



انجمن علمی-دانشجویی

گاهنامه علمی-دانشجویی

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه تهران

شماره اول | سال اول | اسفندماه ۱۴۰۰

● مدیرمسئول: علی رستگارفرد

● سردبیر: نوید قدسی

● طراح جلد: نوید قدسی

● صفحه آرا: آنا سعداوی - الهه فلاح

در این شماره می خوانید:

● جستاری در باب ابهامات تعریف دانش حقوق

● نقد و بررسی قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

● بررسی اعتراضات اخیر اصفهان و ریشه های آن

● محدودیت حقوق بشر: ضرورت منجر به تناقض؟

● تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان

● و چند جستار دیگر ...



سخن سردبیر ۳

محدودیت حقوق بشر، ضرورت منجر به تناقض؟ ۴

بررسی اعتراضات اخیر اصفهان و ریشه های آن از بعد حقوقی، سیاسی-اجتماعی و زیست محیطی ۸

نظام آموزش اجباری در مواجهه با حق بر حریم خصوصی و زندگی خانوادگی (نگاهی به پرونده وندرلیش علیه دولت آلمان در دادگاه اروپایی حقوق بشر) ۱۲

بررسی تحلیلی رأی صلاحیتی دیوان داوری ایکسید در قضیه شرکت بینالمللی انرژی ال پاسو علیه جمهوری آرژانتین ۱۸

تأثیر موازن حقوق بشر بر اتخاذ رویکرد کیفری در مواجهه با خسارات زیست محیطی ۲۳

نقد و بررسی قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت ۲۷

حقوق چیست؟

جستاری در باب ابهامات تعریف دانش حقوق ۳۲

تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش ساختمان ۳۶

هیئت تحریریه

زهرامقدادی
فرنوش فخار

سیدعلی امامی فر
امینه فتاحی
زهرامقدادی خوراسگانی

نگاشتن اندیشه تازه. این تمام آن چیزی است که دانشجو را می‌سازد و متعاقب آن، دانشگاه و سپس جامعه را. زیست دانشجویی تنها و تنها در همین جمله خلاصه می‌شود. از آنجا که دانشگاهیان حقوقی به ما چنین گفته‌اند که عناصر یک جمله را یک‌به‌یک بررسی کنیم، ناگزیر چنین می‌کنیم: نگاشتن، اندیشه و تازه بودن. معالاسف نهایت تلاش‌ها و اهداف دانشگاه، تنها در راستای ورزیدن اندیشه است (که آن هم کم پیش می‌آید که محقق شود)، لیکن تازه بودن و نگاشتن در دانشگاه دو مقوله‌ای اند که خواسته یا ناخواسته، تماماً مغفول واقع شده‌اند. چنین است که نهاد دانشگاه در ایران عقیم است و دانش‌جو (در معنای خاص) نمی‌سازد و اگر هم دانشجویی ساخته شود، پرورده تحصیل غیرآکادمیک است. پایبندی به ساختار سنتی آکادمی در ایران، در بهترین شکل خود نیز منجر به دانشجویسازی نمی‌شود.

اما نگاشتن. نگاشتن که منظور از آن تبدیل یک اندیشه به نوشته «علمی» است، شاید مهم‌ترین عنصر این تعریف باشد. آن سهل‌ممتنعی که بس به آن التفات نشده، دانشجویان (در معنای عام) نیز آن را بی‌اهمیت شمرده‌اند و سراغش نمی‌روند. شبیه‌ترین بحث به نگارش علمی، همان دو واحد «روش تحقیق» مظلومی است که فقط برای پاس کردن خوانده می‌شود و محتوای آن نیز ذره‌ای کفاف آن حد لازم نگاشتن را نمی‌دهد. اما مسئله این است که نگاشتن علمی نه لزوماً با آموزش، که با صرف نگاشتن نیز آموخته می‌شود. اینجا سخن من نه با نهاد دانشگاهی، که با دانشجویان است. که بنویسند. همین جزوه‌نویسی ساده که ابتدایی‌ترین سطح نگارش علمی‌ست هم امروز منسوخ شده. یک نفر می‌نویسد و یک کلاس بهره می‌برند. نوشتن فرار است و دانشجو تا به نوشتن خو نکند، آن را نمی‌آموزد، و دانشجو نمی‌شود.

سومین و آخرین عنصر، تازگی است. در نهاد دانشگاه در ایران، عنصر اندیشه‌ورزی در بهترین حالت خود یک کپی خوب از اندیشه‌های تازه اندیشمندان دیگر است. بهترین نگارندگان آنانی شده‌اند که ناب‌ترین و دقیق‌ترین کپی از نوشته‌های دیگر اندیشمندان را ارائه کنند. این موضوع در حالت ایده‌آل منجر به جمع‌آوری علم تولیدشده در جهان به صورت خالص و تزییق آن به دانشجویان خواهد شد. آرمان اساتید دانشکده حقوق غالباً چنین است که کتاب‌های مرجع را به بهترین شکل ممکن ارائه کنند. نتایج فاجعه‌بار چنین عملکردی به وضوح در محتوای پایان‌نامه‌های تولیدشده در دانشکده (و حتی در عناوین آنها) قابل‌مشاهده است.

انجمن علمی حقوق دانشگاه تهران در اولین جلسه‌ی خود پس از برگزاری انتخابات انجمن‌های علمی-دانشجویی، عزم خود را جزم کرد تا نشریه‌ی حقوق این دانشکده مجدداً راه‌اندازی کند. عدلیه تلاش دارد تا شرایطی را محقق کند که «نگاشتن اندیشه تازه» برای دانشجویان در وهله اول ممکن، و در وهله دوم تسهیل شود. عدلیه تریبونی است برای به گوش رساندن صدای آگاهی دانشگاهیان. صدایی که مدت‌هاست به خاموشی گرویده و در این دو سال نیز به مدد کووید ۱۹، در خاموش‌ترین دوران خود به سر می‌برد. نشریه عدلیه از تمامی دانشجویان گرامی که اندیشه تازه‌ای دارند و می‌توانند آن را به زبان علمی کتابت کنند، استقبال می‌کند.

