

# **The Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Confronting International Soft Law**

1. Farangis Mansouri\*: Assistant Professor, Department of Law and Social Sciences, Payam Noor University, Tehran, Iran.  
Email: F.mansoori@pnu.ac.ir (Corresponding Author)

## **ABSTRACT**

Flexibility is considered one of the most essential characteristics of any legal system. One of the mechanisms for creating and ensuring flexibility in international law is the concept of soft law. The notion of soft law has significantly expanded across various fields of international law, particularly in the realm of human rights. Soft law norms occupy a gray area between binding or hard law and morality. The implications and feedback effects of these norms in different domains of international law have drawn the attention of scholars. The present study aims to explain the approach of the European Court of Human Rights (ECtHR) in dealing with soft law norms. The findings of this study, which were obtained through a descriptive–analytical method and library-based research, indicate that the ECtHR sometimes encounters pre-existing soft law norms, while at other times it functions as a “producer of soft law” through the creation of practices that deviate from existing rules. Pre-established soft law, in the light of the jurisprudence of the ECtHR, serves three major functions: using soft law as a tool for interpreting hard law rules and norms; strengthening pre-existing soft law and facilitating its transition into the realm of hard law through the formation of new customary rules; and utilizing soft law to elevate hard norms within the hierarchical structure of international legal norms.

**Keywords:** *Soft Law; Human Rights; European Court of Human Rights; International Customary Law*

How to cite: Mansouri, F. (2026). The Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Confronting International Soft Law. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 8(2), 1-22.

© 2026 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 15 January 2025

Revise Date: 04 April 2025

Accept Date: 10 April 2025

Initial Publish Date: 21 October 2025

Final Publish Date: 22 June 2026



## رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی

۱. فرنگیس منصوری\*: استادیار، گروه حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. پست الکترونیک: F.mansoori@pnu.ac.ir (نویسنده مسئول)

### چکیده

انعطاف‌پذیری یکی از ویژگی‌های بسیار مهم در هر نظام حقوقی محسوب می‌گردد. یکی از سازوکارهای ایجاد و تضمین انعطاف‌پذیری در حقوق بین‌المللی مفهوم حقوق نرم می‌باشد. مفهوم حقوق نرم در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و به طور خاص حقوق بشر گسترش بسیار زیاد پیدا کرده است. هنجارهای حقوق نرم در فضای خاکستری میان حقوق الزام‌آور یا سخت و اخلاق قرار گرفته‌اند. بازخورد این هنجارهای در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است. هدف از پژوهش حاضر تبیین رویکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر در مواجهه با هنجارهای حقوق نرم می‌باشد. یافته‌های پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای گردآوری شده است نشان می‌دهد که، دادگاه اروپایی حقوق بشر گاهی با حقوق نرمی که از پیش تولید شده‌اند، مواجه می‌شود و گاهی نیز (از طریق ایجاد رویه‌های خلاف قواعد موجود) در قامت «تولیدکننده حقوق نرم» ظاهر می‌گردد. حقوق نرم از پیش ایجاد شده در پرتو رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر دارای سه کارکرد بسیار مهم است: استفاده از حقوق نرم به عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت؛ تقویت حقوق نرم از پیش ایجاد شده و کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید؛ استفاده از حقوق نرم برای ارتقاء هنجارهای سخت در سلسله مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل.

واژگان کلیدی: حقوق نرم؛ حقوق بشر؛ دادگاه اروپایی حقوق بشر؛ عرف بین‌المللی

نحوه استناددهی: منصوری، فرنگیس. (۱۴۰۵). رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در مواجهه با حقوق نرم بین‌المللی. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۸(۱)، ۲۲-۱.

© ۱۴۰۵ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به‌صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۲۶ دی ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۵ فروردین ۱۴۰۴

تاریخ پذیرش: ۲۱ فروردین ۱۴۰۴

تاریخ چاپ اولیه: ۲۹ مهر ۱۴۰۴

تاریخ چاپ نهایی: ۱ تیر ۱۴۰۵

در رویکرد کلاسیک به حقوق بین‌الملل، مفاد ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان منابع حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. به بیان ساده‌تر باید‌ها و نبایدهای حقوق بین‌الملل از قالب‌های مندرج در ماده ۳۸ ناشی می‌شوند. در فضای روابط بین‌المللی، از یک سو در راستای «حکومت قانون» نیاز به ثبات و از سوی دیگر در راستای ضرورت‌های متغیر زمانی (که به واسطه سیاسی بودن یا به تعبیری منفعت‌محور بودن روابط) نیاز به انعطاف‌پذیری می‌باشد و تلاش جامعه بین‌المللی نیز در جهت برقراری تعادلی مطلوب میان این دو نیاز بوده است. یکی از مفاهیمی که در فضای روابط بین‌المللی در پاسخ به «نیاز به انعطاف‌پذیری» متولد شده است، مفهوم «حقوق نرم» می‌باشد. اصولاً مفهوم «قاعده» در عالم حقوق از دو منظر قابل بررسی است: یکی از زاویه داخلی آن، یا به تعبیری «محتوای قاعده» و دوم از زاویه خارجی یا به تعبیری قالب، نفس و جایگاه قاعده در سیستم حقوقی. باید دقت داشت که انعطاف‌پذیری قاعده در هریک از دو منظر فوق امکان‌پذیر است. قاعده حقوقی دارای دو رکن الزام‌آوری و پابندی می‌باشد (Shaffer & Pollack, 2012) در رویکرد کلاسیک به حقوق بین‌الملل، الزام‌آوری قاعده حقوقی از قالب آن ناشی می‌شود. به تعبیری این قالب قاعده حقوقی است که الزام‌آوری یا عدم الزام‌آوری را مشخص می‌کند. به همین جهت است که در حقوق بین‌الملل کلاسیک، تعیین مصادیق قالب‌های حقوقی دارای اهمیت فراوانی می‌باشد. اما در حال حاضر فضای روابط بین‌المللی شاهد ظهور قالب‌هایی است که اولاً در گذشته و به ویژه در فضای ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری وجود نداشته‌اند و ثانیاً علی‌رغم این که قالب‌های مزبور غیرالزام‌آور هستند، اما تابعان حقوق بین‌الملل نسبت به آن‌ها پابند می‌باشند. به بیان ساده‌تر این هنجارها در واقع دارای یکی از ارکان قاعده حقوقی که همان «پابندی» می‌باشد، هستند. این هنجارهای نوظهور در ادبیات حقوق بین‌الملل تحت عنوان «حقوق نرم» مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. چنانچه ویژگی اصلی حقوق نرم داشتن یکی از ارکان قاعده حقوقی (یعنی پابندی) باشد، در این صورت طیف گسترده‌ای از هنجارهای موجود در فضای حقوق و روابط بین‌المللی (از هنجارهای موجود در اسناد غیرالزام‌آور مانند قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و... تا رویه‌های جدید خلاف قواعد سخت موجود)، در دایره حقوق نرم قرار می‌گیرند. برخی از صاحب نظران به مفهوم حقوق نرم و به طور خاص جایگاه آن در حقوق بین‌الملل پرداخته‌اند. محور اصلی استدلال این دسته از نویسندگان عموماً متمرکز بر بحث ضرورت یا عدم ضرورت مفهوم حقوق نرم در عالم حقوق، به ویژه فضای حقوق بین‌الملل می‌باشد (Shelton, 2010). برخی از نویسندگان با رویکردی انتقادی و سخت، مفهوم حقوق نرم را متعلق به فضای خارج از حقوق (و به طور خاص اخلاق و یا سیاست می‌دانند) (Zemanek, 1997)؛ در مقابل، برخی دیگر با رویکردی موسع و منعطف، وجود مفهوم حقوق نرم را یکی از ضرورت‌های اصلی نظام حقوق و روابط بین‌المللی قلمداد نموده‌اند (Chinkin, 1989). یکی از چالش‌های مهمی که در این جا مطرح می‌شود و در آثار نویسندگان کمتر مورد توجه قرار گرفته این است که اساساً دادگاه اروپایی حقوق بشر به عنوان یکی از نهادهای قضایی بین‌المللی مرفقی چه موضعی در ارتباط با حقوق نرم اتخاذ نموده است. پیش‌تر حقوق نرم در پرتو رویه دیوان بین‌المللی دادگستری از سوی برخی پژوهشگران مورد توجه قرار گرفته است (Beyranvand, 2023)؛ از سوی دیگر، به جهت این که اروپا محل تلاقی منافع بازیگران مهم عرصه روابط بین‌المللی می‌باشد و بازیگران مزبور متعلق به نظام‌های حقوقی مختلف (رومی-ژرمنی و کامن‌لا) می‌باشند، و همچنین نظام منطقه‌ای در سطح قاره اروپا از نظر هنجاری و ساختاری مرفقی و پیشرفته تر از سطح بین‌المللی محسوب می‌شود، رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در فضای توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می‌باشد؛ در نتیجه رویه مزبور به عنوان یکی از محورهای پژوهش حاضر انتخاب شده است.

عمده ادبیات موجود، در ارتباط با حقوق نرم و در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی می‌باشند و در هیچکدام از پژوهش‌های مزبور، به طور خاص و متمرکز، موضوع حقوق بشر و همچنین رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر مورد بررسی قرار نگرفته است.

## مواد و روش‌ها

در پژوهش حاضر از روش توصیفی تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای جهت نگارش مقاله استفاده شده است.

## بحث

در ابتدا مفهوم حقوق نرم و منابع آن را مورد ارزیابی و تبیین قرار خواهیم داد و سپس قضایای دادگاه اروپایی حقوق بشر در ارتباط با حقوق نرم مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

### ۱. مفهوم حقوق نرم

بنای اصلی تئوری حقوق نرم این است که حقوق یک پدیده صفر و یکی نیست (یا نباید باشد). این نگاه رویکرد کلاسیک یعنی «قالب‌گرایی» را با چالش مواجه کرده است. به تعبیری فضای حقوق باید طیف‌های مختلفی از روابط را مورد تحلیل و بررسی قرار دهد و در مرحله بعد به تنظیم آن‌ها بپردازد. باتوجه به این دیدگاه، نگاه به عالم حقوق در قالب‌های دوگانه سنتی مانند قانونی و غیرقانونی، الزامی و غیرالزامی بی‌فایده است. در واقع باید حقوق را در شرایط و درجات مختلف و متنوعی از قانونی بودن یا الزام‌آوری دید. به تعبیری وضعیت حقوقی روابط تابعان حقوق در طیفی از حالت‌های مختلف از جمله: قانونی، کمتر قانونی، غیرقانونی، کمتر غیرقانونی و... قرار می‌گیرد (Klabbers & Palombella, 2019). به بیان ساده‌تر هنجارها می‌توانند بیشتر یا کمتر الزام‌آور باشند (و نه حتماً الزام‌آور مطلق یا غیرالزام‌آور)؛ و اعمال می‌توانند بیشتر یا کمتر قانونی باشند (و نه حتماً قانونی مطلق یا غیرقانونی) (Klabbers, 1998). البته این دیدگاه مصون از انتقاد نبوده است. برای مثال به اعتقاد برخی نویسندگان علی‌رغم وجود درجات مختلفی از «اراده» در زندگی اجتماعی، چنین مفاهیمی با توجه به فقدان ابزار ارزیابی منتهی پوچی مطلق در فضای مناسبات حقوقی می‌شود (Warner & Livingston, 1994).

