و حق رأی‌دادن، شامل انتخابات پارلمان اروپا نیز هست، هرچند که این نهاد در زمان تدوین کنوانسیون، مورد توجه نویسندگان آن نبوده است.^{۳۴}

دیوان در قضیه سلمونی علیه فرانسه،^{۳۵} رفتارهای خشونت‌آمیز پلیس علیه یک فرد بازداشتی را مصداق شکنجه دانست. به این ترتیب، دیوان، اعمالی را که قبل از این به‌عنوان رفتاری غیرانسانی و تحقیرآمیز شناخته نمی‌شدند به استناد اصل «تفسیر کنوانسیون به‌عنوان سند زنده» از مصادیق شکنجه قلمداد و تأکید کرد که ممکن است مفهوم شکنجه در آینده و به تناسب شرایط خاص زمان، به نحو موسع‌تری هم تفسیر شود.^{۳۶}

تفسیر پویا عموماً مورد استقبال مفسران و شارحان کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و حقوق‌دانان و قضات واقع شده است. ویلدهایر، رئیس سابق دیوان اروپایی تأکید می‌کند که استفاده از تفسیر پویا، برای حفظ کارایی و اثرگذاری نظام کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اقتدار دیوان، ضروری است.^{۳۷} تفسیر پویا امکان انعطاف‌پذیری و تغییر مقررات را در فضایی که به‌سرعت در حال تغییر است، فراهم می‌کند.

اگر دیوان بخواهد کارایی و اثرگذاری کنوانسیون را حفظ کند، نمی‌تواند از به‌کارگیری این شیوه تفسیر اجتناب کند. اروپای معاصر در مقایسه با شش دهه قبل، چشم‌انداز متفاوتی از مسئله حمایت از حقوق بشر را نشان می‌دهد.^{۳۸} اجرای استانداردهایی که در سال‌های اولیه انعقاد کنوانسیون اتخاذ شده‌اند، این سند را به سندی راکد تبدیل خواهد کرد. رُراکیس نیز مدعی است که ماهیت ناقص و ابتدایی مقررات کنوانسیون و عمر طولانی این سند، مهم‌ترین نیروی محرکه برای تفسیر پویا از آن است.^{۳۹} از طرف دیگر، آرای دیوان اروپایی حقوق بشر، تنها در صورتی در عمل مفید و مؤثر خواهند بود که دولت‌ها آن را بپذیرند و لازمه این امر، احترام به حاکمیت و اراده دولت‌ها در پذیرش برداشته‌های به‌روزی است که دیوان از کنوانسیون ارائه می‌کند. به این ترتیب، دیوان از یک طرف با کشف خواست و اراده دولت‌ها از تصمیم‌های آن‌ها تأثیر می‌گیرد و

34. *Ibid.*, para. 39.

35. *Selmouni v. France*, European Human Rights Reports, 2002.

خواهان پرونده، شخصی به نام سلمونی، دارای تابعیت هلند و مراکش بود که در فرانسه به اتهام قاچاق مواد مخدر به ۱۳ سال حبس محکوم شده بود. وی پس از دستگیری در سال ۱۹۹۱ به مدت سه روز بازداشت بود. او مدعی بود که در طول این مدت، مورد تجاوز، آزار جنسی، سخنان و اعمال تحقیرآمیز قرار گرفته است. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر، با تأیید ادعاهای وی، دولت فرانسه را به استناد مواد ۳ (در خصوص ممنوعیت شکنجه) و ۶ (حق بر دادرسی منصفانه) ناقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قلمداد کرد.

36. *Selmouni v. France*, *op. cit.*, para. 101.

37. Luzius Wildhaber, "European Court of Human Rights", *Canadian Yearbook of International Law*, 2002, p. 310.

38. *Ibid.*, p. 310.

39. Christos Rozakis, "The European Judge as Comparatives", *Tulane Law Review*, 2005, pp. 260-261.

از طرف دیگر با اتخاذ تصمیم‌هایی قابل پذیرش بر اراده بازنموده شده دولت‌ها در کنوانسیون اثر می‌گذارد.^{۴۰}

۱-۲. مفهوم و حدود کنسانسوس اروپایی

در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، کنسانسوس اروپایی به معنای وفاق عام دولت‌های عضو شورای اروپا درباره قواعد و اصول معینی که از بررسی تطبیقی حقوق و رویه داخلی و بین‌المللی دولت‌ها استنباط می‌شود، به کار رفته است. می‌توان کنسانسوس اروپایی را راهکاری برای برقراری ارتباط میان تفسیر پویا و اراده و خواست دولت‌ها قلمداد کرد.

در صورتی که اکثریت کشورهای اروپایی، راه‌حل یکسانی را برای یک موضوع اتخاذ کنند، کنسانسوس اروپایی فرض خواهد شد. برای نمونه، در قضیه *اونال تکلی علیه ترکیه*، با توجه به اینکه ترکیه آخرین دولت اروپایی بود که حفظ نام خانوادگی دوران دوشیزگی را برای زنان متأهل، غیرقانونی می‌دانست،^{۴۱} دیوان حکم داد که این قانون، ناقض ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در پرتو تفسیری است که مطابق ماده ۸ بر آن بار می‌شود.^{۴۲}

البته نمی‌توان انحراف قانون یک کشور از کنسانسوس اروپایی را ضرورتاً به معنای نقض کنوانسیون دانست بلکه در این حالت، دو وضعیت متفاوت قابل تصور است: اول اینکه قانون دولت خوانده، بدون توجیه قابل قبولی برخلاف این کنسانسوس باشد، مانند قضیه‌ای که اشاره شد. در این حالت، نتیجه روشن است. دیوان اروپایی معمولاً حکم به نقض یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون می‌دهد. دوم اینکه دولت عضو، توجیه قابل قبولی برای وضع قانون مغایر با کنسانسوس اروپایی داشته باشد. در این حالت، عذر و توجیه کشور خوانده پذیرفته می‌شود. دیوان، در اینکه چه دلایلی را به‌عنوان دلایل موجه و قابل قبول در وضع قانون مغایر با کنسانسوس اروپایی قلمداد کند، محدودیتی ندارد. می‌توان گفت که دیوان در بررسی این دلایل به عواملی چون حساسیت اخلاقی موضوع دعوا و دلایل تاریخی و سیاسی^{۴۳} توجه می‌کند.

40. Effie Fokas, "Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence", *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 4, Issue. 1, February 2015, p. 126.

41. *Ünal Tekeli v. Turkey*, European Human Rights Reports, 2006, para. 62.