نوید قدسی

سردبیر

محدودیت حقوق بشر، ضرورت منجر به تناقض؟

نویسنده: محمدحسین سدهی*

نقطه آغازین مباحث حقوق بشری، کرامت ذاتی انسان‌هاست. تلاش‌های بسیاری جهت توجیه و اثبات «حق» برای «بشر» صورت گرفته است اما بهترین آنان، توجیه کانتی است. بنا بر اصل غایت^۱، هر انسانی غایت در خویش و بالذات است، بنابراین نباید انسان‌ها را وسیله برای نیل به هدفی دیگر قرار داد. اصل غایات زمینه را برای اصل برابری انسان‌ها فراهم می‌کند. زمانی که انسان‌ها، هرکدام، غایت بالذات باشند، نتیجتاً با یکدیگر در این معنا برابر خواهند بود.

این برابری، بستر گفتمان حقوق بشری است. کرامت ذاتی و اصل برابری، در فاعلیت اخلاقی^۲ انسان نمود پیدا می‌کنند. انسان فاعل اخلاقی است، به این معنا که می‌تواند و باید بر سرنوشت خویش حاکم شود، برای خود تصمیم بگیرد و در نهایت مسئولیت تصمیم خود را هم بپذیرد. در واقع فاعلیت اخلاقی انسان، ناشی از اختیار و خودآگاهی اوست که گوهر وجود انسان هستند. در این معنا، انسانیت انسان، وابسته به فاعلیت اخلاقی اوست.

حال انسان برای فاعلیت اخلاقی، و برای حفظ گوهر انسانیت‌اش، نیازمند استقلال، آزادی و منابع است. انسان باید بتواند بدون دخالت دیگران برای خود تصمیم بگیرد (عنصر استقلال)، او نباید در راه تحقق اراده‌اش با هیچ‌گونه مانعی روبرو شود (عنصر آزادی) و در نهایت باید بتواند که تصمیمش را اجرا کند و اجرا کردن آن تصمیم برای او ممکن باشد (عنصر منابع).

در عالم واقع، آنچه که مشاهده می‌شود این است که این عناصر سه‌گانه (استقلال، آزادی، منابع) به‌خودی‌خود در جامعه وجود ندارند و در اغلب دوره‌های تاریخ نیز وضعیت چنین بوده است. در نتیجه، برای تضمین برخورداری انسان از این عناصر و برای تحقق فاعلیت اخلاقی او، باید به تأسیس «نهاد حق» مبادرت کنیم. حق در اینجا به معنای ادعای تضمین شده است و به این صورت و با استفاده از قوای حاکمیتی، انسانیت انسان در جامعه به‌وسیله نهاد حق تأمین می‌شود.^۳

باری از این توضیحات نظری بگذریم و به بررسی منابع حقوق بشری در عصر حاضر بپردازیم. در عصر حاضر، مطرح شدن جدی هنجارهای حقوق بشری با صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ و منشور سازمان ملل متحد آغاز شد. سپس میثاقین حقوق بشر^۴ به تصویب رسید و دیگر معاهدات حقوق بشری مانند کنوانسیون منع شکنجه، کنوانسیون امحای تبعیض علیه زنان، کنوانسیون حقوق کودک و ... نیز پدیدار گشتند. همچنین اسناد منطقه‌ای حقوق بشر مانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز پا به عرصه گذاشتند.

* دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

1 Principle of ends

2 Moral agency

۳ راسخ، نظریه حق

۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی

حقوق مطروحه در این اسناد در دو سطح هستند: سطح اول حقوق مطلق^۵ و سطح دوم حقوق مقید^۶. وقتی به مواد این معاهدات می‌نگریم، در متن بعضی موارد، حالاتی برای محدود کردن آن حق پیش‌بینی شده است. به این معنا که در شرایطی اجازه داده شده است که دولت‌ها آن حق را، برای مثال آزادی بیان، محدود^۷ کنند. این حقوق را به این اعتبار حقوق مقید می‌دانند.

برای مثال در ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که به آزادی بیان اختصاص دارد، محدود کردن این حق به شرط اینکه ضروری و مطابق قانون باشد، برای تأمین منافعی همچون امنیت ملی، امنیت عمومی و تمامیت ارضی مجاز دانسته شده است. همچنین میثاق اول در ماده ۱۸ که مربوط به آزادی دین و اندیشه است، آزادی فرد در بیان اندیشه و مذهب خویش را - که «بیان» اینجا می‌تواند موسع تفسیر شود - محدود به امنیت عمومی، سلامت عمومی، اخلاق عمومی و حقوق دیگران می‌داند.

دسته‌ای دیگر از حقوق هستند که ماهیتی مطلق دارند. این حقوق را در هیچ شرایطی، ولو با دلایل متقن، نمی‌توان محدود کرد. برای مثال می‌توان به ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی و همچنین حق حیات و ممنوعیت تبعیض اشاره کرد. درباره این دسته از حقوق، و ماهیت مطلق ایشان دو مسئله مطرح می‌شود. مسئله اول حالاتی است که شهوداً می‌یابیم که نقض این حقوق موجه است و مسئله دوم وجود مواد حاوی «حق عدول»^۸ در اسناد حقوق بشری است.

درباره مسئله اول که محدودیت شهودی بعضی حقوق در بعضی شرایط است، حق حیات را در نظر بگیرید. حق حیات به قطع، بنیادین‌ترین حق انسانی است و قاعدتاً در صدر حقوق مطلق خواهد بود که محدود کردن آنان به هیچ‌وجه جایز نیست. به همین اعتبار است که مشاهده می‌شود که بسیاری از دولت‌ها به سمت حذف مجازات اعدام حرکت کرده‌اند. با این حال می‌توانیم شرایطی را تصور کنیم که به حکم وجدان قطعی، شخص را در آن شرایط شایسته برخورداری از حق حیات نمی‌دانیم یا اینکه حداقل محروم کردن او از این حق را غیرموجه به شمار نمی‌آوریم. برای مثال می‌توان به پدیده School shooting که در آمریکا اشاره کرد. افرادی به صورت مسلحانه وارد مدارس شده و بی‌رحمانه و بدون داشتن هدف خاصی اقدام به کشتن دانش‌آموزان می‌کنند. فرض کنید یک چنین شخصی در حال شلیک به کودکان است. آیا پلیس اگر بتواند با شلیک گلوله‌ای به این شخص او را از کشتن این کودکان متوقف کند، آیا نه تنها اخلاقاً مجاز، بلکه مکلف به انجام این کار نیست؟ آیا رویه پلیس در عمل این چنین نیست؟ دقت کنید که این یک حالت فرضی دور از ذهن نیست بلکه موقعیتی است که بارها اتفاق افتاده است. حتی اگر این مثال، حالتی صرفاً فرضی بود نیز به استدلال لطمه‌ای وارد نمی‌شد چرا که در صدد این هستیم که نشان دهیم «حالتی وجود دارد که می‌شود این حق مطلق را، به طور موجه، محدود کرد».