اختلاف نظر میان حقوقدانان و نویسندگان حقوق بین‌الملل در ارتباط با مکاتب حقوقی-فلسفی و نوع نگاه به فضای روابط بین‌المللی و مناسبات آن با حقوق بین‌الملل، باعث شده است که تعاریف و تعبیر بسیار مختلفی از حقوق نرم ارائه شود. با توجه به این اختلافات، برخی نویسندگان معتقدند که اساساً ارائه تعریفی جامع و مانع از حقوق نرم امکان‌پذیر نیست (Gruchalla-Wesiersk, 1984). در اینجا ما نیز به بیان و تحلیل برخی از این تعاریف می‌پردازیم و در پایان سعی در ارائه یک برآیند کلی از تعاریف مزبور می‌کنیم. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، ریشه اصلی مفهوم حقوق نرم به تفکرات لرد مک نایر بازمی‌گردد (Sekalala, 2018)، هرچند که ایشان در واقع به دو مفهوم «قواعد جاری»<sup>۱</sup> و «قواعد مطلوب»<sup>۲</sup> پرداخته است. در واقع وی تمایز میان حقوق نرم و حقوق سخت را در ردیف تمایز قواعد جاری و قواعد مطلوب به کار برده است (Klabbers, 1996).

برخی نویسندگان با نگاهی کلی (و نه صرفاً در قالب حقوق بین‌الملل) معتقدند که «حقوق نرم مجموعه‌ای از قواعد هنجاری است که با علی‌رغم فقدان عنصر الزام‌آوری از منظر قواعد حقوقی، در عمل دارای تأثیر گسترده‌ای می‌باشد» (Hodson & Maher, 2004) برخی دیگر از نویسندگان با تأکید بر اینکه اصولاً مرزبندی حقوق نرم و حقوق سخت مسئله اصلی و مهم نیست بلکه اعتبار و جایگاه حقوق نرم به عنوان یک قاعده حقوقی مسئله اساسی محسوب می‌شود، حقوق نرم را چنین تعریف می‌کنند: «حقوق نرم قواعد رفتاری است که به مرحله

<sup>1</sup> Lex lata

<sup>2</sup> Lex ferenda

الزام‌آوری حقوقی نرسیده است، اما در تحلیل و بررسی مفاهیم مختلف حقوقی مؤثر است.» طرفداران این دیدگاه در واقع بر قصد مشترک واضعان برای فقدان عنصر الزام‌آوری حقوقی و در عین حال انطباق بالای رفتار با قواعد حقوق نرم، تأکید می‌کنند (Morth, 2004). تعریفی که پروفیسور سندن ارائه کرده‌اند تقریباً برخی جنبه‌های تعاریف فوق را با هم در نظر گرفته است: «قواعد رفتاری که در ابزارهایی که قدرت الزام‌آوری حقوقی ندارند بیان می‌شوند، اما با این وجود می‌توانند آثار حقوقی مشخص (غیرمستقیم) داشته و یا در نظر داشته باشند، و می‌توانند آثار عملی ایجاد کنند.» در این تعریف در واقع شاهد کشمکش میان قصد<sup>۱</sup> و نتیجه<sup>۲</sup> هستیم. این جاست که باید بگوییم حقوق نرم، قواعد رفتاری را ایجاد می‌کند که هدف آن حداقل برخی آثار رویه‌ای است، اما این آثار بستگی به فاکتورهایی غیر از قدرت الزام حقوقی است (Senden, 2004). با توجه به تعاریف فوق در می‌یابیم که چند عنصر را می‌توان به عنوان عناصر مشترک تعاریف مذکور تعیین کنیم: عنصر اول قواعد رفتاری می‌باشد. که در واقع مطالبه یک رفتار مشخص از تابعان مخاطب حقوق نرم می‌باشد. عنصر دوم ظهور در ابزارهایی که فاقد قدرت الزام حقوقی هستند. عنصر سوم را برخی نویسندگان وجود اراده صریح واضعان برای توسل به حقوق نرم می‌باشد، به تعبیری چنانچه اراده‌ای برای ایجاد یا توسل به قواعد حقوق نرم وجود نداشته باشد و تعهدات غیرالزام‌آور شکل بگیرد نمی‌توان تعهدات مزبور را حقوق نرم تلقی کرد. این دسته از نویسندگان اصولاً قائل به این نیستند که هر تعهد غیرالزام‌آوری الزاماً حقوق نرم می‌باشد (Roucounas, 2019). عنصر چهارم آثار عملی و تأثیر بر رفتار می‌باشد. با توجه به همین عنصر است که نباید (و یا نمی‌توان) هر قاعده غیرالزام‌آور را حقوق نرم بدانیم (Senden, 2005). عنصر پنجم به عقیده برخی نویسندگان داشتن عبارت پردازی و سیاق ویژه می‌باشد. به زعم این دسته از نویسندگان، به جهت اینکه حقوق نرم با مفاهیم مانند اصول کلی حقوق اشتباه نشود باید دارای ادبیات و عبارت پردازی خاص خود باشد، زیرا اصول کلی حقوق (مانند اصل حسن نیت) نیز حاوی تعهدات و قواعد مشخص و منجزی نیستند (Fastenrath, 1993). البته این استدلال کمی با اشکال مواجه است، زیرا اصول حقوقی ذاتاً کلی هستند و در حوزه‌های مختلف حقوق بعد از جرح و تعدیل تبدیل به قواعد حقوقی می‌شوند و نهایتاً احکام حقوقی از طریق توسل به قواعد به دست می‌آید. به همین علت عبارت پردازی اصول ذاتاً متفاوت از عبارت پردازی حقوق نرم می‌باشد.

## ۲. منابع هنجارهای حقوق نرم بین‌المللی

با توجه به آثار حقوقدان و نویسندگان مختلف در مورد حقوق نرم، هنجارها و اسناد حقوق نرم می‌تواند حداقل به سه گروه تقسیم شوند. البته در این مورد و نحوه تقسیم‌بندی میان نویسندگان اختلاف نظر نیز وجود دارد (Damrosch, 2014). گروه اول، تصمیمات غیرالزام‌آور سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی را شامل می‌شود؛ برای مثال تصمیمات غیرالزام‌آور مربوط به روابط برون سازمانی، دستورالعمل‌ها، برنامه‌ها، اعلامیه‌ها، بخشنامه‌ها، نظرات، طرح‌های اجرایی، برنامه اقدام و توصیه‌نامه‌ها که در میان این موارد، قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد بیشتر از سایر موارد خودنمایی می‌کنند (Cassese, 2001). گروه دوم، موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه غیرالزام‌آور میان دولت‌ها می‌باشد، که تحت عناوینی مانند: اعلامیه‌های رسمی، اعلامیه‌های مشترک، تفاهم‌نامه‌های سیاسی، فنی، و... توصیه‌نامه‌های مصوب کنفرانس‌های بین‌المللی و... در ادبیات حقوق و روابط بین‌الملل از آن‌ها یاد می‌شود (Munch, 1991). البته این دسته از توافق‌نامه‌ها گاهی میان اعضاء یک سازمان بین‌المللی و در ارتباط با مسائل داخلی مربوط با سازمان مزبور منعقد و به مرور تبدیل به رویه دائمی سازمان می‌شوند، مانند موافقت‌نامه مربوط به توزیع جغرافیایی اعضاء غیردائم شورای امنیت

<sup>1</sup> Intention

<sup>2</sup> Result

مورخ ۱۹۴۶ (که یک موافقتنامه نژادگرای محسوب می‌شود و از نظر حقوقی نمی‌توان گفت که منشور ملل متحد را اصلاح کرده است) و یا موافقتنامه لوگزامبورگ مورخ ۱۹۶۶ در ارتباط با قواعد رأی‌گیری در جامعه اروپا.

گروه سوم، شامل توصیه‌هایی است که توسط سازمان‌های غیر دولتی به تصویب رسیده‌اند که می‌توانند تأثیر قابل توجهی بر رویه بین‌المللی (مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ) داشته باشد. البته برخی نویسندگان این دسته از قواعد را جزئی از حقوق نرم نمی‌دانند (Thürer, 2013).

به طور خلاصه در تعیین مصادیق حقوق نرم دو رویکرد وجود دارد: رویکرد موسع: هر آنچه در فضای حقوق بین‌الملل حقوق سخت محسوب نشود در واقع حقوق نرم می‌باشد. در این حالت مفهوم حقوق نرم بسیار گسترده می‌باشد. به تعبیری هر آنچه خارج از سازوکار ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری باشد نوعی از حقوق نرم محسوب می‌شود، مانند اعمال یکجانبه غیرالزام‌آور دولت‌ها در قالب اعلامیه‌ها، اعمال یکجانبه سازمان‌های بین‌المللی و حتی اعمال و تصمیمات بازیگران غیردولتی (که مباحث و مسائل مربوط به آنها خود مثنوی مستقلى است) (Senden, 2005).

رویکرد مضیق: در این رویکرد مفهوم حقوق نرم ارتباط تنگاتنگی با حقوق سازمان‌های بین‌المللی پیدا می‌کند و به تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی که به موجب مقررات داخلی آن‌ها برای اعضای الزام‌آور نمی‌باشند و نیز اعلامیه‌های یکجانبه دولت‌ها در روند تدوین کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند اعلامیه‌های مربوط به کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲، اطلاق می‌شود (Thürer, 2013).

### ۳. رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر

قضات دادگاه‌های اروپایی وظیفه مشخصی دارند که عبارت است از اطمینان از رعایت انجام تعهدات توسط طرف‌های عالی متعاقد در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و پروتکل‌های آن. بر همین اساس در هر پرونده و در مورد نقض بالقوه حقوق بشر به صورت موردی، به تفسیر کنوانسیون می‌پردازند. بنابراین قضات در دادگاه اروپایی حقوق بشر تنها زمانی به استفاده از اسناد نرم بین‌المللی حقوق بشر همچون تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی و اسناد صادره توسط مراجع شبه قضایی روی می‌آورند که مطالب آن مربوط به تصمیم‌گیری در خصوص مورد پرونده باشد (Nußberger, 2017).

بعضی قضات دادگاه اروپایی حقوق بشر معتقدند که با توجه به سرعت بالای ترویج اسناد نرم حقوق بشر در فضای ارتباطات بین‌المللی نسبت به تولید و الزام‌آور شدن اسناد سخت، استفاده از اسناد نرم در قضاوت‌های دادگاه اروپایی حقوق بشر نه تنها لازم بوده بلکه در راستای دستیابی به اهداف ایجاد این دادگاه است. هرچند همین موضع باعث شده که بعضی دولت‌های عضو دیدگاه منتقدانه‌ای نسبت به آرای صادره از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر داشته باشند (Elia Antonio, 2021). استفاده از اسناد نرم حقوق بشری در دادگاه‌های اروپا علی‌الخصوص در مورد پرونده‌هایی که در سال‌های اخیر علیه دولت‌ها مطرح شده و بیشتر آنها در مورد حقوق نسل سوم و چهارم بشر هستند، موضوعی است که توجه بدان خالی از لطف نخواهد بود.

### ۳-۱. قضیه کُرت علیه ترکیه

یکی از قضایای مهمی که در آرای دادگاه اروپای حقوق بشر بدان در خصوص مسئولیت دولت تصمیم گرفته شد، قضیه کُرت علیه ترکیه بود. در این قضیه دادگاه به اسناد غیرالزام‌آور بین‌المللی و منطقه‌ای مختلفی در خصوص نقض حقوق بشر استناد نموده بود که می‌تواند به عنوان یکی از مصادیق دقیق استفاده از حقوق نرم بین‌المللی در فضای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها شناخته شود.