این پرونده، مربوط به وضعیت زنی بود که پس از ازدواج، همچنان از نام خانوادگی قبل از تأهلش برای شغل خود استفاده می‌کرد. در این خصوص، محاکم داخلی ترکیه وی را محکوم کردند زیرا بنا بر قانون مدنی آن کشور، هر زنی پس از ازدواج باید از نام خانوادگی شوهر خود استفاده کند. در نهایت، دیوان اروپایی حقوق بشر به اتفاق آراء، مستند به مواد ۱۴ (ممنوعیت تبعیض) و ۸ (حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی) دولت ترکیه را ناقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانست.

42. *Ibid.*

43. *A, B, and C v. Ireland*, European Human Rights Reports, 2010, para. 188.

دیوان به کرات در حوزه‌های مختلف به مسئله کنسانسوس اروپایی استناد کرده است که از جمله آن می‌توان به استدلال‌های دیوان در پرونده‌های مربوط به حق حیات،^{۴۴} ممنوعیت شکنجه،^{۴۵} حق بر آزادی و امنیت، حق بر دادرسی عادلانه،^{۴۶} حقوق فردی مندرج در مواد ۸ تا ۱۱، حق بر آموزش^{۴۷} و حق رأی^{۴۸} اشاره کرد. استناد به کنسانسوس اروپایی به تصمیم‌های دیوان، مشروعیت بخشیده، آن را قوی‌تر و قابل قبول‌تر می‌کند.

۲. معضلات مشروعیت کنسانسوس اروپایی و تفسیر پویا

برخی مفسرین، ایرادها و نکات مهمی را در خصوص مشروعیت تفسیر پویا مطرح کرده‌اند. نخست اینکه، رویه قضایی مبتنی بر تفسیر پویا می‌تواند منجر به ایجاد نقش تقنینی برای دیوان شود و نتیجه ایفای چنین نقشی، نادیده گرفتن رضایت مستقل دولت‌های متعاقد خواهد بود. دوم، آنچه به عنوان «معضل ضد اکثریت‌گرایی»^{۴۹} شناخته شده است می‌تواند در تعیین زمان درست،

در این پرونده، خواهان‌ها سه زن ایرلندی بودند که به قصد سقط جنین عازم کشور بریتانیا شدند. دولت ایرلند پس از اطلاع از این امر، از خروج آن‌ها از کشور جلوگیری کرد زیرا معتقد بود بنا بر قوانین داخلی ایرلند، سقط جنین ممنوع است. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر حکم داد که ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (در خصوص حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی) شامل حق بر سقط جنین نمی‌شود، اما دولت ایرلند، ناقض این کنوانسیون محسوب می‌شود چرا که قوانین این کشور، شرایطی را مهیا نکرده است که افراد بتوانند در شرایطی خاص و در شرایطی که وضعیت آتی آن‌ها در خطر است، به سقط جنین قانونی بپردازند.

44. *Vo v. France, op. cit.*, para. 82.

45. *Selmouni v. France, op. cit.*, paras. 96-100.

46. *Micallef v. Malta, op. cit.*, para. 78.

47. *D.H. and Others v. the Czech Republic*, European Human Rights Reports, 2008, para. 181.

این پرونده به دعوی ۱۸ دانش‌آموز رومانیایی مربوط بود که در پی تفکیک مدارس آن‌ها از سایر مدارس در جمهوری چک و با این ادعا که مدارس آن‌ها امکانات کمتری نسبت به سایر مدارس دارد، مطرح شده بود. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر گرچه بر اساس ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (در خصوص ممنوعیت تبعیض) دعوا را قابل استماع تشخیص داد، در ادامه حکم داد که هیچ‌گونه تخطی از کنوانسیون اروپایی از سوی جمهوری چک رخ نداده است.

48. *Hirst v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 2006, para. 81.

در این پرونده، شخصی به نام جان هیرست که به اتهام قتل در زندان بود، به استناد بخش سوم از قانون ۱۹۸۳ بریتانیا از رأی‌دادن محروم شده بود زیرا آن قانون مقرر می‌داشت افرادی که به دلایل کیفری در زندان هستند، از حق رأی محروم‌اند. در این خصوص، دیوان اروپایی به اتفاق آرا اعلام کرد که بریتانیا ماده ۳ از پروتکل نخست کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نقض کرده است.

49. Counter Majoritarian Difficulty

این عبارت عموماً با ارتباط با مشروعیت تجدیدنظرهای اساسی در قوانین مطرح می‌شود و به این معناست که در نظام‌های مربوط به تجدیدنظر قضایی در قوانین، قضات انتصابی بتوانند تصمیمات اتخاذ شده توسط نهادهای دموکراتیک را تحت الشعاع قرار دهند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک:

Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, 2006, p. 1346.

برای تفسیر پویا ایجاد اشکال کند. سوم، تفسیر پویا با اصولی مانند ثبات رویه، امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری در تعارض است.^{۵۰} نادیده‌گرفتن این اصول باعث می‌شود که در موارد استناد به تفسیر پویا، مشروعیت رویه‌قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر به زیر سؤال برود. چهارم، حتی نویسندگانی که تفسیر پویا را اصولاً قابل قبول می‌دانند، معتقدند که استدلال‌های دیوان در قبول این روش تفسیر، ضعیف و مبتنی بر داده‌های تجربی ناچیز بوده است.^{۵۱}

در کنار ایرادهای پیش‌گفته، مشروعیت کنسانسوس اروپایی با استناد به دلایل دیگری نیز زیر سؤال رفته است: ایراد اول این است که نمی‌توان تعیین حقوق بشر را به تصمیم‌های نهادهای قضایی یا تقنینی اکثریت دولت‌های متعاهد منوط نمود. بهایی که دیوان برای اعمال و تبعیت از کنسانسوس اروپایی می‌پردازد این است که آرای صادره نمی‌توانند انتظار کیفیت و استقلال را که از آرای این دیوان به‌عنوان الگوی نهادی نظام‌مند می‌رود برآورده کنند.^{۵۲} در ایراد دوم بر این دیدگاه تأکید شده است که دیوان باید در تعیین استانداردهای جهانی، نقش مؤثری داشته باشد و در مقام نگرهبانی خارجی برای حراست از آن‌ها عمل کند، حال آنکه کنسانسوس اروپایی مانع از ایفای این نقش خواهد شد. این دسته از نویسندگان، مشروعیت کنسانسوس اروپایی را از این جهت زیر سؤال برده‌اند که غالباً طرفدار اعمال وسیع‌تر تفسیر پویا هستند.^{۵۳}