مسئله دوم که معاهدات حقوق بشری مطرح شده است، مسئله «عدول» (Derogation) است. ماده چهار میثاق اول بیان می‌کند: «هرگاه یک خطر عمومی استثنایی (فوق‌العاده) موجودیت ملت را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام

5 Absolute rights

6 Non-Absolute rights

7 Restrict

8 Derogation

بشود کشورهای طرف این میثاق می‌توانند تدابیری خارج از الزامات مقرر در این میثاق به میزانی که وضعیت حتماً ایجاب می‌نماید اتخاذ نمایند...». این مسئله همچنین در ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان شده است. این مواد به کشورها اجازه می‌دهند که در شرایط بحرانی، از تعهدات خود ذیل معاهده حقوق بشری مربوطه «عدول» کنند تا بتوانند با شرایط بحرانی پیش آمده راحت‌تر و فارغ از محدودیتهای دست و پا گیر حقوق بشری مقابله کنند. بحث عدول از تعهدات، در خصوص حقوق مطلق انجام میپذیرد و به این اعتبار حقوق مطلق به دو دسته قابل عدول (Derogable) و غیر قابل عدول (non-Derogable) تقسیم می‌شوند.

حالاتی که برای محدود کردن حقوق بیان شد، چه محدودیت (Restriction) و چه شهود و چه عدول (Derogation)، همه در شرایطی غیرعادی رخ می‌دهد. شرایطی که یا حقی با حق دیگر تزامم دارد و یا حقی با منفعتی مانند امنیت تزامم دارد. در هر دوی این حالات، چه حقی را بر حق دیگر برتری دهیم و یا منفعتی را بر حقی برتری دهیم، در واقع مبنای اصلی بنیان گذاشتن حقوق بشر را نفی کرده‌ایم. اصل غایات و اصل برابری ذاتی انسان‌ها به ما اجازه نمی‌دهند که حق آن‌ها را وسیله‌ای برای تحقق حقوق دیگری و یا منفعتی جمعی قرار دهیم.

این مواردی که مشاهده کردیم، ما را به این گزاره می‌رسانند که: «نقطه‌ای هست که در آن بنا به مصالح، حقوق را (حتی حقوق مطلق) - به طور موجه - محدود کرده و یا نادیده می‌گیریم». برای مثال امنیت ملی در این معاهدات حقوق بشری منفعتی دانسته شده که محدود کردن بسیاری از حقوق را موجه می‌کند. نکته اینجاست که ما، چه اینکه حقی را به حقی دیگر برتری دهیم و چه اینکه منفعتی را بر حقی ترجیح دهیم، در حال پیروی از منطق سودانگاران هستیم. قائل شده‌ایم که اگر مصالح به حدی خاص برسد، محدود کردن این حقوق موجه خواهد بود. این دقیقاً خلاف منطق ابتدایی کانتی برای توجیه حقوق بشر بود. اساساً حقوق بشر بنیانی غیر سودانگارانه دارد و با تجویز این حالات محدودیت، ما عملاً عنان حقوق بشر را به دست منطق سودانگاری داده‌ایم و این، تناقض اصلی را به وجود می‌آورد. از طرفی نیز چاره‌ای جز تجویز این محدودیت‌ها نداریم. این محدودیت‌ها ضروری هستند و در شرایط ضرورت وضع می‌شوند. حال پرسش اصلی این است که آیا وجود این محدودیت‌ها و این ضرورت‌ها، حقوق بشر را از جایگاه حقوق ذاتی غیر قابل سلب به حقوق موضوعه - که تابع مصالح است - تنزل نمی‌دهد؟

منابع:

راسخ، نظریه حق

Schutter, D. O. (۲۰۱۹). International human rights law: Cases, materials, commentary. Cambridge University Press.

McHarg, A. (۱۹۹۹). Reconciling human rights and the public interest: Conceptual problems and doctrinal uncertainty in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Modern Law Review, ۶۹۶-۶۷۱, (۵)۶۲. <https://doi.org/۲۲۳۰,۰۰۲۳۱-۱۴۶۸/۱۰,۱۱۱۱>

Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, International Journal of

Constitutional Law, Volume ໓, Issue ໓, July ໒໐໐໙, Pages ໔໙໓–໔໖໙, <https://doi.org/10.1093/icon/mop.11>

Schreuer, Christoph. «Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights.» Yale J. World Pub. Ord. ໑໑໓ : (໑໙໙໒) ໑.

Waldron, Jeremy. «Security and liberty: The image of balance.» In Civil Rights and Security, pp. ໒໒-໓. Routledge, ໒໐໑໗.

بررسی اعتراضات اخیر اصفهان و ریشه های آن از بعد حقوقی، سیاسی-اجتماعی و زیست محیطی

نویسندگان: احسان تیموری، محمد مهدی قربانی نیا، علی اکبر آذری*

مقدمه

۲۸ آبان ماه سال ۱۴۰۰ بستر رودخانه زاینده رود میزبان کشاورزانی بود که روزگاری آب موردنیازشان برای کشت را از همین رود تأمین می کردند. کشاورزان جمع شده بودند تا مرتبه ای دیگر به سوءمدیریت مسئولان و بی تفاوتی آنها به فاجعه خشکی زاینده رود اعتراض کنند. اعتراض کشاورزان به مشکلات کمبود آب و کاهش سهم حقابه ها و مطالبه حقوقشان مسائل اصلی مطرح شده توسط این قشر جامعه بود. بروز این اعتراضات و کمبود آب و به تبع آن بروز خشکسالی و دیگر مسائل، ما را بر آن داشت که به واکاوی ریشه ها و علل اصلی آن و با تفکیک ابعاد مختلف، به پژوهش و بررسی این پیامد در سه حیطه مجزا اما مرتبط با یکدیگر بپردازیم. به همین سبب پیامد مذکور را در سه حیطه حقوقی، اجتماعی و زیست - محیطی بررسی خواهیم کرد.