## ۳-۱-۱. شرح ماقع

«کوشری کرت»<sup>۱</sup> یکی از شهروندان ترکیه که متولد سال ۱۹۲۷ در این کشور بوده و در زمان رویداد یعنی ۲۵ نوامبر ۱۹۹۳ در نزدیکی روستای آغیلی زندگی می‌کرد. در روز ۲۳ نوامبر ۱۹۹۳ روستای آغیلی توسط سربازان دولت ترکیه به نحوی در محاصره گرفته شده و به مدت دو روز با بازرسی خانه به خانه به دنبال تروریست‌های پ.ک.ک بودند که در این مدت نیز بعضی از خانه‌ها به مدت ۱۰ الی ۱۲ ساعت در آتش می‌سوختند. به گفته خانم کرت، حوالی ظهر ۲۴ نوامبر ۱۹۹۳ زمانی که سربازان اهالی روستا را در حیاط مدرسه روستا جمع کرده بودند، به دنبال پسر او می‌گشتند که در میان حاضرین نبود. سپس سربازان با بازجویی اهالی متوجه شدند «اوزیر کرت»<sup>۲</sup> در خانه جمع خود مخفی شده و پس از مراجعه به آنجا وی را به همراه پسر دیگر خانم کرت، «داوود کرت»<sup>۳</sup>، دستگیر کرده و در خانه یکی از اهالی دیگر در بازداشت نگه می‌دارد. به گفته خانم کرت، آخرین بار که وی اوزیر را در آن خانه دیده، او در شرایط نامناسبی نگه داشته شده و پس از آن تا ۳۰ نوامبر ۱۹۹۳ که دادستان عمومی بسمیل شواهدی از محل نگهداری اوزیر بر اساس اظهارات یکی از نظامیان ترکیه مبنی بر اینکه اوزیر توسط اعضای پ.ک.ک و نه سربازان ترکیه به گروگان گرفته شده است، خبری نداشته است. در ۱۴ دسامبر ۱۹۹۳ دادگاه امنیت ملی در دیاربکر اعلام می‌کند هیچ سابقه‌ای از بازداشت اوزیر کرت در این دادگاه وجود نداشته و نهایتاً در ۲۱ مارس ۱۹۹۴ دادستان عمومی بسمیل رأی با صدور رأی مبنی بر عدم وجود دلایل کافی به انتساب بازداشت غیرقانونی اوزیر توسط سربازان ترکیه و اعلام وقوع جرم توسط پ.ک.ک را صادر می‌کند. پس از آن تمام پیگیری‌های خانم کرت و سایر بستگان اوزیر برای دریافت اطلاع از سرنوشت وی از دولت ترکیه با بن بست مواجه می‌شود (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998). لازم به ذکر است که خانم کرت و سایر شاهدان که از اهالی روستا بودند، مشاهده می‌کند که نظامیان دولت ترکیه پسر خانم کرت یعنی «اوزیر کرت» را با خود می‌برند.

## ۳-۱-۲. تصمیم‌های دادگاه اروپایی حقوق بشر

دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص این پرونده ۱۳ تصمیم را صادر نمود که از قرار ذیلند:

- ۱- دادگاه اعتراض اولیه دولت (ترکیه) در مورد اعتبار درخواست خواهان را به اتفاق آراء رد نمود.
- ۲- دادگاه اعتراض اولیه دولت (ترکیه) در خصوص اینکه هنوز راه حل‌ها داخلی برای حل و فصل قضیه به اتمام نرسیده و بر این اساس دادگاه اروپایی حقوق بشر صلاحیت استماع و ورود به ماهیت قضیه را ندارد به اتفاق آراء رد نمود.
- ۳- دادگاه به اتفاق آراء معتقد بود که ورود دادگاه و تصمیم‌گیری در مورد شکایت خواهان مستند به ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ضرورت ندارد.

ذیل پاراگراف ۱۰۰ و ۱۰۱ رأی، خواهان اصرار داشته که ناپدید شدن پسرش با ایجاد وضعیت تهدید علیه زندگی، زمینه نقض ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را فراهم نموده است. همچنین خواهان مدعی بود که امکان یافتن شواهد خاصی مبنی بر کشته شدن پسرش به دست مقامات دولتی ترکیه وجود دارد (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998). لکن کمیسیون هیچ مدرکی دال بر اینکه اوزیر کرت پس از بازداشت در روستا قربانی نقض ماده ۲ کنوانسیون شده باشد نیافت و همچنین دادگاه نیز در ابتدا یادآوری کرد که یافته‌های کمیسیون در رابطه با بازداشت پسر خواهان توسط سربازان حاضر در روستا در تاریخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۳ را پذیرفته

<sup>1</sup> Mrs Koçeri Kurt

<sup>2</sup> Üzeyir Kurt

<sup>3</sup> Davut Kurt

است که تقریباً با گذشت چهار سال و نیم از بازداشت نامبرده، اطلاعی از سرنوشت زندگی او موجود نیست. با این حال، دادگاه ذیل پاراگراف‌های ۱۰۵ الی ۱۰۹ نیز مانند کمیسیون شواهد عینی مبنی بر اینکه بازداشت پسر خواهان توسط مقامات دولتی در روستا یا مراحل بعدی منجر به قتل وی شده نیافت و با توجه به ملاحظات فوق نظر دادگاه بر اساس شریط مشروح این است که باید اقدامات دولت خوانده را تحت شرایط ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مورد بررسی قرار داد (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998).

۴- ذیل پاراگراف‌های ۱۱۱ الی ۱۱۷ دادگاه به اتفاق آراء معتقد بود که ورود دادگاه و تصمیم‌گیری در مورد شکایت خواهان مستند به ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ضرورت ندارد. در این خصوص نیز این تصمیم دادگاه به دلیل عدم وجود هیچگونه شواهد عینی مبنی بر اینکه تنها ناپدیدشدن اجباری پسر خواهان مصادف با بدرفتاری با نامبرده بوده در خصوص نقض ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر شده است، گرفته شده است (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998).

۵- دادگاه با شش رأی موافق در مقابل سه رأی مخالف، تخلف دولت ترکیه را در رابطه با نقض ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محرز دانست. در خصوص این تصمیم دادگاه در پاراگراف ۱۲۱ و ۱۲۲ از رأی خود به نظریات سازمان عفو بین‌الملل در خصوص تعریف پدیده «ناپدیدشدن اجباری افراد» استناد می‌کند.

۶- دادگاه ذیل پاراگراف‌های ۱۳۱ الی ۱۳۵ با شش رأی موافق در مقابل سه رأی مخالف، تخلف دولت ترکیه را در رابطه با نقض ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محرز دانست. بر اساس نظر کمیسیون، عدم قطعیت، شک و دلهره‌ای که خواهان طی سال‌ها بی‌خبری از فرزند خود و متعاقب بازداشت او متحمل شده است، موجب ناراحتی شدید روحی او شده که این موضوع به ناپدیدشدن اجباری پسرش منتسب بوده و همچنین خواهان بر اساس مفهوم ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در معرض اقدامات غیرانسانی و تحقیرآمیز قرار گرفته است. دادگاه نیز نقض ماده ۳ مذکور توسط دولت ترکیه را شناسایی نموده است (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998).

۷- دادگاه ذیل پاراگراف‌های ۱۳۶ الی ۱۴۲ با هفت رأی موافق در مقابل دو رأی مخالف، تخلف دولت ترکیه را در رابطه با نقض ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محرز دانست. بر اساس تحقیقات کمیسیون، دادستان محلی ترکیه به اظهارات خواهان مبنی بر خطر ناپدیدشدن اجباری پسرش تحت قوانین داخلی ترکیه نه علیه سربازان مستقر در روستا و نه اعضای پ.ک.ک انجام نداده و بر همین اساس دادگاه نیز معتقد است حق خواهان در دسترسی به دادرسی عادلانه توسط دولت ترکیه نقض گشته است (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998).

۸- دادگاه به اتفاق آراء ادعای نقض ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (نقض ممنوعیت تبعیض)، در نتیجه نقض مواد ۲ و ۳ آن توسط دولت ترکیه را رد می‌کند.

۹- دادگاه به اتفاق آراء، ادعای نقض ماده ۱۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مبنی بر محدود کردن دسترسی به آزادی توسط دولت ترکیه را رد کرد.

۱۰- دادگاه با شش رأی موافق در مقابل شش رأی مخالف، کوتاهی دولت ترکیه در خصوص تعهدات مربوط به بند ۱ از ماده ۲۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را احراز نمود.

۱۱- دادگاه با هشت رأی موافق در مقابل یک رأی مخالف: (الف) دولت خوانده باید در رابطه با جبران آسیب غیرمالی در رابطه پسر خواهان به وی وارد آمده، ظرف مهلت سه ماه مبلغ پانزده هزار پوند استرلینگ که نرخ آن قابل تبدیل به لیر ترکیه است، در تاریخ مقرر به خواهان بدهد که خواهان برای پسر و وراث او نگه دارد؛ (ب) دولت خوانده باید در رابطه با جبران خسارت غیرمادی وارد شده به خواهان، ظرف مهلت سه ماه تا تاریخ مقرر مبلغ ده هزار پوند استرلینگ که نرخ آن قابل تبدیل به لیر ترکیه است به خواهان پرداخت کند؛ (ج) سود سالانه ۸ درصد درباره مبالغ پرداختی فوق از انقضای سه ماه فوق‌الذکر تا تسویه حساب مقرر می‌شود.

۱۲- دادگاه با هشت رأی موافق در مقابل یک رأی مخالف: (الف) دولت خوانده در رابطه با هزینه‌ها و مخارج خواهان بدو ظرف مهلت سه ماه، پانزده هزار پوند استرلینگ همراه با هرگونه مالیات بر ارزش افزوده که ممکن است قابل دریافت باشد و در تاریخ قضاوت، کمتر از بیست و هفت هزار و هفتصد و شصت و سه فرانک فرانسه قابل تبدیل به نرخ پوند استرلینگ نیست، پرداخت نماید؛ (ب) بابت پرداخت مبلغ فوق از انقضای سه ماه فوق‌الذکر تا تاریخ تسویه حساب، سود سالانه ۸ درصد به مبالغ فوق مقرر می‌شود.

۱۳- دادگاه به اتفاق آراء، مابقی ادعاهای خواهان برای حصول عدالت رد نمود.