هرچند که نمی‌توان ایرادهای گفته‌شده را به کلی رد کرد، باید به این نکته توجه داشت که هر دو دسته این ایرادها یعنی هم آن‌هایی که به دنبال رد مشروعیت تفسیر پویا هستند و هم آن‌هایی که طرفدار اعمال وسیع‌تر این نوع از تفسیر هستند در بیان نظریه‌های خود تا حدود زیادی راه افراط رفته‌اند. به عبارت دیگر، اگر با نفی تفسیر پویا، قاضی را محدود به کشف و اعمال قصد طرفین معاهده در زمان انعقاد آن کنند چارچوب‌بندی خشک و غیرقابل انعطافی برای قواعد حقوقی ایجاد می‌شود که نتیجه‌اش، ناکارآمد شدن قواعد در گذر زمان و درنهایت، فراموش شدن آن‌ها خواهد بود. در مقابل، قائل شدن اختیار نامحدود برای قاضی در به‌کارگیری این شیوه تفسیر نیز می‌تواند منجر به نادیده‌گرفتن اراده واقعی دولت‌های متعاهد و وضع قاعده به‌جای آن‌ها شود که بدون شک، واکنش و مقاومت دولت‌ها برای پذیرش و اجرای تصمیم‌های اتخاذشده را در پی داشته، منجر به بی‌اعتباری آن‌ها می‌شود.

50. Gribnau, Hans, "Legitimacy of the Judiciary", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002.

51. Mowbray, Alastair, "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 57-61.

52. Fiona de Londras, Kanstantsin Dzehtsiarou, "Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, Issue. 3, September 2015, p. 164.

53. Letsas, George, *op. cit.*, p. 74.

در رویه قضایی دیوان، معمولاً ارتباط میان کنسانسوس و تفسیر پویا چنین توضیح داده می‌شود:

از گذشته، کنسانسوس اروپایی، نقش مهمی در کنوانسیون داشته که «سندی زنده» تلقی می‌شود و باید در پرتو شرایط حال حاضر تفسیر شود. بنابراین، استناد به کنسانسوس برای توجیه تفسیر پویای کنوانسیون بوده است.^{۵۴}

در هر حال، دیوان اروپایی حقوق بشر از زمان قضیه *تایرر علیه بریتانیا* کنسانسوس را دلیلی برای قبول تفسیر پویا می‌داند.^{۵۵}

بنابراین عدم حصول کنسانسوس می‌تواند مانع از این شود که دیوان، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به نحو پویا و متکامل ملاحظه و تفسیر نماید. برای مثال، در قضیه *شفیلد و هورثام علیه بریتانیا*، دیوان به این مسئله می‌پردازد که آیا موضع دولت بریتانیا مبتنی بر عدم موافقت با تغییر اوراق هویت پس از انجام عمل تغییر جنسیت، نقض ماده ۸ کنوانسیون است یا نه. دیوان در پاسخ به این سؤال می‌گوید، نمی‌تواند از رویه قضایی سابق خود عدول کند چرا که مقوله *ترانجسیتی*، مسائل پیچیده علمی، حقوقی، اخلاقی و اجتماعی را ایجاد کرده که هیچ راهکار مشترک و عامی میان دولت‌های متعاقد برای آن وجود ندارد. در قضیه *کریستین گودوین علیه بریتانیا* که واقعیت‌هایی مشابه قضیه قبل داشت، دیوان با این استدلال که امروزه «گرایش عمومی در عرصه بین‌المللی» برای شناسایی حقوق افراد *ترانجسیتی* وجود دارد، رأی خود را در قضیه *شفیلد و هورثام* نادیده گرفت.^{۵۶}

ممکن است استناد به کنسانسوس اروپایی برای توجیه استفاده از تفسیر پویا این ادعا را مطرح نماید که کنسانسوس نشانه ثبات در رویه قضایی نیست بلکه نشان از سندی دارد که توجیه‌کننده تغییر است. کنسانسوس اروپایی، تعارضی با تحول و تکامل قواعد حقوقی ندارد اما محدودیت‌هایی را برای آن ایجاد می‌کند چرا که استناد مناسب و مستمر به این کنسانسوس، مانع از آن خواهد شد که دیوان بتواند به نحو دل‌خواهی از تفسیر پویا استفاده کند.

برخی نویسندگان دو مقوله کنسانسوس اروپایی و تفسیر پویا را تقریباً معارض با هم و مانع‌الجمع دانسته‌اند؛ با این استدلال که دیوان یا راهکارهایی را که دادگاه‌های داخلی کشورها در پیش گرفته‌اند اتخاذ می‌کند یا به تفسیر پویا تمسک می‌جوید. این تعارض بین کنسانسوس اروپایی و تفسیر پویا در نظرات *گُرد هافمن* و قاضی *زوپانچیچ* بیشتر مورد بحث و ایضاح واقع شده است که در زیر به‌طور خلاصه خواهد آمد.

54. *A., B. and C. v. Ireland, op. cit.*, para. 234.

55. *Tyrer v. The United Kingdom, op. cit.*, para. 183.

56. Anja, Dr. Seibert-Fohr, Mark E., Dr. Villiger, *Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and Implementation*, Ashgate Pub. Co., 2015, pp. 218-219.

لرد هافمن به واسطه اظهاراتش علیه دیوان اروپایی حقوق بشر، فردی شناخته شده است. وی می‌گوید تفسیر پویا آن طور که دیوان استفاده می‌کند، ابزاری نامشروع است. او اشاره می‌کند که: این گزاره که کنوانسیون «سندی زنده» است، شعاری است که دیوان *استراسبورگ* [دیوان اروپایی حقوق بشر] با اتکا به آن، قدرتی را به دست آورده تا هر آنچه را برای «نظم عمومی اروپا» لازم می‌داند، تقنین کند. من کاملاً با این موضوع موافقم که مفاهیمی که در یک معاهده یا سند به کار می‌رود، ممکن است در مرحله اجرا بروز و ظهور متفاوتی داشته باشد. به عنوان نمونه ساده، ممکن است امروزه اجرای عملی مفهوم مجازات خشن، آن چیزی نباشد که در پنجاه سال گذشته بوده است، ولی این به نهاد قضایی حق نمی‌دهد که مفاهیم جدیدی مانند حفظ محیط‌زیست را وارد معاهده بین‌المللی کند که هیچ اشاره‌ای به آن نداشته است، آن‌هم صرفاً به این دلیل که این کار با روح این مفهوم در زمان اجرا سازگار است. یک قاضی اسلوونیایی در خصوص توازن ایجاد شده میان آزادی رسانه و حریم خصوصی در یک کشور با استناد به رأی دادگاه قانون اساسی آلمان چنین می‌گوید: «من معتقدم که محاکم تا حدودی و تحت تأثیر [فرهنگ] آمریکا، از آزادی رسانه، بت‌واره‌ای ساخته‌اند... . اکنون زمان آن است که آونگ، به سمتی متفاوت از توازن میان آنچه خصوصی و محرمانه است و آنچه عمومی و در معرض دید عموم است، گردش کند». این درست نیست که «قوه تقنینی و نماینده قضایی اسلوونی بتواند از اتاق خود در *استراسبورگ*، اتخاذ تصمیم کند. دور باد این تأثیر زیان‌آور امریکایی!]. محاکم و پدران بنیانگذار آن‌ها از حقوق بشر چه می‌دانستند؟ این ما هستیم که در *استراسبورگ*، نظم عمومی اروپایی را ایجاد می‌کنیم. من می‌گویم بگذارید این توازن به نحوی متفاوت ایجاد شود و همه محاکم اروپا باید به این مسئله، کمال توجه را داشته باشند».^{۵۷}