بررسی زیست محیطی-حقوقی:

بحران آب در ایران مسئله نام آشنایی است و کمتر کسی در ایران با آن ناآشناست. میانگین بارش ها در سطح ایران در متوسط بلندمدت ۵۰ ساله، به طور میانگین، حدود ۲۲۰ میلیمتر بوده که در سال آبی ۹۹-۱۴۰۰ این میزان با کاهش ۳۷ درصدی، به ۱۳۷ میلی متر رسیده. متأسفانه افزون بر کاهش بارش نزولات جوی، مدیریت منطقه ای - سیاسی، نابخردانه، غیرکارشناسی و صرفاً بر اساس منافع اقتصادی کوتاه مدت نیز مزید بر بخرنچ تر شدن بحران آب و دشواری جبران آن شده است.

در حوضه فلات داخلی ایران، افزون بر کاهش بارش ها که نزدیک به ۶۰ درصد کاهش نسبت به مدت طولانی آن بوده است و همچنین تبخیر آب، باید عوامل دیگری مانند افزایش جمعیت در استان های نیمه خشک و خشک اصفهان و یزد، توسعه صنایع آب بر در اصفهان و یزد و کرمان، افزایش سطح زیر کشت با حفر چاه های غیرقانونی متعدد در چهارمحال و بختیاری، کشت های غرقابی در خوزستان، خشکاندن تالاب ها در خوزستان برای حفر چاه های نفت، مصرف افراطی آب توسط مردم، کهنگی و استاندارد نبودن تأسیسات آب و فاضلاب، انتقال غیرکارشناسی آب بین حوضه ای و ... را موجب پدید آمدن این بحران های محیط زیستی دانست.

در حال حاضر مجموعه این عوامل زیست محیطی، مجموعاً باعث خشک شدن رودخانه هایی از جمله رودخانه زاینده رود به عنوان بلندترین و پرآب ترین رودخانه دائمی حوضه فلات داخلی، کاهش شدید آب پشت سدها (در حالی که در سال ۱۳۸۶ سد زاینده تقریباً پر شده بود، در سال ۹۹ حداکثر به ۴۰ درصد رسید) و خشک شدن تالاب ها (ر.ک: حقوق تالاب ها، مندرج در میثاق بین المللی حفاظت از تالاب ها، کنوانسیون رامسر) از جمله تالاب گاوخونی که متعاقباً

* احسان تیموری: دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

محمد مهدی قربانی نیا: دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

علی اکبر آذری: دانشجوی کارشناسی دانشگاه اصفهان، مدال نقره المپیاد جغرافی

باعث سه بحران افزایش ریزگردها، فرونشست زمین و کاهش شدید سطح آب‌های زیرزمینی شده‌اند.

در تحلیل حقوقی این عوامل، می‌توان چنین تبیین کرد که با اینکه سازمان حفاظت از محیط‌زیست حتی از دوره پهلوی یک سازمان مستقل و زیر نظر نخست وزیر یا رئیس‌جمهور بوده و وزارتخانه‌های سودبر یا نمایندگان مجلس هیچ‌گونه نفوذ و تأثیری بر این سازمان ندارند^۱، اما به دلیل اهمیت ندادن به آن و ضعف در بودجه برای طرح‌ها و پرسنل، این سازمان و شورای عالی حفاظت محیط‌زیست همواره از جایگاه بسیار پایینی در سلسله مراتب حقوق اداری کشور برخوردار بوده‌اند. البته یک اتفاق مثبت در این حوزه تصویب قانون حمایت قضائی و بیمه‌ای از مأموران یگان حفاظت محیط‌زیست و جنگل‌بانی مصوب ۱۳۹۹ است که باعث ارتقای جایگاه ضابطان حفاظت از محیط‌زیست و جنگل‌بانی شده و تخلفات در این عرصه را کاهش می‌دهد.

عدم اجرای قوانین و مقررات مانند مصوبات شورای عالی آب از جمله مصوبه ۱۳۹۲/۱۰/۰۳ این شورا، قانون توزیع عادلانه آب و ... از سایر چالش‌های حقوقی محیط‌زیست محسوب می‌شود. با این اوصاف بعید نیست که حتی تا ۱۰ سال آینده شاهد کوچ‌ها یا تخلیه‌های اضطراری با جمعیت‌های میلیونی برای مسائل اقتصادی یا فرونشست شهرها و طوفان‌های گرد و غبار در استان‌های فلات داخلی باشیم. در این اثنا همچنان ساماندهی چاه‌ها و برداشت‌ها، فراهم‌آوری تسهیلات لازم برای کشاورزی نوین، انتقال و یا بهره‌وری آب صنایع، ممنوعیت انتقال آب بین حوضه‌ای و اولویت دهی به تخصیص حقابه‌ها به محیط‌زیست توسط مسئولین مغفول مانده است.

بررسی اجتماعی-حقوقی:

امروزه بحث داغ مطبوعات و فضای مجازی حول محور اعتراضات اصفهان و درگیری‌هایی است که میان صف مردم معترض و نیروهای امنیتی رخ داد. در سال‌های گذشته از سوی مسئولین بارها و بارها ذکر شده است که مردم برای بیان اعتراض و مشکلات خودشان آزاد هستند و کسی حق آسیب‌زدن به مردم معترض و حقوق آن‌ها را ندارد که البته این سخن مسئولان از اصل ۲۷ قانون اساسی ناشی می‌شود که سال‌هاست فراموش و متروکه شده است. در این اصل صراحتاً ذکر شده که با رعایت این دو شرط، هرگونه تجمع و راهپیمایی آزاد است: محل مبانی اسلام نباشد و مسلحانه نباشد. تبصره ۲ ماده ۶ قانون احزاب نیز مقرر داشته است که «برگزاری راهپیمایی‌ها با اطلاع وزارت کشور بدون حمل سلاح در صورتی که به تشخیص کمیسیون ماده ۱۰ محل به مبانی اسلام نباشد و نیز تشکیل اجتماعات در میادین و پارک‌های عمومی با کسب مجوز از وزارت کشور آزاد است». در تبصره ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون احزاب نیز آمده، این تقاضا باید یک هفته پیش از برگزاری تظاهرات یا تجمع کتباً و حضوری توسط نماینده رسمی به وزارت کشور تسلیم شود که طبق ماده ۳۲ همین آیین‌نامه (۱۲) باید هنگام تسلیم تقاضا موارد زیر با ارایه مدارک دقیق ذکر شود: الف) موضوع راهپیمایی یا اجتماع و هدف از برگزاری آن، ب) تاریخ برگزاری و ساعات آغاز و پایان آن، پ) مسیر راهپیمایی و ابتدا و انتهای آن، ت) محل سخنرانی و قرائت قطعنامه، ث) مشخصات کامل مسئولین اجرایی و انتظامی مراسم با معرفی‌نامه کتبی از گروه، ج) سخنرانی و موضوع سخنرانی (چ) شعارهای راهپیمایی، ح) یک نسخه از قطعنامه تهیه شده.