### ۳-۱-۳. تحلیل و ارزیابی تصمیم دادگاه

دادگاه با استناد به اسناد غیرالزام‌آوری که در حوزه حقوق بشر در فضای بین‌الملل این تصمیمات را صادر کرد. این اسناد عبارت بودند از: الف- اسناد مصوب سازمان ملل متحد: اعلامیه سازمان ملل متحد در مورد حفاظت از همه افراد در برابر ناپدید شدن اجباری (G.A. res. 47/133, 18 December 1992) چنین بیان می‌کند: «عمل سیستماتیک ناپدید شدن ماهیت جنایت علیه بشریت دارد و به منزله نقض حق به رسمیت شناختن حقوق اشخاص بوده و حق بر آزادی و امنیت شخص، حق بر مورد شکنجه قرار نگرفتن و همچنین حق بر حیات اشخاص را نقض کرده یا تهدیدی جدی برای آن محسوب می‌شود». ب- تصمیمات و گزارش‌های کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد: کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد که در چارچوب چارچوب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، گزارش‌هایی در مورد تعدادی از موارد ناپدیدشدن-های اجباری تهیه کرده است مانند گزارش کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد در خصوص پرونده «کویتروس علیه اروگوئه» (Quinteros v. Uruguay, 1981)، ج- اسناد منتشره از سوی سازمان‌های کشورهای آمریکایی (OAS): کنوانسیون بین‌آمریکایی در مورد ناپدید شدن اجباری افراد که توسط هفتمین اجلاس عمومی مجمع عمومی در ۹ ژوئن ۱۹۹۴ به شکل قطعنامه به تصویب رسیده است، در مقدمه، ماده ۲، ماده ۴ و ماده ۱۸، مسئله ناپدیدشدن اجباری افراد را براساس اسناد جهانی و منطقه‌ای دیگر همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، اعلامیه آمریکایی حقوق و وظایف انسان و کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر به عنوان یک جرم علیه بشریت به رسمیت شناخته است، اینکه چه عملی ناپدیدشدن اجباری است را تعریف نموده، موجب مسئولیت برای دولت شماره و با استناد به کشورهای متعاقد به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر به رعایت احکام قطعنامه حداقل استاندارد سازمان ملل متحد برای رفتار با زندانیان، استناد به آن را برای محاکم داخلی این کشورها لازم دانسته است. د- رویه قضایی «دادگاه بین‌آمریکایی حقوق بشر»: دادگاه بین‌آمریکایی حقوق بشر موضوع ناپدید شدن اجباری در تعدادی از موارد را بر اساس مفاد کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و قبل از تصویب کنوانسیون بین‌آمریکایی در مورد ناپدید شدن اجباری افراد را در نظر گرفته و نسبت بدان تصمیم قضایی صادر کرده بود. این موارد عبارتند از: «ولاسکز رودریگز علیه هندوراس» (Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1988)، «گودینز کروز علیه هندوراس» (Godínez Cruz v. Honduras, 1989)، «کابلرو-دلگادو و سانتانا علیه کلمبیا» (Cabellero-Delgado and Santana v. Colombia, 1995). ه- نظرات سازمان عفو بین‌الملل:

سازمان عفو بین‌الملل ضمن مراسلات کتبی خود به دادگاه حقوق بشر اروپایی در خصوص این پرونده با تحلیل اسناد بین‌المللی عناصر زیر را در خصوص پدیده «جنایت ناپدید شدن اجباری افراد» شناسایی نموده است: سلب آزادی افراد با موافقت و رضایت مقامات دولتی که به دنبال آن این اشخاص از ارائه اطلاعات مرتبط با سرنوشت یا محل نگهداری شخص ناپدید شده امتناع نموده یا اساساً این اطلاعات وجود نداشته و بدین وسیله شخص ناپدید شده را از حمایت قانون خارج می‌کند. به گفته عفو بین‌الملل، ایرچه «ناپدید شدن اجباری افراد» از یک الگوی سیستماتیک پیروی می‌کنند اما برای اینکه عملی ناپدید شدن اجباری فرد شناخته شود نیازی به صورت پرفتن این عمل به شکب سیستماتیک وجود ندارد. علاوه بر این، «ناپدید شدن» نه تنها به منزله نقض آزادی و امنیت فرد، بلکه نقض سایر حقوق اساسی نیز تلقی شود. همچنین در پرونده «ولاسکر رودریگز علیه هندوراس»، در رأی دادگاه بین‌المللی آمریکایی حقوق بشر به این بخش از نظرات سازمان عفو بین‌الملل مبنی بر اینکه عمل ناپدید شدن اغلب شامل اعدام مخفیانه بدون محاکمه و پنهان کردن جسد است و انزوا و محرومیت طولانی مدت یک فرد به خودی خود رفتاری ظالمانه و غیرانسانی است که به سلامت روانی و اخلاقی قربانی آسیب‌های فراوانی وارد می‌کند، بخش دیگری از نقض حقوق اشخاص ناپدید شده را بر می‌شمارد (KURT v. TURKEY, Judgment, App. No. 24276/94, ECHR 1998).

به علاوه مفهوم مسئولیت کیفری دولت‌ها در فضای حقوق بین‌الملل نه به عنوان یک قاعده مسلم بلکه در قامت یک دکترین (یک قاعده غیرالزام‌آور) مورد پذیرش قرار گرفته است (CASE OF PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY, 2017). نکته جالب توجه در این دعوا این است که علی‌رغم مطرح شدن مسئولیت کیفری در این پرونده، دادگاه به استناد نقض مواد ۲، ۳ و ۵ کنوانسیون بین‌المللی حمایت از تمامی اشخاص در برابر ناپدید شدن اجباری مصوب ۲۰۰۶ میلادی، مسئولیت دولت را احراز نمود (Tsilonis, 2019). به تعبیری، مسئولیت کیفری دولت که در فضای حقوق نرم بین‌المللی مورد شناسایی قرار گرفته است در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر مورد توجه قرار گرفته است و رویه مزبور در جهت تقویت و ارتقاء آن به حقوق سخت و الزام‌آور حرکت کرده است.

### ۳-۲. قضیه پارادیسو و کامپانلی علیه ایتالیا

پرونده پارادیسو و کامپانلی علیه ایتالیا مورخ ۲۰۱۷ می‌باشد. موضوع این پرونده، در ارتباط با فرزندخواندگی یک طفل خارجی توسط والدین ایتالیایی است. یک زوج ایتالیایی در سال ۲۰۱۰ اقدام به بارداری از طریق سازوکار رحم جایگزین نمودند. رحم مزبور مربوط به یک زن اهل کشور روسیه بود. پس از طی دوران بارداری، مادر جایگزین (صاحب رحم اجاره‌ای) در یکی از بیمارستانهای روسیه زایمان نمود و طفل مورد نظر به دنیا آمد. مشکل والدین طفل در ارتباط با عدم صدور اسناد لازم برای طفل به کشور ایتالیا به عنوان یک شهروند ایتالیایی بود.

### ۳-۲-۱. شرح ماقع

خانم پارادیسو و آقای کامپانلی -خواهان‌های این قضیه - زوج متأهلی بودند که در سال ۲۰۰۶ موفق به اخذ مجوز رسمی فرزندخواندگی از طریق لقاح آزمایشگاهی شدند لکن پس از اینکه نتوانستند با توسل به این روش فرزند پیدا کنند، تصمیم گرفتند از طریق ساز و کار «رحم مادر جایگزین»، مادر و پدر شوند. برای این منظور آنها با یک کلینیک مستقر در مسکو تماس گرفتند که در زمینه فن‌آوری تولید مثل از طریق رحم جایگزین تخصص داشت و با یک شرکت روسی قراردادی برای بارداری در رحم جایگزین منعقد نمودند. پس از یک لقاح موفقیت‌آمیز آزمایشگاهی در می ۲۰۱۰ -ظاهراً با استفاده از اسپرم خواهان دوم یعنی آقای کامپانلی - دو جنین «متعلق به آن‌ها» در رحم یک مادر جایگزین کاشته شد. کودک در فوریه ۲۰۱۱ متولد شد و مادر صاحب رحم، رضایت کتبی خود را مبنی بر ثبت کودک به عنوان پسر خانم پارادیسو اعلام نمود. طبق قوانین روسیه، خواهان‌ها، به عنوان والدین کودک ثبت شدند. در گواهی تولدی که روسیه صادر نمود نیز برابر ماده ۵

«کنوانسیون لغو الزام قانونی اسناد عمومی خارجی» مصوب اکتبر ۱۹۶۱ در لاهه، هیچ اشاره‌ای به اینکه نوزاد از طریق ساز و کار رحم جایگزین متولد شده است، نشده بود (Paradiso and Campanelli v. Italy, 2017).

در می ۲۰۱۱، پس از اینکه خواهان‌ها درخواست خود را مبنی بر ثبت گواهی تولد کودک نامبرده ثبت نمودند، به دلیل «تعریف نادرست وضعیت مدنی» و همچنین به دلیل اینکه آنها کودک را خلاف قانون و مجوز فرزندخواندگی که فرزندخواندگی چنین کودک خردسالی منتفی بود، به ایتالیا وارد کرده بودند، مورد بازجویی قرار گرفتند. در همان تاریخ نیز، دادستان، دادرسی برای باز شدن پرونده رسیدگی به فرزندخواندگی کودک را با اعتقاد به اینکه وضعیت کودک رها شده است، آغاز نمود. در آگوست ۲۰۱۱، به درخواست دادگاه آزمایش DNA انجام شد. نتیجه آزمایش نشان داد که برخلاف آنچه خواهان‌ها اعلام کرده بودند، هیچ ارتباط ژنتیکی بین خواهان دوم و کودک وجود ندارد. در اکتبر ۲۰۱۱، دادگاه اطفال ایتالیا، رأی به جدا کردن کودک از خواهان‌ها را صادر نمود. همچنین تماس میان کودک و خواهان‌ها ممنوع اعلام شد. در آوریل ۲۰۱۳ دادگاه با اعلام این موضوع که امتناع از ثبت شناسنامه و گواهی تولد صادره روسیه قانوناً مشروع بوده، دستور صدور یک گواهی تولد جدید با دادن نام جدید به کودک و ثبت به عنوان متولد شده از پدر و مادر ناشناس را داد. کودک مذکور در آن زمان توسط خانواده دیگری به فرزندخواندگی پذیرفته شده بود و دادگاه داخلی وضعیت خواهان‌ها را برای اقدام در آن مراحل فرزندخواندگی محرز ندانست (Paradiso and Campanelli v. Italy, 2017). پس از این خواهان‌ها با استناد به نقض ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، درخواست رسیدگی به موضوع را از دادگاه اروپایی حقوق بشر نمودند.

### ۳-۲-۲. تصمیم دادگاه اروپایی حقوق بشر

تصمیم شعبه دادگاه در خصوص شکایت خواهان‌ها از طرف کودک را به دلیل نبودن هیچ رابطه حقوقی میان خواهان‌ها و کودک غیر قابل استماع تشخیص دادند. سپس با اعلام این موضوع که امتناع دولت ایتالیا از صدور گواهی تولد طبق سند صادر شده در روسیه نقض حقوق آنان طبق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در مورد احترام به زندگی خصوص و خانوادگی اشخاص است، شعبه دادگاه به این نتیجه رسید که آنچه در ماده ۸ کنوانسیون به معنای واقعی زندگی خانوادگی است، در مورد شکایت خواهان‌ها وجود نداشت. دادگاه ذیل پاراگراف‌های ۹۸ الی ۱۰۱ به این نتیجه رسید که با وجود این واقعیت که هیچ رابطه خونی میان کودک و والدین وجود نداشته، بنابراین والدین در اولین مراحل مهم زندگی کودک نقشی نداشتند که به عنوان پدر و مادر کودک نسبت داده شوند. و علاوه بر این دادگاه معتقد بود به دلیل عدم وجود ارتباط بیولوژیکی میان خواهان دوم و کودک از طریق آزمایش DNA، زندگی خصوصی خواهان دوم نیز به خطر می‌افتد. همچنین از نظر دادگاه، اقدام دادگاه ایتالیا را در صالح دانستن قوانین داخلی خود برای تعیین «وضعیت رها شده بودن برای کودک» در غیاب رابطه ژنتیکی با خواهان‌ها، غیرمنطقی تشخیص ندادند (Paradiso and Campanelli v. Italy, 2017).