انتقاد لرد هافمن به صلاحیت و اختیار دیوان برای استفاده از تفسیر پویا این است که: دیوان نباید به نحو دل‌خواهی تصمیم بگیرد که چه زمانی از تفسیر پویا استفاده کند.^{۵۸} می‌توان این نظر را پاسخی به دیدگاه‌های افراطی ارائه شده در باب مشروعیت کنسانسوس اروپایی و تفسیر پویا دانست.

از سوی دیگر، این نظرات را می‌توان در دیدگاه قاضی *زوپانچیچ*، همان قاضی اسلوونیایی که در نظر لرد هافمن به آن اشاره شده نیز ملاحظه کرد. انتقاد اصلی قاضی *زوپانچیچ* به نقشی است که در کنسانسوس اروپایی برای محاکم ملی دولت‌های متعهد در تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قائل می‌شوند. به اعتقاد وی، نباید قضات دیوان اروپایی حقوق بشر، خود را ملتزم به

۵۷. در این خصوص، ن.ک: نظر موافق قاضی *زوپانچیچ* در رأی زیر:

Von Hannover v. Germany, European Human Rights Reports, 2006, p. 2.

۵۸. Lord Leonard Hoffmann, "The Universality of Human Rights", *Law Quarterly Review*, 2009, pp. 428-429.

قواعدی بدانند که اکثریت دولت‌های متعهد آن را پذیرفته‌اند. نتیجه اعمال این دیدگاه، کم‌رنگ شدن نقش کنسانسوس اروپایی در استدلال‌های قضایی دیوان خواهد بود. قاضی زوپانچیچ به‌طور جدی نقش کنسانسوس اروپایی را به‌عنوان استدلالی قانع‌کننده و قاطع دعوا، زیر سؤال می‌برد. وی توضیح می‌دهد که:

«در کنسانسوس... که یک نهاد دموکراتیک است، اکثریت قضات تصمیم می‌گیرند که چه چیزی [را دولت‌های اروپایی] پذیرفته‌اند و چه چیزی را نپذیرفته‌اند. تفاوت میان دیوان و پارلمان داخلی این است که در دیوان، تصمیم‌گیری برای پذیرش یک مقوله، نه بر مبنای رأی اکثریت، که مبتنی بر معیاری مستقل از علاقه اکثریت است. بگذارید بدین نحو بیان کنم که: تصور کنید که ما تجویزی طبی داریم که درباره یک موضوع خاص مثل سرطان است. ما جراحان، متخصصان پوست و سایر متخصصین طبی را در دسترس داریم. آن‌ها بر سر این موضوع با هم وارد بحث و گفتگو می‌شوند و ممکن است به یک کنسانسوس در رابطه با این موضوع نرسند؛ یعنی برخی از آن‌ها مخالف باشند با اینکه معضل مذکور، سرطان است. مسئله این نیست که آیا در این مورد به کنسانسوس رسیده‌ایم یا نه، بلکه مسئله این است که آیا سرطانی در کار است یا نه؟ این امر بسیار شبیه مسئله دیوان است. مسئله این نیست که چه کسی سخن اکثریت را می‌گوید یا اینکه دیدگاه اکثریت چیست. ما با این فرض آغاز می‌کنیم که آنچه با آن سروکار داریم، امری عینی است که با معنای عدالت ارتباط دارد: [یعنی] منطق و تحلیل شناختی به‌جای دیدگاه صرفاً غالب قضات یا بدتر از آن، دیدگاه کشورهای متبوع این قضات».^{۵۹}

هر دو دیدگاه پیش‌گفته، بالقوه ایراداتی دارند. لرد هافمن و برخی دیگر از مفسرین اشاره دارند که نویسندگان کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، تفسیر پویا را در نظر نداشته‌اند. این دیدگاه بی‌پاسخ نماند. برای مثال، دنی نیکول می‌گوید:

از کارهای مقدماتی، روشن است که اکثریت [اعضای] شورای مشورتی می‌خواسته‌اند که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از صرف حفظ دموکراسی پس از جنگ جهانی [دوم] بسیار فراتر رود. برای بسیاری از مذاکره‌کنندگان، این امر نه‌تنها ساختار [کنوانسیون] را مستحکم‌تر، بلکه بنیان‌های آزادی‌های اساسی را نیز گسترده‌تر می‌کند.^{۶۰}

لازم به ذکر است که مبنای حقوقی تفسیر پویا در خود کنوانسیون و حقوق بین‌الملل عام، تجلی یافته است. *یائیکه* جراردز استدلال می‌کند که استفاده از تفسیر پویا بدین معناست که مقررات کنوانسیون باید مطابق با هدف و موضوع کنوانسیون، آن‌گونه که در مقدمه آن آمده تفسیر شود. در مقدمه آمده است که هدف شورای اروپا، دستیابی به اتحاد بیشتر میان اعضای آن

59. *Ibid.* para. 30.

60. Danny Nicol, "Original Intent and the European Convention on Human Rights", *Public Law*, vol. 152, 2005, p. 156.

است و یکی از روش‌های دستیابی به این هدف، حفظ و درک بیشتر حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است. دکترین سند زنده، تأثیر مقررات حقوق بشر را بیشتر^{۶۱} و از این طریق، درک بهتر و بیشتر آن را تضمین می‌کند.

قاضی زوپانچیچ، استدلال قضایی را با تجویز طبی^{۶۲} مقایسه می‌کند. این دیدگاه قابل ایراد است چرا که هدف قضاوت، احراز حقایق علمی اثبات‌شده نیست. تفکر منطقی محض در حقوق می‌تواند منجر به قضاوت مکانیکی یا قلمداد نمودن حقوق به‌عنوان علم تجربی شود. ایده قضاوت مکانیکی به‌طور گسترده‌ای توسط قضات و حقوق‌دانان رد شده است. در نتیجه باید گفت که تفکر منطقی محض که از داده‌های تجربی در جامعه بین‌المللی غافل است، در عالم حقوق کاربرد چندانی ندارد. قضات در آرای خود، حقایق علمی اثبات‌شده را احراز نمی‌کنند. بنابراین مقایسه استدلال آن‌ها با تجویز طبی، تا حدود زیادی نامربوط به نظر می‌رسد.