نکته دیگری که قابل‌ذکر است این است که هیچ‌گاه برای اصل ۲۷ قانون اساسی و همین‌طور مواد قانونی‌ای که ذکر

کردیم قانون‌گذار سازوکار اجرایی تهیه نکرده است و این قوانین همواره در مرحله اعلام نظر باقی مانده‌اند، در حالی که می‌دانیم هر قانون با تصویب شیوه نامه اجرایی خود عملی می‌شود و می‌تواند به آرامش و نظم جامعه کمک کند، بنابراین به نظر می‌رسد که تهیه و تصویب سازوکار اجرایی برای موارد قانونی‌ای که مربوط به اعتراضات و اجتماعات مردمی است بسیار فوری و لازم باشد.

بررسی مسئله در پرتو قانون اساسی و قوانین مربوطه:

علت اصلی اعتراضات اخیر در اصفهان به مسئله کاهش حقایقها باز می‌گردد. نحوه تقسیم آب رودخانه زاینده رود بین حقایقها داران اولین بار از طریق سندی توسط شیخ بهایی صورت گرفته است که از آن سند امروزه به عنوان طومار شیخ بهایی یاد می‌شود. حقایقها در واقع به معنی حق هر فرد برای استفاده از آب می‌باشد که در تبصره یک ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب مصوب سال ۱۳۶۱ چنین تعریف شده است: «حقایقها عبارت از حق مصرف آبی است که ... برای ملک یا مالک آن تعیین شده باشد». همچنین در خردادماه امسال شورای تأمین استان مصوب کرده بود که ۲۵۰ میلیون مترمکعب سهم آب برای کشت محصولات کشاورزان اختصاص داده شود، درحالی‌که ۷۰ میلیون مترمکعب آن تأمین شد. از طرفی مسئله قانون استانی شدن مدیریت آب نیز این روزها مطرح است. اولین بار در سال ۱۳۸۳ بود که مجلس طی ماده واحدهای به وزارت نیرو این امکان را داد که سازمان‌های مدیریت آب منطقه‌ای که چند استان را در بر می‌گرفت را به شرکت آب منطقه‌ای استان ذیربط تبدیل کند و از این حیث مدیریت آب استانی شود. توجیه تصویب چنین قانونی نیز این بود که هر استانی با توجه به ظرفیت‌ها و محدودیت‌های خود توانایی بهتری در تصمیم‌گیری درمورد مسائل خود دارد. اما نقدی که بر این قانون وارد میشود این است که در وهله اول زمینه ساز رقابت و سیاستگذاری‌های غلط است که از طریق آن هر استان صرفاً به منافع خود می‌اندیشد، بدون اینکه شرایط استان‌های دیگر را مدنظر قرار دهد. از طرفی نیز طبق اصل ۴۵ قانون اساسی آب‌های عمومی، که زاینده رود را نیز در بر می‌گیرد، جزء انفال و ثروت‌های عمومی است و همچنین در اصل ۴۴ قانون اساسی تصریح شده است که مالکیت شبکه‌های بزرگ آبرسانی، عمومی بوده و در اختیار دولت می‌باشند. در بررسی اصل ۴۸ نیز مفهوم عدم روا داشتن تبعیض در بهره‌برداری از منابع طبیعی و رعایت عدالت در دسترسی به منابع و سرمایه‌ها مشهود است. همچنین طبق ماده یک قانون توزیع عادلانه آب «بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و ... از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود». آنچه که از بررسی و مذاقه در این اصول و مواد برمی‌آید این است که در مصرف و مدیریت و بهره‌برداری از آب‌ها، مصلحت عمومی کشور باید در نظر گرفته شود نه صرفاً مصلحت یک استان خاص.

مسئله دیگری که مطرح می‌شود نیز نحوه بهره‌برداری از آب و جلوگیری از آلودگی و حفظ آن برای نسل بعد می‌باشد. در واقع مسئولیت پیشگیری از آلودگی منابع آب طبق ماده ۴۶ قانون توزیع عادلانه آب به سازمان محیط‌زیست محول شده است. در اصل پنجاهم قانون اساسی نیز حفاظت از منابع جهت مصارف نسل‌های بعد مطرح می‌شود: «در جمهوری اسلامی حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه‌رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد». به همین دلیل نحوه و میزان و چگونگی بهره‌برداری از آب به عنوان مهم‌ترین

منابع زیست محیطی در قانون مشخص شود تا از مصرف غیرمعقول و آلودگی و هدررفت آن تا حد ممکن جلوگیری شود. برای مثال قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب، مصرف معقول را تعریف کرده است. از طرفی باید از فعالیت‌هایی که ممکن است به نحوی از انحاء باعث مصرف غیربهبینه و از بین رفتن منابع آبی شود جلوگیری کرد. برای مثال در ماده یک قانون حفاظت، احیا و مدیریت تالاب‌های کشور ذکر شده است که: «هرگونه بهره‌برداری و اقدامی که منجر به تخریب و آلودگی غیرقابل‌جبران تالاب‌ها گردد، ممنوع است». همچنین امروزه حفر چاه‌های آب در «دشت‌های ممنوعه بحرانی» و «دشت‌های ممنوعه» در اصفهان طبق مواد ۳، ۴، ۵ قانون توزیع عادلانه آب ممنوع شده و در مناطق غیرممنوعه، مستلزم کسب اجازه و موافقت و اطلاع‌رسانی به وزارت نیرو می‌باشد. علاوه بر مسئله حفر چاه‌ها، مسئله کشاورزی محصولاتی که آب زیادی مصرف می‌کنند به همراه صنایع نیازمند آب زیاد نیز مطرح است. این امر در واقع سبب بروز خسارت‌هایی می‌شود که باید به آن طبق بندهای ماده ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب رسیدگی کرد.