### ۳-۲-۳. تحلیل و ارزیابی رأی دادگاه

کمیته حقوق کودک در سال ۲۰۰۵ در اعلامیه عمومی شماره ۷ خود، کشورهای عضو کنوانسیون حقوق کودک را در به رسمیت شناختن حقوق کودکان خردسال تشویق نموده و اعلام می‌دارد که باید تمام حقوق مندرج در کنوانسیون حقوق کودک که به خصوص در دوران حساس خردسالی برای تحقق منافع کودکان به بهترین شکل ممکن به رسمیت شناخته شود. در نظریه کمیته حقوق کودک چنین درج شده: «ماده ۳ کنوانسیون بیان‌کننده این اصل است که مصلحت کودک در درجه اول تمام اقدامات مربوط به کودکان باید در نظر گرفته شود. به دلیل عدم بلوغ نسبی کودکان خردسال، این کودکان برای ارزیابی و نمایندگی حقوق خود متکی به مقامات مسئول بوده که این افراد باید در جهت

تأمین حقوق و بهترین منافع کودک که بر رفاه او اثرگذار است ضمن در نظر گرفتن ظرفیت‌های مؤثر بر وضعیت کودک تصمیم گرفته و اقدام نماید. در مواد ۹، ۱۸، ۲۰ و ۲۱ کنوانسیون حقوق کودک که بیشتر آنها ناظر به دوران خردسالی کودک است، اصل بهترین منافع کودک مکرراً ظاهر شده است. این اصل به تمامی حقوق کودکان که مستلزم اقدامات فعالانه برای حمایت از حقوق آنها و ارتقاء بقا، رشد، رفاه آنها و همچنین اقداماتی برای حمایت و کمک به والدین و سایر مسئولان حقوقی کودک، مربوط می‌شود: (الف) در تصمیم‌گیری‌های راجع به مراقبت، بهداشت، آموزش و... باید اصل بهترین منافع را برای تک تک کودکان توسط والدین، متخصصان و سایر مسئولان کودکان در نظر گرفته شود. بر همین اساس، از دولت‌های عضو خواسته با در نظر گرفتن مقرراتی که کودکان خردسال در تمام مراحل قانونی به‌طور مستقل توسط شخصی که برای منافع کودک عمل می‌کند، نمایندگی شوند و نظرات یا ترجیحات کودکان را نیز در تمام مواردی که ظرفیت آن وجود دارد، شنیده و در نظر بگیرند» (Committee on the Rights of the Child, 2005). در ارتباط با عدم امکان جداکردن کودک از مادر، دادگاه اعلامیه حقوق کودک را مورد اشاره قرار داده است. به تعبیری، از یک سند غیرالزام‌آور (مفاد اعلامیه) یک قاعده مهم برای تعیین تکالیف دولت‌ها و افراد استفاده کرد. در اینجا کارکرد اسناد غیرالزام‌آور نه به صورت فرعی و کمکی بلکه به صورت اصلی و برای تشخیص قاعده می‌باشد (Paradiso and Campanelli v. Italy, 2017).

از دیگر اسناد غیرالزام‌آوری که در این دادگاه مورد استناد قرار گرفت و بخشی از تصمیمات دادگاه نیز بر اساس آن اتخاذ شد، اصول تصویب شده توسط کمیته موقت کارشناسان در زمینه پیشرفت در علوم زیست پزشکی شورای اروپا بود. کمیته موقت کارشناسان در زمینه پیشرفت در علوم زیست پزشکی شورای اروپا که قبل از کمیته راهبری کنونی اخلاق زیستی مجموعه‌ای از اصول را در سال ۱۹۸۹ منتشر نمود که در اصل ۱۵ آن «رحم اجاره‌ای» را شناسایی می‌کند. اصل ۱۵ این مجموعه اصول چنین بیان می‌کند: «۱. هیچ پزشک یا مؤسسه‌ای نمی‌تواند از تکنیک‌های تولید مثل مصنوعی برای حمل جنین توسط مادر جایگزین استفاده کند. ۲. هرگونه قرارداد یا توافقی بین مادر جایگزین و شخص یا زوجی که او کودک را برای آنها حمل کرده است غیرالزام‌آور خواهد بود. ۳. هرگونه اشخاصی به عنوان واسطه برای حصول نفع اشخاص ذینفع مادر جایگزین و هرگونه تبلیغات راجع به آن ممنوع است. ۴. با این حال، دولت‌ها می‌توانند در موارد استثنایی که توسط قوانین ملی خود تعیین می‌شود، ضمن احترام به بند ۲ این اصل، مقرر کنند که یک پزشک یا مؤسسه پزشکی به شرطی که از تکنیک‌های تولد مثل مصنوعی لقاح استفاده نکند، مجاز به استفاده از رحم مادر جایگزین است: (الف) مادر جایگزین، هیچ سود مادی از این عمل به دست نمی‌آورد. (ب) مادر جایگزین، در بدو تولد حق نگهداری از فرزند را دارد».

دادگاه برای شناسایی مفهوم «رحم مادر جایگزین» به یک سند غیرالزام‌آور مراجعه کرد. در همین راستا، دادگاه اصول تصویب شده توسط کمیته موقت کارشناسان در زمینه پیشرفت در علوم زیست پزشکی شورای اروپا را مدنظر قرار داد. به تعبیری، دادگاه برای تشخیص مصداق مورد نظر خود، به یک سند غیرالزام‌آور مراجعه نمود. در اینجا کارکرد اسناد حقوق نرم به عنوان یک ابزار تفسیری و کمکی مورد شناسایی قرار گرفته است. همچنین گزارش نهایی کنفرانس لاهه در مورد حقوق بین‌الملل خصوصی که در ۱۴ آوریل ۲۰۱۴ منتشر شد بیانگر این مطلب بود که شورای سیاست‌گذاری عمومی اتحادیه اروپا، به بررسی امکان‌سنجی تهیه یک ابزار چندجانبه در مورد مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد وضعیت کودکان، به ویژه با به رسمیت شناختن نسب والدین، موافقت نمود. بر این اساس نیز سند شماره 3A صادره توسط پارلمان اتحادیه اروپا مورخ فوریه ۲۰۱۵ با عنوان «نسب/جایگزینی: یادداشتی به روز»، نگرانی‌های مهم حقوق بشری ناشی از وضعیت فعلی بین‌المللی در مورد موافقت‌نامه‌های رحم جایگزین و شیوع روزافزون این قبیل موافقت‌نامه‌ها را شرح داد. این موضوع باعث شد که کنفرانس لاهه یکی

از الزامات مبهم حقوق بشری از منظر حقوق کودکان را توجه به این موضوع بیان کند. این خلاء مقررات در حوزه حقوق سخت باعث شد تا رأی دادگاه اروپایی حقوق بشر در این قضیه- پرونده پارادیسو و کامپانلی علیه ایتالیا- خود رویه‌ساز شد و در قضایای بعدی مشابه نیز مورد استناد قرار بگیرد (Knijn & Naldini, 2018).

### ۳-۳. قضیه باکا علیه مجارستان

موضوع این قضیه به حق استقلال قضات و شناخت اصل ممنوعیت جابه‌جایی یا عزل غیرقانونی آنان در فضای حقوق بشر بین‌الملل باز می‌گردد. در این قضیه دادگاه برای استدلال خود به اسناد نرم حقوق بشری همچون اصول مندرج در «قانون استقلال قضایی و اجرای انتصابات سازمان دادگاه اروپایی حقوق بشر» مصوب ۲۰۰۳ و «استانداردهای اروپایی استقلال قوه قضائیه» که از سوی «کمیسیون اروپای برای دموکراسی از طریق قانون» در سال ۲۰۰۸ منتشر شده و در آن نیز به اسناد نرم دیگری همچون «اصول اساسی استقلال قوه قضائیه مورد تأیید UNGA» در سال ۱۹۸۵ و همچنین اصول قضایی بنگلور در سال ۲۰۰۲ منتشر شده، ارجاع داده می‌شود.

### ۳-۳-۱. شرح ماقع

باکا که خواهان این پرونده می‌باشد، در سال ۲۰۰۹ توسط پارلمان مجارستان به عنوان رئیس دیوان عالی انتخاب شد. مدت دوره تصدی وی تا سال ۲۰۱۵ میلادی بود. در سال ۲۰۱۱ پروژه اصلاح قانون اساسی مجارستان آغاز شد و باکا نیز به عنوان عالی‌ترین مقام قضایی دولت مجارستان به اظهارنظر در مورد آن پرداخت. نکته جالب توجه این است که اظهارات نامبرده در جهت منافع پارلمان و احزاب سیاسی اکثریت نبود به همین جهت در اثر فشارهای سیاسی، وی از سمت خود عزل شد. باکا در ارتباط با حق خود نسبت به ریاست دیوان عالی و همچنین استقلال قوه قضائیه از سایر قوا، در دادگاه اروپایی حقوق بشر اقدام به طرح دعوا نمود (Bianku & Smith, 2021).

### ۳-۳-۲. موضع دادگاه اروپایی حقوق بشر

تصمیم دادگاه، اولاً در خصوص ادعای نقض حقوق شهروندی آقای باکا در پیگیری حقوقی اعتراضش در مورد خاتمه زود هنگام مأموریت خود، براساس ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، پذیرفته شده و دادگاه به نقض ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، از سوی دولت مجارستان رأی می‌دهد. همچنین در خصوص ادعای خواهان مبنی بر نقض حق ایشان در مورد آزادی بیان به استناد بند ۱ از ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز، دادگاه با بررسی این حقیقت که خواهان امکان اعتراض به خاتمه زود هنگام مأموریت رو خود را نداشته و همچنین با اعلام این موضوع که داشتن آزادی بیان جزو ویژگی‌های ذاتی اشتغال در حرفه ایشان بوده، که اصول اساسی مبط به استقلال قوه قضائیه و غیرقابل تغییر بودن قضات، از این امر حمایت می‌کند و این واقعیت که مأموریت او توسط قانون جدید نیز نمی‌توانست با حالت اخراج بدون محمل قانونی و بدون رعایت اصل بماسبق نشدن قوانین صورت پذیرد، همچنین در پرتوی اصل حاکمیت قانون که در اسناد مختلف جامعه ملل متحد همچون اعلامیه حقوق بشر بدان تصریح شده است، همچنین با توجه به اهمیت روزافزون اسناد بین‌المللی و اسناد مصوب شورای اروپا، از آنجایی که رویه دادگاه‌های بین‌المللی و سایر نهادهای بین‌المللی، رویه انصاف محور در مورد جابه‌جایی اجباری قضات یا عزل آنان را ضمیمه می‌کردند، دادگاه اروپایی حقوق بشر اعلام نمود که دولت خواننده به ماهیت حق دسترسی خواهان به دادگاه لطمه زده و با استناد به ماده ۴۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، برای جبران خسارات مادی و غیرمادی، دولت خواننده را به پرداخت ۷۰/۰۰۰ یورو (هفتاد هزار یورو) در حق خواهان محکوم می‌کند (Baka v. Hungary, 2016).

### ۳-۳-۳. تحلیل و ارزیابی موضع دادگاه

دادگاه اروپایی در ارتباط با استقلال قوه قضائیه، با توسل به اسناد و هنجارهای غیرالزام‌آور بین‌المللی از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر، در قامت یک اصل کلی استقلال قوه قضائیه را در پرتو اصل عدالت احراز نمود. به تعبیری، دادگاه با توسل به حقوق نرم، یک اصل کلی را در قامت یک قاعده عرفی مورد پذیرش اکثریت جامعه بین‌المللی احراز نمود. در نتیجه در این قضیه، دادگاه با کمک اسناد و هنجارهای حقوق نرم، رکن معنوی قاعده عرفی بین‌المللی را احراز کرد. این قضایا نمونه‌هایی از رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر می‌باشد که هنجارها و اسناد حقوق نرم بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته‌اند (Baka v. Hungary, 2016). علاوه بر اینکه در این رأی، دادگاه با استفاده از اسناد نرم حقوق بشری به تفسیر و تحلیل حقوق سخت می‌پردازد، بعدها و در سال ۲۰۲۱ نیز که جدیدترین نسخه از گزارشات توصیه‌ای که مؤسسه «The AIRE Centre» در خصوص استقلال و بی‌طرفی قوه قضائیه به عنوان یکی از اصول مهم حاکم بر دادگاه اروپایی حقوق بشر در حفظ و صیانت از حقوق اشخاص در مقابل سازمان‌های دولتی دارد، مفصلاً مورد بحث قرار گرفته است (Bianku & Smith, 2021).