اگر دیوان اروپایی حقوق بشر از راهکار که قاضی زوپانچیچ ارائه کرد پیروی کند، ممکن است آن طور که لرد هافمن می‌گوید، با «معضل ضد اکثریت‌گرایی» مواجه شود. کنسانسوس اروپایی می‌تواند این نگرانی را برطرف کند؛ درعین‌حال، دیوان در صورت قبول توجیه دولت خوانده برای اتخاذ رویه متفاوت، می‌تواند کنسانسوس را نادیده بگیرد.^{۶۳}

راهکارهای قاضی زوپانچیچ و لرد هافمن، تنها راهکارهای موجود برای تفسیر مقررات نیستند، بلکه تنها دو راهکار جایگزین در فرایند دادرسی در محاکم بین‌المللی هستند. این دو دیدگاه، تأثیر حقوق داخلی بر دادرسی بین‌المللی را به دو شیوه متفاوت بررسی می‌کنند. مقصود از این سخن این نیست که تنها همین دو راهکار وجود دارد، یعنی دیوان یا باید از قوانین و رضایت دولت‌های متعاقد تبعیت کند یا تفسیر کاملاً منعطف و بدون چارچوبی را اعمال نماید. فقدان کنسانسوس در حوزه‌های جدید و موضوع‌های مستحدث می‌تواند اثر بیشتری به مقوله صلاحدید دولت‌ها بدهد. کنسانسوس اروپایی اغلب متغیری محسوب می‌شود که باعث می‌شود دیوان، دامنه حاشیه صلاحدید^{۶۴} را محدود یا گسترده‌تر کند. کنسانسوس اروپایی یک فرض قابل رد

61. Letsas, *op. cit.*, p. 79.

62. Medical Consilium

63. Letsas, *op. cit.*, p. 79.

64. مسئله «حاشیه صلاحدید دولت‌ها» در نبود کنسانسوس اروپایی مطرح می‌شود. در این بحث، چون دیوان اروپایی بر جوانب مختلف یک وضعیت داخلی تسلط ندارد، به تصمیمات مقامات ملی احترام می‌گذارد. به عبارت دیگر، مطالعه تطبیقی در قانون و رویه دولت‌های عضو، می‌تواند وجود یا عدم کنسانسوس در یک زمینه یا موضوع خاص در بین این دولت‌ها را نشان دهد. در صورتی که نتوان از رویه یا مقررات دولت‌ها به اتفاق نظر یا وجود کنسانسوس در موضوعی خاص پی‌برد بحث حاشیه صلاحدید دولت‌ها مطرح می‌شود. مثلاً در موضوعات مربوط به رعایت و حمایت از اخلاق عمومی، دیدگاه‌ها و نظرات دولت‌ها متفاوت است و در این زمینه، میان دولت‌های متعاقد، اتفاق نظر کامل وجود ندارد. بر همین مبنا، به دولت‌ها اختیار داده می‌شود تا حاشیه صلاحدید گسترده‌ای را اعمال کنند.

است. بنابراین، دیوان همیشه از آن پیروی نمی‌کند.^{۶۵} میان کنسانسوس اروپایی و تفسیر پویا هیچ وابستگی خطی وجود ندارد. بنابراین، ظاهراً نظرات لرد هافمن و قاضی زوپانچیچ دیدگاه‌هایی خاص در مورد نقش کنسانسوس و تفسیر پویا در فرایند تصمیم‌سازی دیوان هستند.

۳. سازگاری تفسیر پویا در سیاق حقوق بشر

اینکه دادگاه‌ها تا چه اندازه می‌توانند تعهدات دولت‌ها در زمینه حقوق بشر را گسترده نمایند یا بر آن تأثیر گذارند تا حد بسیار زیادی متأثر از فضایی است که بر اجرای این دسته از مقررات حاکم است. هر چقدر که دولت‌های عضو، ارزش و احترام بیشتری برای حقوق بشر قائل باشند، دیوان برای تفسیری که منجر به توسعه حقوق بشر می‌شود، امکان و تمایل بیشتری خواهد داشت. یکی از راه‌هایی که دیوان می‌تواند به وجود چنین فضایی پی ببرد، توجه به موضع‌گیری دولت‌ها در قبال حقوق مورد نظر است. درست است که در چنین مواردی دیوان عملاً از نظر دولت‌ها پیروی می‌نماید اما عملکرد دیوان نشان می‌دهد که در مواردی که دیوان فضای حاکم را چندان به نفع حمایت از حقوق بشر ندیده است از فضای موجود فاصله گرفته و با ارائه تفسیری پویا از مقررات، زمینه ارتقاء این حقوق را فراهم آورده است.^{۶۶}

اگر دیوان اروپایی حقوق بشر قانع شود که باید از روش تفسیر پویا استفاده کند، ممکن است استدلال‌ها و نتیجه‌گیری‌های ارائه‌شده در رأی یا آرای قبلی خود را کنار بگذارد. این بدان معناست که تغییر، بر مشروعیت عملکرد دیوان تأثیر خواهد گذاشت. مشروعیت احکام قضایی با اتکا به اصول حقوقی، قطعیت قانونی، سازگاری و قابل‌پیش‌بینی بودن رویه قضایی، حراست می‌شود؛ تا جایی که دیوان در مواردی به تبعیت خود از این اصول تصریح کرده است. دیوان می‌گوید با اینکه رویه قضایی پیشین را برای خود لازم‌الاتباع نمی‌داند، معتقد است که نباید بدون دلیل موجه از رویه خود عدول کند.^{۶۷} دیوان در مواجهه با مفاهیمی چون توسعه حقوق،^{۶۸} تحولات اجتماعی^{۶۹} و

لذا در بحث حاشیه صلاحدید، دیوان، تفسیر واحد و یکسانی از کنوانسیون ارائه نمی‌کند بلکه نظرات مختلف دولت‌ها را می‌پذیرد بدون اینکه به دنبال ارائه نظر یا تفسیر واحدی باشد. بنابراین در اینجا دیوان کنوانسیون را تفسیر نمی‌کند بلکه تحت شرایطی که در متن ذکر شده، تفسیر مقامات ملی از کنوانسیون را می‌پذیرد. در نتیجه می‌توان آن را به‌عنوان خطمشی یا سیاست دیوان در تفسیر کنوانسیون در نظر گرفت و نه به‌عنوان قاعده تفسیری یا مؤثر در تفسیر پویای معاهده. به همین دلیل، در این مقاله به مسئله حاشیه صلاحدید دولت‌ها پرداخته نشد.