نتیجه‌گیری و ارائه راهکار

در خصوص راهکارهای پیشنهادی، اجمالاً میتوان چنین بیان کرد که: اولاً باید تمامی اقدامات در حال اجرا و برای آینده که به نحوی از انحاء بر روی محیط‌زیست و آب حوضه فلات داخلی و زاینده رود اثرگذار است، از جمله انتقال آب، احداث صنایع، گسترش شهرها، تغییر کاربری اراضی و زمین‌ها، حفر چاه‌ها و ... متوقف و منوط به کارشناسی‌های علمی و بی‌طرف شوند. همچنین عمل به مقرر قانون و مقررات در رأس قرار گیرد و مصوبات شورای عالی آب و سایر قوانین فوق‌الذکر از جمله منع انتقال آب، منع بارگذاری‌های جدید، کشاورزی متناسب با هر حوضه، تغییر تأسیسات شهری و کشاورزی به فناوری‌های نوین و بهینه، آمایش جمعیتی، فرهنگ‌سازی در حوزه مصرف آب و ... به دقت و کامل اجرا شوند. یکی از مهم‌ترین راهکارهای مورد تأکید قانون نیز که اولویت‌بخشی به حقابه محیط‌زیست در مقابل کشاورزی و صنعت است نیز باید به طور دقیق عملیاتی شود.

منابع:

- مصوبات دهمین جلسه شورای عالی آب، ۱۳۹۲
- قانون حفاظت، احیاء و مدیریت تالاب‌های کشور، مصوب ۱۳۹۶
- شبکه آمار و اطلاعات وزارت نیرو و سازمان حفاظت از محیط‌زیست
- فریادی، مسعود؛ انتقال میان حوضه‌های آب: مبانی و چالش‌های حقوقی
- نوروزی، قدرت‌الله، تاملی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوضه زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی
- ضرابی، اصغر؛ حلبیان، امیر حسین؛ شبانکاری، مهران؛ برنامه‌ریزی انتقال بین حوضه‌های آب از کارون به زاینده‌رود
- داودی دهقانی، ابراهیم؛ عامری محمدعلی؛ پیامدهای اجتماعی و امنیتی انتقال آب بین حوضه‌های (مورد مطالعه: بهشت آباد چهارمحال بختیاری به زاینده‌رود اصفهان)
- محمدی حمیدرضا؛ حکیمی خرم، علی؛ ابراهیم احمدی؛ امکان‌سنجی اجرای پروژه‌های انتقال آب بین حوضه‌های در ایران (بهشت‌آباد-فلات مرکزی)

نظام آموزش اجباری در مواجهه با حق بر حریم خصوصی و زندگی خانوادگی (نگاهی به پرونده وندرلیش علیه دولت آلمان در دادگاه اروپایی حقوق بشر)

نویسنده: محمد حامد پاکیزه دل*

مقدمه

نظام آموزش اجباری در مدارس و اعمال آن توسط دولت نسبت به همه افراد ساکن در یک کشور، می‌تواند مسائل و چالش‌های حقوقی متنوعی را در پی داشته باشد. پیگیری آموزش اجباری توسط دولت، هنگامی چالش برانگیز و گاهی منشاء اختلاف می‌شود که در مرحله اجرا، در تعارض و تقابل با حق‌ها و آزادی‌های افراد و خانواده‌ها، از جمله آزادی مذهبی و یا حریم خصوصی و زندگی خانوادگی قرار می‌گیرد. شکل‌گیری پرونده‌های مشهور و نقد برانگیز در این خصوص، از جمله پرونده «ویسکانسین علیه یودر» در دیوان عالی ایالات متحده آمریکا^۱ و در دیگر سو، پرونده های دادگاه اروپایی حقوق بشر در این زمینه - به ویژه پرونده موضوع بحث ما - قرینه ای بر این ادعاست.

در واقع، می‌توان گفت مسئله اصلی در این پرونده‌ها این است که یک دولت تا چه حد می‌تواند نظام آموزش اجباری را بر اتباع و ساکنین کشور خود اعمال کند؟ به تعبیر دیگر، دولت تا چه میزان در تفسیر و اجرای آموزش اجباری، واجد اختیار حاشیه صلاح‌دید^۲ است. از زاویه ای بنیادی‌تر، پیگیری زندگی مطلوب (از جمله از طریق اعمال آموزش و پرورش اجباری)، توسط حکومت، در راستای رویکردهای کمال‌گرایانه‌ی خود، تا چه حد می‌تواند باشد و آیا حکومت می‌تواند از ابزارهای قهری برای نیل به اهدافی که به نمایندگی از جامعه خود، مطلوب می‌داند (کمال‌گرایی قهری) متوسل شود؟^۳

این امر به ویژه در خصوص دولت‌هایی که دارای رویکرد سوسیال بوده و به سیاست‌گذاری‌های جدی و گاه سخت‌گیرانه در راستای تامین منافع عمومی و تثبیت ارزش‌های اجتماعی خود می‌پردازند، قابل بررسی است. شاید رویکرد دولت جمهوری فدرال آلمان در این شاخه قابل دسته‌بندی باشد. از جمله ویژگی‌های دولت در نظام سیاسی جمهوری فدرال آلمان، مطابق قانون اساسی (بنیادین) این کشور عبارتند از: دموکراتیک بودن، «اجتماعی (سوسیال)» بودن، مبتنی بر قانون بودن و فدرال بودن.^۴ با ملاحظه پرونده مورد بحث، خواهیم دید که تا چه حد دولت آلمان، بر اعمال آموزش اجباری، در راستای شکل‌گیری جامعه‌ای متشکل از افرادی فعال، اجتماعی و غیرمنزوی اصرار داشته و با این استدلال که منافع و مصالح عالی فرزندان یک خانواده، بسیار حیاتی است، حتی به قوه قهریه نیز برای اجرای آموزش اجباری نسبت به آنها و منع مطلق تحصیل خانگی متوسل می‌شود.