### ۳-۴. قضیه ریستیک علیه صربستان

به طور کلی اصولی همچون حق بر دادرسی عادلانه که از مصادیق حقوق بشر بوده و به موجب ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر که اعلام داشته: «هرکس حق دارد با استفاده کامل از تساوی حقوق با دیگران، دعوای او در یک دادگاه مستقل و بی طرف عادلانه و علنی رسیدگی شود و آن دادگاه درباره حقوق و تعهدات او، یا صحت هرگونه اتهام کیفری که به او متوجه باشد حکم دهد» به رسمیت شناخته می‌شود، در قالب یک اصل کلی بیان شده است. در نتیجه برای دستیابی به قواعد و وجوه خاص این اصل کلی حق بر دادرسی عادلانه در حوزه حقوق بشر، از آنجایی که اصول کلی حقوق بین‌الملل در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل وارد شده‌اند، باید به سایر اسناد و رویه بازیگران بین‌المللی نیز مراجعه نمود (Beyranvand, 2023). از نکات برجسته این قضیه استفاده از اسناد حقوق نرم در شناسایی حدود مفاهیمی است که از ویژگی‌های حق دسترسی به دادرسی عادلانه شمرده می‌شود. این ویژگی‌ها نظیر حق حمایت مساوی، حق حضور متهم در روند محاکمه، حقوق و ابزارهای لازم برای دفاع من جمله استماع مؤثر و همچنین در نظر گرفتن وضعیت ویژه قربانیان که در این پرونده کودک بوده و باید از حمایت حقوق بشر مخصوص کودکان نیز بهره‌مند شوند، اشاره نمود.

### ۳-۴-۱. شرح مواقع

دخواست شماره ۳۲۱۸۱/۰۸ علیه جمهوری صربستان طبق ماده ۳۴ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی توسط مادر دو شهروند صرب به نام‌های خانم جوانا ریستیک و آقای نیکولا ریستیک (خواهان‌های پرونده)، که متولد سال‌های ۱۹۹۲ و ۱۹۹۶ بوده و اکنون ساکن بلگراد هستند، در تاریخ ۲۶ ژوئن ۲۰۰۸، به دادگاه اروپایی حقوق بشر تقدیم شد. شکایت خواهان‌ها راجع به طولانی شدن بیش از حد فرآیند دادرسی کیفری جرم عدم پرداخت نفقه از سوی پدرشان بود (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

در ۲۸ دسامبر سال ۲۰۰۰، شعبه سوم دادگاه حقوقی بلگراد با صدور رأی مبنی بر طلاق والدین خواهان‌ها به پدرشان دستور پرداخت ۲۵ درصد از درآمد ماهیانه خود را به هر یک از خواهان‌ها به عنوان نفقه اعلام نمود. در ۲۷ ژوئن ۲۰۰۱ این حکم قطعی شد. در دوم آوریل ۲۰۰۳ مادر خواهان‌ها، شکایت کیفری علیه پدر آنها (از این پس متهم) به اتهام عدم پرداخت نفقه اعطاء شده به کودک را در دادگاه بلگراد طرح نمود. در ۱۳ می ۲۰۰۳، دادستان عمومی بلگراد دستور آغاز تحقیقات را صادر نمود. در ۲۹ می ۲۰۰۳، در جریان تحقیقات مقدماتی قبل از رسیدگی دادگاه بلگراد، مادر خواهان‌ها به نمایندگی از آنان، درخواست پرداخت نفقه فرزندان را بر اساس حکم صادره ۲۸ دسامبر سال ۲۰۰۰ را نمود. در ۱۴ جولای ۲۰۰۳، دادرسی عمومی بلگراد به طور رسمی راجع به عنوان اتهامی فوق‌الذکر کیفرخواست متهم را صادر نمود.

اولین جلسه دادگاه که برای ۹ دسامبر ۲۰۰۳ ابلاغ شده بود به تعویق افتاد. بین مارس ۲۰۰۴ و آوریل ۲۰۰۵ دو جلسه استماع برگزار شد در حالی که سه جلسه دیگر به دلایل مختلف متعددی به تعویق افتاده بود. در ۲۵ آوریل ۲۰۰۵ دادگاه تصمیم خود مبنی بر رسیدگی به شکایت خواهان‌ها در مورد ماهیت و درخواست نظر کارشناسی تعهد پرداخت نفقه معوقه بین ژانویه ۲۰۰۱ تا ژوئن ۲۰۰۵ را اعلام نمود. کارشناس نظر خود را در ۷ جولای ۲۰۰۵ ارائه نمود. بین آگوست ۲۰۰۵ تا اکتبر ۲۰۰۶، چهار جلسه دادگاه به دلیل عدم حضور وکیل پدر خواهان‌ها یا عدم ابلاغ صحیح وی، توسط دادگاه به تعویق افتاد. نماینده خواهان‌ها، با توجه به طولانی شدن فرآیند دادرسی و با توجه به امکان رفع مشکل از ناحیه متهم تقاضای تعیین وقت استماع را از دادگاه نمود که با توجه به تعویق مجدد جلسه ۲۲ نوامبر ۲۰۰۶، وقت رسیدگی دیگری برای ۸ دسامبر ۲۰۰۶ توسط دادگاه تعیین شد. بین دسامبر ۲۰۰۶ تا اکتبر ۲۰۰۷، دو جلسه دادرسی دیگر در حالی برگزار شد که در این میان سه جلسه به دلایل آیین دادرسی که یکی از آنها به دلیل رسیدگی رئیس دادگاه به دعای دیگر، به تعویق افتاده بود (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

در ۲۲ نوامبر ۲۰۰۷ دادگاه از کارشناس درخواست اظهارنظر به روز را نمود. کارشناس گزارش خود را در ۸ ژانویه ۲۰۰۸ ارائه کرد. دادگاه این گزارش را در جلسه ۸ فوریه ۲۰۰۸ به طرفین ابلاغ کرد که برای ارائه نظرات کتبی خود به تعویق افتاد. جلسه تعیین شده برای ۶ مارس ۲۰۰۸ به دلیل عدم حضور دادستان و نماینده متقاضیان به تعویق افتاد و برای ۱ آوریل ۲۰۰۸ موکول شد. با توجه به عدم حضور متهم در دادگاه، جلسه اول آوریل ۲۰۰۸ نیز به تعویق افتاد و برای ۹ جولای ۲۰۰۸ وقت رسیدگی بعدی تعیین شد که به نظر می‌رسد این جلسه نیز به تعویق افتاده است. در ۸ اکتبر ۲۰۰۸، دادگاه عمومی بلغراد، متهم را به دلیل عدم پرداخت نفقه کودک مجرم شناخته و او را به سه ماه حبس تعلیقی به مدت یک سال محکوم کرد. دادگاه در ادامه به خواهان‌ها بر اساس ماده ۲۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری صربستان توصیه نمود که مطالبات غراماتی که در جریان دادرسی کیفری بدانها وارد شده را از طریق دادگاه حقوقی در دعاوی جداگانه حقوقی مطرح نمایند. همچنین در این رأی خاطر نشان شده که ادله کافی در این زمینه در روند دادرسی کیفری در موضوع اتهامی متهم کافی نبوده است. به نظر می‌رسد این حکم به نماینده خواهان‌ها ابلاغ نشده است. در ۱۲ فوریه ۲۰۰۹ دادگاه ناحیه، رأی دادگاه بلغراد را نقض و برای رسیدگی مجدد ارسال می‌کند. مجدداً دادگاه بلغراد، متعاقباً جلسه‌ای را در تاریخ ۲۲ ژوئن ۲۰۰۹ تعیین نموده که به دلیل عدم حضور متهم دادگاه به تعویق می‌افتد. در ۱۶ جولای ۲۰۰۹، این دادگاه رسیدگی را به دلیل انقضای مهلت تعقیب، متوقف نموده و همچنین به متقاضیان توصیه کرد که می‌توانند ادعای خسارت خود را در یک دعوی مدنی جداگانه پیگیری کنند. به دلیل عدم ارائه درخواست تجدیدنظر، حکم مذکور در تاریخ ۹ اکتبر ۲۰۰۹ قطعی شد. خواهان‌ها با استناد به ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دولت صربستان را به نقض حقوق خود مبنی بر اینکه هر فرد حق دسترسی به دادرسی عادلانه و استماع توسط دادگاه را داشته، متهم نموده و بنابر ماده ۴۱ کنوانسیون مذکور از دادگاه اروپایی حقوق بشر درخواست غرامت از دولت صربستان را می‌نمایند (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

### ۳-۲. موضع دادگاه اروپایی حقوق بشر

دولت صربستان با اظهار به اینکه خواهان‌ها اجرای حکم ۲۷ ژوئن ۲۰۰۱ را تمام ننموده‌اند، مدعی عدم قابلیت استماع درخواست خواهان‌ها در دادگاه اروپایی حقوق بشر بود. به علاوه دادگاه بلغراد به آنها توصیه نموده که دعوای حقوقی خود را از طریق دادگاه حقوقی و نه از طریق دادگاه کیفری پیگیری نمایند. دادگاه در خصوص این اعتراض دولت صربستان اعلام می‌کند که طبق قوانین داخلی صربستان قربانی یک جرم، می‌تواند طرح دعوای مدنی جداگانه برای خسارات وارده به او، ضمن طرح شکایت کیفری نیز آن را نیز مطالبه نماید. همچنین دولت صربستان

با اظهار به اینکه، (الف) اگرچه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از تاریخ ۳ مارچ ۲۰۰۴ برای این کشور (از طریق تصویب آن به صورت قوانین داخلی خود) الزام‌آور شده لکن شکایت کیفری مطرح شده از سوی خواهان‌ها در تاریخ ۱۳ می ۲۰۰۳ طرح گشته است، (ب) مسئولیت دادگاه در قبال شکایت خواهان‌ها مورد نسبتاً پیچیده‌ای به دلیل رسیدگی همزمان به دو عنصر جرم و خسارات مادی ناشی از آن بوده است، (ج) درحالی‌که تعویق چندین جلسه دادگاه علاوه بر اینکه می‌تواند به مقامات داخلی منتسب باشد به رفتار نماینده قلمونی (مادر) خواهان‌ها نیز باز می‌گردد و (د) اساساً رئیس دادگاه برای اطمینان از دسترسی حق متهم به محاکمه عادلانه چندین جلسه دادگاه را به تعویق انداخته، ادعای خواهان‌ها را در نقض حقوق آن رد می‌کند (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

دادگاه اروپایی حقوق بشر ذیل پاراگراف ۴۴ رأی خود، با استناد به دعوای مختلف (Atanasova v. Bulgaria, 2008) در تفسیر ماده ۶ کنوانسیون چنین اعلام می‌کند که «ماده ۶ از زمانی که قربانیان به عنوان طرفین مدنی عضو می‌شوند، یعنی از زمانی که دعوای خود را برای خسارات وارده در نتیجه یک جرم کیفری اقامه می‌کنند، تحت قواعد مدنی خود در مورد دادرسی کیفری قابل اجرا است، حتی اگر این اتفاق در مرحله تحقیقات مقدماتی پرونده رخ دهد» (Boris Stojanovski v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia", 2010).