65. *A., B. and C. v. Ireland*, *op. cit.*, p. 21.

66. Alison Brysk, Michael Stohl, "Expanding Human Rights: 21st Century Norms and Governance", *Elgar Studies in Human Rights*, 2017, p. 8.

67. Françoise Tulken, Anatoly Kovler, Dean Spielmann, Leto Cariolou, *op. cit.*, p. 225.

68. *Micallef v. Malta*, *op. cit.*, para. 2.

69. *Cossey v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1990, para. 35.

پیشرفت‌های فنی^{۷۰} از رویه قضایی پیشین خود عدول کرده است. دیوان می‌تواند در مواجهه با رویه قضایی خود، برخوردی منعطف داشته باشد زیرا این رویه از لحاظ حقوقی برای دیوان لازم‌الاتباع نیست. با این حال، دیوان برای دادگاه‌های ملی، قاعده‌ای را در خصوص عدول از آرای پیشین خود ایجاد کرده است. در این خصوص، دیوان در قضیه *اس دلیو* علیه بریتانیا، تفسیر پویای دادگاه بریتانیا در خصوص تجاوز زوج به زوجه را تأیید کرد، با این بیان که:

با قبول تفسیر قضایی درمورد تلقی چنین رفتاری به‌عنوان جرم تجاوز، تحول روشنی در حقوق کیفری ایجاد می‌شود که با ذات جرم مذکور سازگاری دارد. (به این ترتیب به نظر می‌رسد که رویه قضایی باعث ایجاد تحولاتی جدی در قواعد حقوقی شده است). این تحول به حدی رسیده است که قائل شدن به عدم مصونیت در رویه قضایی، توسعه قابل پیش‌بینی حقوق خواهد بود.^{۷۱}

ممکن است گفته شود که به نظر غیرمنطقی است اگر دیوان اروپایی مقتضیات مشابهی را برای تفسیر پویای رویه قضایی خود اعمال کند. لذا تفسیر کنوانسیون اروپایی نیازمند انعطاف، سیالیت و رویکردی امروزی است.^{۷۲} با این حال، اگر تفسیر پویا کاملاً غیرقابل پیش‌بینی باشد، مشروعیت فرایند قضایی را از میان می‌برد. به‌منظور اثربخشی به حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دیوان مجبور است گاه موضع خود را تغییر دهد و این امر ناگزیر امکان قابلیت پیش‌بینی نتایج را کاهش می‌دهد.^{۷۳}

در این پرونده، خواهان که شخصی تراجنسیتی بود مدعی شد که دولت بریتانیا حمایت قانونی را برای وضعیت وی در نظر نمی‌گیرد و بدین ترتیب، حقوق او را در خصوص حق تشکیل خانواده تأیید نکرده است. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر بیان داشت که دولت بریتانیا ماده ۸ (حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی) را نقض نکرده است. همچنین، دیوان اظهار داشت که تغییر جنسیت نمی‌تواند تمام حقوق مرسوم برای یک جنس را تأیید کند. همچنین دیوان اعلام کرد که دولت بریتانیا تعهدات خود، مندرج در ماده ۱۲ (حق بر ازدواج و تشکیل خانواده) را نیز نقض نکرده است.

70. *S.H. and Others v. Austria*, *European Human Rights Reports*, 2011, para. 69.

در این پرونده، دو زوج که نمی‌توانستند به‌طور طبیعی بچه‌دار شوند به گرفتن اسپرم و لقاح مصنوعی روی آوردند که این امر با مخالفت دولت اتریش مواجه شد زیرا بر اساس قوانین داخلی اتریش، لقاح مصنوعی به هر نحو ممنوع است. در این خصوص دیوان اروپایی حقوق بشر حکم کرد که قوانین و مقررات اتریش در این خصوص، ناقض تعهدات آن دولت، مندرج در مواد ۸ (در خصوص حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی) و ۱۴ (در خصوص ممنوعیت تبعیض) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

71. Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, p. 113.

72. Fitzmaurice, "Dynamic (Evaluative) Interpretation of Treaties", *Hague Yearbook of International Law*, 2008, p. 172.

73. *Scoppola v. Italy*, *European Human Rights Reports*, 2010, para. 104.

فرانکو اسکوپولا، شخصی ایتالیایی بود که به دلیل قتل همسر و ضرب و شتم شدید یکی از فرزندانش، محکوم به حبس ابد شد. در این خصوص، قانون جزای ایتالیا مقرر می‌دارد، افرادی که به حبس ابد محکوم می‌شوند نمی‌توانند متصدی هیچ‌گونه

تفسیر پویا ظاهراً مسئله غیرقابل پیش‌بینی بودن احکام دیوان را تشدید می‌کند و موجب می‌شود دولت‌های متعاقد، نسبت به دامنه و معنای تعهداتی که به موجب کنوانسیون پذیرفته‌اند اطمینان‌خاطری نداشته باشند. در این خصوص، برخی چنین اظهار کرده‌اند که: عده‌ای از حقوق‌دانان، روش تفسیر پویا را باعث عدم قطعیت در حقوق می‌دانند چرا که معتقدند این روش، پیش‌بینی وضعیت حقوق در آینده نزدیک را دشوار می‌کند. در هر حال، نمی‌توان انکار کرد که استفاده از چنین شیوه‌ای در تفسیر مقررات، مانند آنچه در معاهدات حقوق بشری آمده است، می‌تواند منجر به تضعیف اصل پیش‌بینی‌پذیری در حقوق شود، اما این تا حدی نتیجه ذاتی اصول تثبیت‌شده تفسیر در حقوق معاهدات است که تا میزان زیادی با اصول سنتی تفسیر در نظام‌های داخلی متفاوت است.

درحقیقت، دولت‌های متعاقد، بخشی از منابع مالی و سازمانی خود را برای اجرا و تبعیت از قواعد وضع‌شده در زمانی خاص اختصاص می‌دهند. امکان دارد که این قواعد، متعاقباً در نتیجه تفسیر پویا از معاهده تغییر کند. از نظر جورج لتساس، در چنین وضعیتی دیوان نمی‌تواند در تصمیم‌گیری‌های خود وارد محاسبه هزینه و فایده شود. این مسئله که به واسطه فقدان پیش‌بینی‌پذیری ایجاد شده، باید با ارزش‌های اخلاقی حقوق بشری سنجیده شود.^{۷۴} لتساس به درستی به ارزش‌های اخلاقی حقوق بشری اشاره می‌کند، باین‌حال، این استدلال نمی‌تواند توجیه تمسک دل‌خواهی به تفسیر پویا باشد. کنسانسوس اروپایی ادله‌ای ارائه می‌کند که ثابت می‌کند این تغییر در راستای اعمال درک معاصر از حقوق بشر است. به‌علاوه، کنسانسوس اروپایی را می‌توان به‌مثابه رضایت ضمنی دولت‌های متعاقد در مورد یک تفسیر خاص از معنای حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی دانست.