مطلب ترجمه‌شده‌ی پیش‌رو، نقدی است که مرکز اروپایی حقوق و عدالت (ECLJ)^۵ در مورد رای دادگاه اروپایی حقوق

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

1 «Wisconsin v. Yoder.» Oyez. Accessed December ۲۰۲۱, ۵. <https://www.oyez.org/cases/۱۱۰-۷۰/۱۹۷۱>

2 Margin of Appreciation

۳ راسخ، محمد، رفیعی، محمدرضا، «نسبت حکومت با زندگی مطلوب،» نگرشی به رویکرد کمال‌گرایی، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۹۰.

۴ ماده ۲۰ قانون بنیادین

۵ The European Centre for Law and Justice؛ یک سازمان بین‌المللی غیردولتی (NGO) است که هدف خود را ترویج و حمایت از حقوق بشر در اروپا و سراسر جهان می‌داند؛ این سازمان از سال ۲۰۰۷ واجد مقام مشورتی نزد شورای اقتصادی اجتماعی سازمان ملل متحد شده است و نظرات مشورتی خود را در حمایت از حق‌ها و آزادی‌های افراد، به ویژه خطاب به دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده‌های مختلف ارائه می‌دهد.

بشر در پرونده وندرلیش علیه دولت آلمان^۶ در وبسایت خود^۷ ارائه کرده و دارای نکات بسیار مهم و قابل تاملی است که می‌تواند منشاء مطالعات و پژوهش‌های بیشتری واقع شود. همچنین این سازمان در زمان طرح این پرونده، اظهارات خود را در دفاع از خواهان‌ها، به عنوان وارد ثالث، تقدیم دادگاه اروپایی حقوق بشر کرده است.^۸ لازم به ذکر است که این رای نقد برانگیز، در تاریخ ۲۴ ژوئن ۲۰۱۹ قطعی شده است.

خواهان‌های پرونده مورد بحث، آقا و خانم وندرلیش هستند که صاحب چهار فرزند می‌باشند. به تبع تحمیل آموزش اجباری بر فرزندان این افراد، توسط دولت و بی نتیجه ماندن پروسه‌های مربوط به دادگاه‌های داخلی برای آنها، شکایت خود را با استناد به ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی^۹ تقدیم دادگاه اروپایی حقوق بشر کرده‌اند. با رسیدن فرزندان این خانواده به سن رفتن به مدرسه، این پدر و مادر، از ثبت نام فرزندان خود در مدرسه امتناع می‌کنند و پس از بی اعتنائی آنها به اخطارها و جریمه‌های متعدد، جریانات پرونده از درخواست مقام اداری آموزش آلمان برای رسیدگی دادگاه خانواده به این امر آغاز می‌شود. در این متن ترجمه شده، سایر وقایع (فکت‌ها)، به طور خلاصه توضیح داده شده و سپس برخی از مهم‌ترین نقد‌های وارده به آن ذکر شده است که مطالعه آن خالی از فایده نیست.

وندربلیش علیه آلمان: دادگاه اروپایی حقوق بشر امکان منع تحصیل خانگی را تثبیت کرده و جدا کردن کودکان از والدینشان را به عنوان یک ضمانت اجرای قانونی تأیید می‌کند.

نویسنده: کریستف فولتزنگل^{۱۰}

در ۱۰ ژانویه ۲۰۱۹، دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم خود را در مورد پرونده وندرلیش علیه آلمان منتشر کرد. موضوع مورد بحث این بود که آیا یک دولت می‌تواند به نحو مشروع، بچه‌ها را از والدین خود، در حالی که والدین از فرستادن فرزندانشان به مدرسه امتناع می‌کنند، جدا کند؟ متأسفانه این دادگاه، بر صلاحیت دولت در منع تحصیل خانگی^{۱۱} صحه گذارده و بر این نظر است که جدا کردن کودکان، در صورت امتناع والدین از رعایت چنین ممنوعیتی، با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سازگار است.

ECLJ وارد این پرونده شد تا از حق والدین برای تربیت فرزندان بر اساس عقایدشان، دفاع کند. ECLJ در ملاحظات خود اساساً، اصل آزادی گرایانه (لیبرال) [ناشی از] حقوق طبیعی را یادآور شد که مطابق آن «خانواده بر دولت ارجحیت دارد»^{۱۲}، به ویژه در زمینه آموزش و تربیت. بنابراین والدین حق و تکلیف تربیت فرزندان خود را داشته و باید در اتخاذ

6 «WUNDERLICH v. GERMANY» (Application no. ۱۵/۱۸۹۲۵) Accessed December ۲۰۲۱, ۵. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=۱۸۸۹۹۴-۰۰۱>.

7 <https://eclj.org/family/echr/affaire-wunderlich--la-cedh-maintient-linterdiction-de-lcole--la-maison-et-avalise-les-placements-en-foyer-comme-sanction>

۸ ن.ک: بند پنجم پرونده

۹ هرکس حق دارد که به زندگی خصوصی و خانوادگی، خانه و مکاتباتش احترام گذاشته شود.

۱۰ در اجرای این حق، هیچ نوع مداخله‌ای از سوی یک مرجع دولتی صورت نمی‌گیرد، مگر مطابق قانون و نیاز یک جامعه دموکراتیک، در جهت مصالح امنیت ملی، امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور یا در جهت پیش‌گیری از بی‌نظمی یا بروز جرم یا در حمایت از سلامت یا اخلاق برای حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران.

10 Christophe Foltzenlogel

11 Home-schooling

12 «the family takes precedence over the state»

مناسب‌ترین روش برای این منظور، مختار باشند. دولت فقط در صورتی می‌تواند در اعمال این حق مداخله کند که قصور جدی در این شیوه از آموزش مشاهده کند؛ بنابراین نباید هیچ نوعی از تحصیل خانگی را پیشاپیش، ممنوع کند و یا حضانت والدین از فرزندان خود را به دلیل ظن صرف به نقض حقوق کودکان سلب کند.