دادگاه همچنین یادآوری می‌کند که منطقی بودن طول رسیدگی باید با توجه به شرایط پرونده با توجه به معیارهای پیچیدگی پرونده، رفتار خواهان‌ها و مراجع ذی‌ربط و اینکه خواهان رسیدگی به چه اختلافی را از دادگاه خواسته ارزیابی می‌شود. در خصوص تبیین این معیارها مجدداً دادگاه اروپایی حقوق بشر به آرای مختلفی استناد می‌کند (Cocchiarella v. Italy, 2006). دادگاه در مرحله دوم خاطرنشان می‌کند که برای اهداف این پرونده، رسیدگی‌های مورد اعتراض بین ۲۹ مه ۲۰۰۳ و ۹ اکتبر ۲۰۰۹، زمانی که تصمیم دادگاه در ۱۶ ژوئیه ۲۰۰۹ نهایی شد، به طول انجامید، کنوانسیون در ۳ مارچ ۲۰۰۴ برای صربستان لازم‌الاجرا شده درحالی‌که خواهان‌ها به مدت نه ماه در انتظار رسیدگی بوده‌اند. همچنین دولت درحالی استناد به این موضوع می‌کند که تعویق‌های مکرر دادگاه داخلی برای رعایت حقوق متهم در دسترسی به دادرسی عادلانه بوده است، باید محافظت کافی از حقوق قربانیان را نیز به خصوص در این مورد که خواهان‌ها کودک و آسیب‌پذیر هستند را انجام دهد (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

با توجه به این موارد و همچنین وجود چندین مورد از دوره‌های بی‌توجهی غیر موجه دادگاه داخلی و عدم فعالیت قضایی، دادگاه اروپایی حقوق بشر نقض بند ۱ از ماده ۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی را در نتیجه عدم رسیدگی به شکایات خواهان‌ها در زمان معقول به مقامات قوه قضائیه دولت خوانده منتسب تشخیص می‌دهد. نهایتاً تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص این پرونده بدین شرح قرار گرفت: «۱- درخواست خواهان‌ها را (در خصوص رسیدگی به ادعای آنان در دادگاه اروپایی حقوق بشر) مسموع دانست؛ ۲- اعلام نمود که ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (حق دسترسی به دادرسی عادلانه و استماع مؤثر دعوای اشخاص) توسط دولت خوانده نقض شده است؛ ۳- (الف) دولت خوانده ظرف سه ماه از تاریخ قطعیت این رأی به استناد بند ۲ از ماده ۴۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مسئول به پرداخت: اولاً ۲۶۰۰ یورو (دو هزار و ششصد یورو) در حق خواهان‌ها به جهت خسارات غیرمادی ایشان به اضافه هرگونه مالیات و عوارضی که بدان تعلق می‌گیرد، ثانیاً موظف به پرداخت ۵۰۰ یورو به آنان به جهت هزینه‌ها متحمل می‌باشد؛ (ب) از تاریخ انقضای سه ماه فوق‌الذکر تا زمان پرداخت، به مبلغ فوق سود ساده با نرخ برابر با نرخ وام نهایی بانک مرکزی اروپا به صورت پیش‌فرض به اضافه سه درصد اضافه می‌شود؛ ۴- مابقی ادعای خواهان‌ها نیز مسموع شناخته نشد» (RISTIĆ v. SERBIA, 2009).

## ۳-۴-۳. تحلیل و ارزیابی موضع دادگاه

همانطور که در استدلال‌های مختلف دادگاه اروپایی حقوق بشر در این پرونده مشاهده شد، دادگاه با توسل به اسناد غیرالزام‌آوری همچون آرای دادگاه‌های مختلف که در آن دولت صربستان طرف دعوا نبوده برای شناسایی معیارهای دادرسی عادلانه استفاده می‌کند. این معیارها در اسناد غیرالزام‌آور دیگری نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی در خصوص حق دسترسی به دادرسی عادلانه در پرتوی اصل عدالت، اصول قضایی بنگلور منتشره در نشست بنگلور در سال ۲۰۰۲، «استانداردهای اروپایی استقلال قوه قضائیه» که از سوی «کمسیون اروپای برای دموکراسی از طریق قانون» در سال ۲۰۰۸ منتشر شده مورد تبیین قرار گرفته است. به علاوه نباید از تأثیر نظریه عمومی کمیته حقوق کودک مبنی بر رعایت اصل مصلحت کودک و تأمین حقوق و بهترین منافع از سوی تمامی اشخاص مسئول کودکان نظیر دولت‌ها که استدلال دادگاه در خصوص ضعیف خواهان‌ها بدان باز می‌گردد نیز بی‌توجه بود. به تعبیری، دادگاه با توسل به حقوق نرم، یک اصل کلی را در قامت یک قاعده عرفی مورد پذیرش اکثریت جامعه بین‌المللی احرار نمود. در نتیجه در این قضیه، دادگاه با کمک اسناد و هنجارهای حقوق نرم، رکن معنوی قاعده عرفی بین‌المللی را احرار کرد. این قضایا نمونه‌هایی از رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر می‌باشد که هنجارها و اسناد حقوق نرم بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته‌اند.

## نتیجه‌گیری

دادگاه اروپایی حقوق بشر گاهی با حقوق نرمی که از پیش تولید شده‌اند، مواجه می‌شود و گاهی نیز (از طریق ایجاد رویه‌های خلاف قواعد موجود) در قامت «تولیدکننده حقوق نرم» ظاهر می‌گردد. حقوق نرم از پیش ایجاد شده در پرتو رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر دارای سه کارکرد بسیار مهم است: استفاده از حقوق نرم به عنوان ابزار تفسیر قواعد و هنجارهای سخت؛ تقویت حقوق نرم از پیش ایجاد شده و کمک به انتقال آن به فضای حقوق سخت از طریق ایجاد قواعد عرفی جدید؛ استفاده از حقوق نرم برای ارتقاء هنجارهای سخت در سلسله مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل (مانند تبدیل قواعد عرفی به قواعد آمره). وقتی سخن از تولید حقوق نرم به میان می‌آید، یعنی دادگاه یک رویه خلاف قاعده موجود را ایجاد کرده است. در این جا باید میان دو حالت قائل به تفکیک شویم: حالت اول این است که رویه جدید در ساختار نظام حقوق اتحادیه اروپا پذیرفته شده و مجاز است یا به تعبیری در نظام حقوق اتحادیه قابل هضم و جذب می‌باشد؛ حالت دوم این است که رویه جدید در ساختار حقوق اتحادیه نیز «جدید» محسوب می‌شود و با ساختارها و نگاه‌های سنتی هم‌خوانی ندارد. تولید حقوق نرم از طریق ایجاد رویه‌های جدید توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر، باید در خط سیر زمان مورد توجه قرار گیرد. به بیان ساده‌تر از یک سو هر رویه جدیدی در بدو تولد، در صورتی که یک رفتار خلاف حقوق سخت موجود باشد، ذاتاً یک «نقض» محسوب می‌شود. اما از سوی دیگر و در یک نگاه کلان، باید سیر تولد هنجارها و مفاهیم عالم حقوق را نیز مدنظر قرار داد. در مقصد نهایی اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بر مبنای نیازها و ادعاهای دولت‌ها در جامعه بین‌المللی، شکل می‌گیرند. در نتیجه در فرآیند تولید و شکل‌گیری هنجارهای حقوق بین‌الملل نباید (یا شاید نمی‌توان) یک نقطه زمانی خاص را مدنظر قرار داد. از منظر حقوق بین‌الملل، رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر یکی از مصادیق و ابزارهایی می‌باشد که تحت عنوان «رویه قضایی» در چهارچوب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مورد اشاره قرار گرفته است. دادگاه اروپایی حقوق بشر در فرآیند توسل به حقوق نرم، رویه دولت‌ها و دادگاه‌های داخلی آن‌ها را نیز مورد توجه قرار می‌دهد. در واقع وقتی دادگاه اروپایی حقوق بشر، در قامت تولیدکننده حقوق نرم ظاهر می‌شود، در واقع نیازها و ادعاهای جدیدی را (حسب مورد در جهت تغییر یا تکمیل حقوق سخت موجود و یا در جهت ایجاد رویه خلاف آن) در عرصه حقوق و روابط بین‌المللی مطرح می‌کند. در مرحله بعد این ادعاها و

نیازها در معرض افکار عمومی جامعه بین‌المللی قرار می‌گیرد. در این جا واکنش جامعه بین‌المللی از دو فرض خارج نیست: فرض اول این که ادعاها و نیازهای مزبور با اقبال جامعه بین‌المللی مواجه شود و در نتیجه سایر بازیگران حقوق و روابط بین‌الملل به جرگه مجریان رویه جدید بپیوندند؛ که در این فرض، پتانسیل جرح و تعدیل قاعده موجود توسط رویه جدید وجود دارد. در فرض دوم، ادعاها و نیازهای مزبور با اقبال جامعه بین‌المللی مواجه نشود. در این جا رفتار دولت در ایجاد رویه جدید، در واقع یک «نقض» محسوب می‌شود. به بیان ساده‌تر تولید حقوق نرم از طریق ایجاد رویه‌های خلاف قواعد موجود در یک نگاه کلان بسته به شرایط ممکن است منتهی به «نقض» و یا فراهم‌سازی زمینه‌ای مناسب برای شکل‌گیری قواعد جدید شود. البته نباید از نظر دور داشت که همراه شدن و اقبال سایر بازیگران بین‌المللی با حقوق نرم تولید شده، از دو حالت خارج نیست: در حالت اول که یک فرض ایده‌آل است، حقوق نرم مزبور واقعاً در جهت منافع و نیازهای اعضای جامعه بین‌المللی در کل، بیان شده است که در نتیجه، به واسطه پشتوانه قدرتمندی که دارد خیلی سریع‌تر وارد فضای حقوق سخت می‌شود. اما در حالت دوم حقوق نرم مزبور به واقع نه در جهت منافع و نیازهای اعضای جامعه بین‌المللی در کل بلکه در جهت منافع و نیازهای اکثریت مطلق از اعضای جامعه بین‌المللی تولید شده است. این دسته از حقوق نرم، با توجه به این که نیاز به همراهی و هم‌سو کردن رویه تعداد قابل توجهی از بازیگران جامعه بین‌المللی را دارد، منطقاً دیرتر و با تأخیر وارد فضای حقوق سخت می‌شوند. تکلیف حقوق نرم تولید شده توسط اقلیت اعضای و در جهت منافع انفرادی نیز مشخص است، زیرا در صورت عدم همراهی سایر اعضای جامعه بین‌المللی، فرآیند هنجارسازی به سرانجام نمی‌رسد. در نهایت نیز باید به این نکته دقت داشت که وصف متخلفانه رفتار (در صورتی که رفتار مزبور در تعارض با قاعده حقوق موجود باشد) در فضای حقوق مسئولیت بین‌المللی از بین نمی‌رود و اثر تبدیل شدن حقوق نرم تولید شده به یک رویه جدید، صرفاً نسبت به آینده و زمان بعد از تولد قاعده جدید جاری خواهد بود. زیرا در غیر این صورت، فضایی برای سوءاستفاده از سازوکار حقوق نرم در جهت توجیه نقض تعهدات بین‌المللی ایجاد می‌شود.

### تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

### مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

### حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

## EXTENDED SUMMARY

The notion of *soft law* has emerged as one of the most distinctive and adaptive instruments within modern international law, bridging the gap between rigid binding norms and the moral or political expectations of the international community. In the classical legal approach, the binding nature of international norms derived primarily from the formal sources enumerated in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, where the focus was on legal form rather than substance. Yet, as the dynamics of international relations have evolved—driven by changing political, technological, and humanitarian realities—the need for flexibility and progressive development of law has become increasingly evident. The emergence of soft law has been central to satisfying this requirement, allowing the international system to accommodate normative innovation without immediate formal codification. Soft law norms, despite lacking legal binding force, frequently

demonstrate a high degree of behavioral adherence among states and international actors, thereby embodying one of the key components of a legal rule: compliance (Shaffer & Pollack, 2012). Scholarly debates have long revolved around whether such norms belong within the sphere of law or remain in the realm of morality or politics. While some scholars reject their legal character (Zemanek, 1997), others have viewed them as indispensable tools for maintaining flexibility in an increasingly complex global order (Chinkin, 1989). Against this theoretical backdrop, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has provided a unique platform for examining the interaction between soft law and hard law. As Europe constitutes a normative epicenter—hosting diverse legal traditions such as the civil law and common law systems—the ECtHR’s interpretive methods reveal how soft law can penetrate and reshape the boundaries of binding human rights law (Beyranvand, 2023).

The conceptual foundation of soft law rests on the rejection of binary legal thinking. Law, in this perspective, is not a simple dichotomy of “legal versus illegal” or “binding versus non-binding,” but rather a continuum of varying degrees of normativity and obligation (Klabbers & Palombella, 2019). This approach challenges the formalism of classical international law and embraces a functional, gradated understanding of legal commitment, where norms may be “more or less binding,” and actions “more or less lawful” (Klabbers, 1998). Some scholars warn, however, that this flexibility risks undermining legal certainty by making it difficult to measure compliance objectively (Warner & Livingston, 1994). Despite such critiques, efforts to define soft law have yielded several shared elements: behavioral rules, appearance in non-legally binding instruments, explicit intent by norm-creators to produce non-binding commitments, and practical influence on state behavior (Roucounas, 2019; Senden, 2005). The notion that soft law represents a category of behavioral norms deliberately crafted to avoid formal obligation yet capable of shaping legal interpretation has been underscored in various works (Hodson & Maher, 2004; Morth, 2004). Moreover, definitions offered by scholars such as Senden stress the dual nature of intention and consequence: although soft law norms are expressed through non-binding instruments, they can have tangible legal and practical effects (Senden, 2004). From these perspectives, soft law operates as a dynamic regulatory space where intention, persuasion, and social expectation converge to influence legal development.

In identifying the sources of international soft law, scholars have generally classified them into three major categories. The first includes non-binding decisions and declarations of international organizations—such as resolutions, guidelines, and recommendations—which, despite lacking legal force, often shape state behavior and judicial reasoning (Cassese, 2001). The second encompasses non-binding bilateral or multilateral agreements—like memoranda of understanding or joint declarations—that formalize political or moral commitments among states (Munch, 1991). The third source derives from the recommendations of non-governmental organizations or professional bodies, such as those of the International Committee of the Red Cross, which influence international practice even without formal legal status (Thürer, 2013). Two interpretive approaches to identifying soft law are prevalent. The broad approach regards any norm outside the framework of Article 38 as soft law, including unilateral declarations by states and acts of international organizations (Senden, 2005). Conversely, the narrow approach confines the concept primarily to non-binding decisions of international organizations or unilateral declarations in the treaty-making process (Thürer, 2013). The ECtHR’s jurisprudence demonstrates elements of both, treating soft law as a supplementary interpretive tool and, at times, as a source of progressive norm creation.

A critical examination of ECtHR jurisprudence reveals the dual role of the Court as both an interpreter and producer of soft law. In the landmark case *Kurt v. Turkey* (1998), concerning the

enforced disappearance of a Turkish citizen, the Court relied on several non-binding international instruments—including the UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (1992), reports of the UN Human Rights Committee, and the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (1994)—to define state responsibility. Through these references, the ECtHR effectively transformed soft law principles into interpretive standards for hard law provisions of the European Convention on Human Rights, particularly Articles 2, 3, and 5. Moreover, by recognizing the moral and normative value of these documents, the Court bridged the divide between declaratory norms and binding obligations, illustrating how soft law can reinforce and accelerate the crystallization of customary norms (Tsilonis, 2019). This interpretive practice reflects the doctrinal evolution wherein courts utilize non-binding norms to fill normative gaps, guide treaty interpretation, and affirm emerging human rights standards. In this sense, the ECtHR functions not only as an adjudicator but as a catalyst for the gradual “hardening” of soft norms through consistent judicial application and cross-referencing with global human rights instruments. Further evidence of this interpretive synergy appears in *Paradiso and Campanelli v. Italy* (2017), a case concerning surrogacy and the recognition of parental rights. The ECtHR invoked non-binding international instruments, notably the General Comment No. 7 of the Committee on the Rights of the Child (2005), which articulates the principle of the best interests of the child (Committee on the Rights of the Child, 2005). Additionally, the Court referred to the non-binding principles formulated by the Council of Europe’s Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (1989), which addressed surrogacy ethics and prohibited commercial arrangements, as well as subsequent policy papers by the Hague Conference on Private International Law and the European Parliament (Knijn & Naldini, 2018). These references reveal how the ECtHR integrates soft law into its reasoning as both interpretive guidance and normative support in domains where formal law lags behind technological and social developments. By recognizing the persuasive authority of such instruments, the Court underscores its broader role in constructing a coherent human rights framework that aligns with evolving bioethical standards and transnational policy debates. The *Paradiso* judgment thus epitomizes the transformative capacity of soft law in extending the reach of legal reasoning beyond the confines of textual positivism.

Similarly, in *Baka v. Hungary* (2016), the ECtHR addressed the unlawful dismissal of a Supreme Court president, relying heavily on non-binding standards concerning judicial independence. The Court cited the *European Standards on the Independence of the Judiciary* adopted by the Venice Commission (2008), the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* endorsed by the UN General Assembly (1985), and the *Bangalore Principles of Judicial Conduct* (2002), recognizing their collective contribution to defining the core content of judicial independence (Bianku & Smith, 2021). These instruments, though formally non-binding, enabled the Court to affirm judicial independence as a customary norm embedded in the European legal order. Through this approach, the ECtHR used soft law as evidence of *opinio juris*—the psychological element of customary international law—thereby bridging descriptive practice and normative obligation. This case demonstrates how the ECtHR’s interpretive reliance on soft law not only legitimizes its rulings but also stimulates the normative evolution of fundamental legal principles. Moreover, it underscores the Court’s function as an institutional innovator, capable of transforming advisory norms into concrete obligations through interpretive consistency and jurisprudential authority (Beyranvand, 2023).

In *Ristić v. Serbia* (2009), concerning the right to a fair trial and delays in judicial proceedings, the ECtHR once again turned to soft law sources such as the *Universal Declaration of Human Rights*,

the *International Covenant on Civil and Political Rights*, and the *Bangalore Principles of Judicial Conduct* to delineate the scope of fair trial guarantees. It also drew upon precedents like *Boris Stojanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2010) and *Cocchiarella v. Italy* (2006) to reinforce interpretive standards for assessing judicial delay and procedural fairness. By invoking these instruments, the Court reaffirmed its commitment to maintaining coherence between European human rights law and broader international legal standards. This interpretive pattern reflects a broader trend in which the ECtHR leverages soft law as a dynamic interface between codified treaty obligations and evolving international expectations. Through repeated reference to non-binding norms, the Court effectively reconstitutes the boundaries of enforceable human rights, allowing the European Convention system to evolve in parallel with international normative developments. Consequently, the ECtHR's engagement with soft law exemplifies how judicial bodies can facilitate the migration of norms from moral persuasion to legal recognition through consistent and reasoned application.

In conclusion, the European Court of Human Rights functions simultaneously as an interpreter and a generator of international soft law. By invoking non-binding instruments as interpretive aids, the Court enhances the coherence, adaptability, and progressive development of human rights norms. Its jurisprudence demonstrates how soft law can strengthen the interpretive authority of hard law provisions, accelerate the emergence of new customary rules, and elevate existing norms within the hierarchy of international law. Moreover, through its case law, the ECtHR illustrates the dialectical process by which soft law norms evolve into binding obligations—first as persuasive authority, then as recognized custom, and finally as integral components of the European legal order. This transformative dialogue between flexibility and enforceability situates the ECtHR at the forefront of global efforts to reconcile legal certainty with normative evolution, ensuring that international human rights law remains both principled and responsive to the complex realities of modern governance.

## References

- Beyranvand, F. (2023). *The practice of national courts in dealing with international soft law with an emphasis on humanitarian law*. Farhang Shenasi.
- Bianku, L., & Smith, H. (2021). *Independence and Impartiality of the Judiciary: An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*. AIRE Centre.
- Cassese, A. (2001). *International Law*. Oxford University Press.
- Chinkin, C. M. (1989). The Challenge of Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 38(4).
- Committee on the Rights of the Child. (2005). *General Comment No. 7*.
- Damrosch, L. F. (2014). *International Law: Cases and Materials*. West Academic.
- Eliantonio, M. (2021). Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts: A Wind of Change Blowing from the Member States? In *EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence*. Oana Hart Publishing.
- Fastenrath, U. (1993). Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law*, 4(3).
- Gruchalla-Wesiersk, T. (1984). A Framework for Understanding Soft Law. *McGill Law Journal*, 30.
- Hodson, D., & Maher, I. (2004). Soft Law and Sanctions: Economic Policy Coordination and Reform of the Stability and Growth Pact. *Journal of European Public Policy*, 21.
- Klabbers, J. (1996). The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*, 65.
- Klabbers, J. (1998). *The Concept of Treaty in International Law*. Kluwer Law International.
- Klabbers, J., & Palombella, G. (2019). *The Challenge of Inter-legality*. Cambridge University Press.
- Knijn, T., & Naldini, M. (2018). *Gender and Generational Division in EU Citizenship*. Edward Elgar Publishing.
- Morth, U. (2004). *Soft Law in Governance and Regulation*. Edward Elgar Publication.
- Munch, F. (1991). Non-binding Agreement. In R. Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. Max-Planck Institution.
- Nußberger, A. (2017). The ECtHR's Use of Decisions of International Courts and Quasi-Judicial Bodies. In A. Müller (Ed.), *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press.

- Roucounas, E. (2019). *A Landscape of Contemporary Theories of International Law*. Brill Nijhoff.
- Sekalala, S. (2018). *Soft Law and Global Health Problems*. Cambridge University Press.
- Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Hart Publishing.
- Senden, L. (2005). Soft Law and its Implications for Institutional Balance in the EC. *Utrecht Law Review*, 1.
- Shaffer, G., & Pollack, M. A. (2012). Hard and Soft Law. In J. L. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*. Cambridge University Press.
- Shelton, D. (2010). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press.
- Thürer, D. (2013). Soft Law. In *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Tsilonis, V. (2019). *The Jurisdiction of the International Criminal Court*. Springer.
- Warner, S. D., & Livingston, D. W. (1994). *Political Writings* (D. Hume, Ed.). Indianapolis.
- Zemanek, K. (1997). *The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*. Nijhoff, Leiden.