رضایت، عامل مهمی برای ایجاد مشروعیت در حقوق بین‌الملل معاصر است. رضایت نهادهای ملی دموکراتیک همانند سپری در مقابل اتهام مداخله ناروای محاکم بین‌المللی در امور داخلی عمل می‌کند. درعین‌حال، لتساس به درستی اشاره می‌کند که «هدف معاهدات حقوق بشری، برخلاف بسیاری دیگر از معاهدات بین‌المللی، حمایت از استقلال افراد در مقابل اراده اکثریت‌گرای دولت‌هایشان است، نه حمایت از چنین اراده‌ای».^{۷۵} البته این استدلال بدین معنا نیست که رضایت دولت‌ها نباید مورد توجه دیوان قرار گیرد.

شغل عمومی شوند و این امر، شامل حق رأی‌دادن نیز می‌شود. در این خصوص، دیوان اروپایی حقوق بشر در رسیدگی به این موضوع، حکم داد که این قوانین ایتالیا ناقض مواد ۶ (در خصوص حق بر دادرسی منصفانه) و ۷ (ممنوعیت مجازات بدون وضع قانون) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

74. Letsas, *op. cit.*, p. 74.

75. *Ibid.*, para. 30.

قاضی فیتز موریس ادعا می‌کند که تفسیر پویا، حداقل در مراحل اولیه خود، «تخطی غیرقابل‌قبولی است از اصول پذیرفته‌شده و دائمی (مقدس) حقوق بین‌الملل...»^{۷۶} چرا که حاکمیت و رضایت، عناصر اصلی حقوق بین‌الملل کلاسیک هستند. با اینکه ممکن است دیوان اروپایی از این عناصر حقوق بین‌الملل کلاسیک عدول کند، باید دولت‌های متعاقد، آرای این دیوان را پذیرفته و اجرا کنند. در غیر این صورت، این آرا صرفاً جنبه نمادین خواهند داشت. علاوه بر این، دیوان اروپایی با مسئله غامض دیگری در به‌کارگیری تفسیر پویا روبه‌روست و آن اینکه آرای دیوان از یک طرف باید از چنان استقلالی برخوردار باشند که کارایی و اثرگذاری حقوق بشر مورد حمایت کنوانسیون را حفظ کنند و از طرف دیگر، بازتاب مواضع مشترک دولت‌های عضو کنوانسیون باشند تا بتوانند مورد قبول دولت خوانده و سایر دولت‌های عضو قرار گیرند. حفظ این توازن در پرونده‌هایی که از روش تفسیر پویا استفاده می‌کنند دشوارتر است، چرا که استفاده از تفسیر پویا به‌خودی‌خود، این توازن را به نفع اثرگذاری حمایت از حقوق بشر در برابر قابلیت پیش‌بینی رویه قضایی برهم می‌زند.

نتیجه

وظیفه اصلی حقوق، فراهم آوردن مجموعه‌ای نظام‌مند از قواعد و مقررات برای ایجاد وحدت است تا بتوان از طریق آن، به امنیت حقوقی دست یافت. به همین جهت، حقوق به دنبال خلق قواعدی است که دارای ثبات و صلابت باشند و با ذوق و سلیقه افراد تغییر نکنند. در این میان، ثبات قواعد حقوقی در مقابل کارایی نظام حقوقی در مواجهه با وقایع جهان خارج و مقتضیات جامعه قد می‌افزاید. بنابراین، باید به‌گونه‌ای به تفسیر قواعد حقوقی پرداخت که در عین حفظ ثبات در آن‌ها، بتوان به نیازهای متغیر جوامع نیز پاسخ گفت.

دیوان اروپایی حقوق بشر که کارکرد اصلی آن، رفع اختلاف‌های ناشی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است، در موارد بسیاری با معضل مذکور روبه‌رو شده است. این دیوان در برخی موارد با استناد به تفسیر ایستا در مقابل تفسیر پویا ایستادگی کرده است. در عین حال، در مواردی نیز با توجه به ساختار جامعه اروپایی، به تفسیر تکاملی و پویای مقررات کنوانسیون مذکور پرداخته است.

دیوان اروپایی حقوق بشر برای اینکه بتواند به تفسیر پویای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بپردازد، نیازمند محملی است که رویکرد پویای خود را بر اساس آن تبیین یا حداقل توجیه نماید. در این میان، محکمه مورد بحث در بیشتر موارد با استناد به کنسانسوس اروپایی به تفسیر پویا

76. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 172.

پرداخته است. به نظر می‌رسد دیوان اروپایی برای مشروعیت‌بخشی به آرای خود باید ادله کافی ارائه کند تا نشان دهد که تمسک به تفسیر پویا ضروری است. کنسانسوس اروپایی به رضایت دولت‌ها اشاره دارد که به نحو ضمنی در قانونگذاری داخلی ابراز شده است. دیوان غالباً در مواردی که تفسیر پویا مورد بحث باشد، وضعیت کنسانسوس اروپایی را در ارتباط با موضوع پرونده ارزیابی می‌کند.^{۷۷} در این وضعیت، بار اثبات بر عهده دیوان است که باید ضرورت استفاده از تفسیر پویا را نشان دهد. بدین ترتیب می‌توان گفت کنسانسوس اروپایی، دلیلی است که می‌تواند یافته دیوان مبتنی بر تحول محتوای کنوانسیون را تأیید کند.

به نظر می‌رسد کنسانسوس اروپایی اگر به درستی استنباط و به کار گرفته شود، می‌تواند آثار نامطلوب تفسیر پویا بر مشروعیت برخی از آرای دیوان را کاهش دهد. به این ترتیب، تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری به هیچ‌وجه بی‌ارتباط با منابع برآمده از اراده و نظر نهادهای مشروع دموکراتیک مانند مجالس قانونگذاری نیست. به‌طور خاص، می‌توان روش تفسیری دیوان اروپایی را روشی تطبیقی دانست؛ به این معنا که می‌خواهد تفسیر پویا را مبتنی بر اصول حقوقی موجود در خارج از کنوانسیون نماید. دیوان به‌عنوان مرجع اصلی رسیدگی به اختلاف‌ها، غالباً بررسی می‌کند که آیا یک استاندارد مشترک یا حتی کنسانسوس، در میان دولت‌های متعاقد اروپایی ایجاد شده است یا نه؟ به‌علاوه، موضع احتمالی در رابطه با موضوع مورد بررسی در سایر معاهدات بین‌المللی یا حتی حقوق نرم مرتبط، متناوباً مدنظر قرار می‌گیرد.

درحالی‌که دیوان اروپایی اغلب با معضل برقراری توازن میان مشروعیت روند دادرسی و مؤثر بودن حقوق مورد حمایت کنوانسیون مواجه است، کنسانسوس اروپایی ایراد غیرقابل پیش‌بینی بودن تعهدات دولت‌ها در نتیجه استفاده از روش تفسیر پویا را کمرنگ می‌کند، چرا که تفسیر کنوانسیون اروپایی وابسته به وضعیت‌های قابل اثبات خارجی، یعنی حقوق دولت‌های متعاقد است.

در این خصوص، آلیستر موبری اشاره می‌کند که دیوان در مواردی بدون ارائه دلیلی مناسب با تمسک به دکترین سند زنده، از تفسیر پویا استفاده می‌کند.^{۷۸} وی همچنین معتقد است که دیوان با استفاده از این شیوه تفسیر، مشروعیت تفسیر خود را از بین می‌برد. با این حال، فقدان معیارهای تعیین‌کننده روشن برای توجیه تمسک به تفسیر پویا، این ترس را ایجاد می‌کند که روش تفسیر پویا صرفاً پوششی برای توسل به تفسیر دل‌خواهی باشد.^{۷۹} این مشکل ذاتی باید

77. Micallef, para. 78.

78. Mowbray, "The Creativity of the European Court of Human Rights", p. 61.

79. *Ibid.*, pp. 69-71.

جدی گرفته شود. رد قواعد پذیرفته‌شده سابق بدون ارائه دلیل قانع‌کننده، انتقادات شدیدی مانند آنچه لرد هافمن بیان کرده است را به دنبال خواهد داشت.^{۸۰}

مشروعیت تفسیر پویا با ایرادات جدی مواجه است. اگر این روش تفسیری، مشی کنسانسوس اروپایی را به‌خوبی به کار گیرد، اعتبار فراگیرتری خواهد یافت، چرا که کنسانسوس اروپایی در ذات خود قویاً بر مشترکات میان دولت‌ها تأکید می‌کند و به این واسطه، مشی سنتی حقوق بین‌الملل را بازتاب می‌دهد. کنسانسوس اروپایی، سازگاری است که برای ارزیابی رضایت پس از انعقاد معاهده به کار می‌رود و به‌وسیله این کنسانسوس می‌توان از مذاکرات بین‌المللی دشوار برای تنظیم پروتکل‌های جدید اجتناب کرد. کنسانسوس اروپایی ادله‌ای را برای دیوان فراهم می‌آورد مبتنی بر اینکه دولت‌های متعاهد، یک قاعده خاص را در قوانین و رویه خود پذیرفته‌اند. بنا بر آنچه گذشت، می‌توان گفت که تفسیر پویا برای مؤثر و به‌روزرنگه‌داشتن حقوق بشر اروپایی، ضروری و غیرقابل اجتناب است. تمسک به تفسیر پویا بدین معناست که ممکن است رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در طول زمان تغییر کرده، تکامل یابد. این تغییرات، فارغ از اینکه تا چه اندازه ضروری هستند می‌توانند مشروعیت آرای دیوان را از میان ببرند. کنسانسوس اروپایی، ایراد غیرقابل‌پیش‌بینی بودن تعهدات دولت‌ها در نتیجه استفاده از روش تفسیر پویا را کم‌رنگ‌تر می‌کند. کنسانسوس در جامعه اروپایی نمی‌تواند به‌طور ناگهانی شکل گیرد و بنابراین با تغییر هنجارها و رویه‌های کشورها می‌توان تغییرات رویه‌قضایی را پیش‌بینی کرد. کنسانسوس اروپایی، در عین اینکه توان تغییر در رویه دیوان را محدود می‌کند، مطلق نیست و دیوان می‌تواند با ارائه دلایل مناسب، آن را نادیده بگیرد.

80. Hoffmann, *op. cit.*, pp. 428-429.

منابع:

الف. فارسی

– کتاب

- بیگزاده، ابراهیم؛ *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، چاپ چهارم، مجد، ۱۳۹۴.

– مقاله

- سادات اخوی، سیدعلی و نفیسه پارسانیا؛ «قواعد تفسیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی بشر»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
- سیدفاطمی، سیدمحمدقاری؛ «معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت»، *مجله حقوقی*، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۸، ۱۳۸۲.
- محبی، محسن و وحید رضادوست؛ «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتیرانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

ب. انگلیسی

- Books & Articles

- Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, 2007.
- Alison Brysk, Michael Stohl, “Expanding Human Rights: 21st Century Norms and Governance”, *Elgar Studies in Human Rights*, 2017.
- Christos Rozakis, “The European Judge as Comparativist”, *Tulane Law Review*, 2005.
- Danny Nicol, “Original Intent and the European Convention on Human Rights’ Spring”, *Public Law*, vol. 152, 2005.
- Effie Fokas, “Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 4, Issue. 1, February 2015.
- Fiona de Londras, Kanstantsin Dzehtsiarou, “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, Issue. 3, September 2015.
- Fitzmaurice, Malgosia, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties”, *Hague Yearbook of International Law*, 2008.

- G. Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR," *European Journal of International Law*, vol. 15, No. 2, 2004.
- Gribnau, Hans L.M., "Legitimacy of the Judiciary", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002.
- Luzius Wildhaber, "European Court of Human Rights", *Canadian Yearbook of International Law*, 2002.
- Martin Dawidowicz, "The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua", *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2011.
- Mowbray, Alastair, "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2005.
- Robin CA White and Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford University Press, 2010.
- Brems, Eva, "Evans v. UK: Three Grounds for Ruling Differently", (December 29, 2016). Forthcoming, Stijn Smet and Eva Brems (eds), *Conflicts of Rights at the European Court of Human Right*, Oxford University Press, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2891312>.

- Awards

- *D.H. and Others v. The Czech Republic*, European Human Rights Reports, 2008.
- *Hirst v. The United Kingdom*, European Human Rights Reports, 2006.
- *Matthews v. UK*, European Human Rights Reports, 1999.
- *Micallef v. Malta*, European Human Rights Reports, 2010.
- *Republican Party of Russia v. Russia*, European Human Rights Reports, 2011.
- *S.W. v. the United Kingdom, W. v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1995.
- *Scoppola v. Italy*, European Human Rights Reports, 2010.
- *Selmouni v. France*, European Human Rights Reports, 2000.
- *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1998.
- *Tyrer v. The United Kingdom*, European Human Rights Reports, 1978.
- *Vo v. France*, European Human Rights Reports, 2003.
- *Soering v. UK*, European Human Rights Reports, 1989.