برداشت دادگاه^{۱۳} از ماهیت دعوا

آقا و خانم وندرلیش چهار فرزند دارند و خواستار آموزش آنها در خانه هستند، امری که در آلمان ممنوع است. آقا و خانم وندرلیش، در عین پرداخت جریمه ها، با امتناع از فرستادن فرزندانشان به مدرسه، به زودی در جریان دادرسی که علیه آنها اقامه شده است قرار می‌گیرند، بر این مبنا که فرزندان، در خطر هستند. دادگاه های آلمان حضانت والدین بر فرزندانشان را تعلیق کرده و از آنها خواستند که کودکان را به یک سرپرست (قیم) قانونی که توسط دادگاه خانواده تعیین شده تحویل دهند تا بتوانند به مدرسه بروند. این کودکان به نحو مکرر، از همراهی با سرپرستی که برای بیرون بردنشان آمده بود خودداری کردند. پس از گذشت ماه های آکنده از صدور دستورات و جریانات دادرسی، یک روز صبح، پلیس آلمان جهت جدا کردن قهرآمیز کودکان و تحویل آنها به نهاد سرپرستی آمد، تا آنجا که چند هفته بعد، والدین با فرستادن آنها به مدرسه موافقت کردند.

والدین به دلیل نقض حق بر زندگی خانوادگی خود که به موجب ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تضمین شده است، به دادگاه اروپایی حقوق بشر شکایت کردند. دادگاه مداخله در این حق را تصدیق می‌کند، اما معتقد است که آلمان این حق را دارد که برای حفظ منافع کودک، آموزش خانگی را مطلقاً ممنوع کند.^{۱۴} دادگاه نتیجه گرفت که تعلیق حضانت در یک جامعه دموکراتیک کاملاً ضروری و متناسب بوده و هیچ نقضی نسبت به حق بر احترام به زندگی خانوادگی^{۱۵} صورت نگرفته است.

این حکم، چالش های متعدد جدی را برای آزادی والدین جهت آموزش فرزندانشان ایجاد کرده است.

مسئله منع تحصیل خانگی

حکم دادگاه اروپایی حقوق بشر می‌تواند در همین موضوع اول مورد مناقشه قرار گیرد، چرا که این دادگاه، با استناد به رویه قضایی پیشینی خود، بلافاصله حق آموزش خانگی کودکان را که مرکز ثقل دادخواهی مذکور است، رد می‌کند. آقا و خانم وندرلیش متهم به سوءرفتار و یا غفلت از تکالیف خود مبنی بر تغذیه، مراقبت و آموزش فرزندانشان نبوده اند. بلکه مسئله اساسی، امتناع والدین از فرستادن فرزندانشان به مدرسه، بعنوان یک نهاد جمعی بود و به همین دلیل بود که فرزندانشان را از آنها جدا کردند. خود این ممنوعیت کلی و عام از تحصیل خانگی است که ریشه تمام دعاوی علیه آنهاست و منجر به اسکان دادن موقت فرزندانشان در مرکز نگهداری کودکان بی سرپرست یا بد سرپرست^{۱۶} شده است.

۱۳ از این پس، واژه «دادگاه (the court)»، به تنهایی در متن، اشاره به دادگاه اروپایی حقوق بشر دارد. (م)

۱۴ خواهان ها به ماده ۲ پروتکل اول کنوانسیون استناد نکرده بودند، اما دادگاه در بند ۴۲ رأی یادآور می‌شود که این ممنوعیت آموزش خانوادگی نه تنها با ماده ۸ کنوانسیون، بلکه با ماده ۲ پروتکل اول با عنوان «حق بر آموزش» نیز مطابقت دارد که به موجب آن «هیچ فردی نباید از حق تحصیل محروم شود. دولت در اجرای هر نقشی که در رابطه با آموزش و تعلیم به عهده می‌گیرد، به حق والدین برای تضمین چنین آموزش و تدریسی مطابق با اعتقادات دینی و فلسفی آنها احترام می‌گذارد».

15 the right to respect for family life

16 Foster home

در اینجا دادگاه از تضمین حق طبیعی والدین برای تربیت فرزندانشان چشم پوشی می‌کند. این دادگاه رسماً به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا کودکان را از والدین خود جدا کرده و آنها را مجبور به ورود به یک سیستم آموزشی به رسمیت شناخته شده توسط دولت کنند.

برای توجیه چنین مداخله‌ای نسبت به حق و تکلیف والدین برای آموزش فرزندانشان، دادگاه معتقد است که تمایل دولت برای جلوگیری از ظهور «جوامع موازی»^{۱۷} چنین ممنوعیتی را مشروعیت می‌بخشد. این مسئله از بسیاری جهات متناقض می‌نماید، زیرا دادگاه معمولاً در رویه خود با ممنوعیت‌های کلی و مطلق شدیداً مخالف است. این خانواده به هیچ شبکه و گروه خاصی تعلق ندارند و به دنبال تضعیف نظام جمهوری آلمان و یا به چالش کشیدن ارزش‌های آن نیستند. در این حال، منظور دادگاه از ذکر «جوامع موازی» دقیقاً چیست؟ در اینجا تناقضی بین گرایش به «تکثر»^{۱۸} که دادگاه برای حمایت از حقوق اقلیت‌ها ترویج می‌کند و در عین حال، ممنوعیت تحصیل خانگی به منظور جلوگیری از ظهور این جوامع موازی وجود دارد، که این می‌تواند اشکالی جدی باشد. متأسفانه دادگاه استدلال خود را در این مورد بیشتر توضیح نمی‌دهد.

منافع فرزندان در مقابل منافع والدین

دومین تعرض دادگاه به حقوق والدین، مخالفت با منافع آنها در مقابل منافع فرزندانشان است. مطابق نظر دادگاه‌های داخلی آلمان، در واقع، خطر اصلی که تعلیق حضانت کودکان را توجیه می‌کند، وابستگی شدیدی بود که والدین سعی داشتند در فرزندان خود ایجاد کنند، که منجر به وضعیتی دراماتیک می‌شد: «یک نظام خانوادگی «وابسته به همزیستی»^{۱۹} ظهور کرده بود» (بند چهارم رای). این استدلال بسیار تعجب‌آور است چراکه «همزیستی»^{۲۰} یک اصطلاح حقوقی^{۲۱} نیست بلکه یک اصطلاح علمی^{۲۲} است. [ضمن اینکه] این اصطلاح واجد بار مثبت است، زیرا نشان دهنده ارتباط متقابل سودآور چندین موجود زنده است. بنابراین به نظر می‌رسد که دادگاه‌های آلمان والدین را به این علت سرزنش می‌کنند که «وابستگی شدیدی را در فرزندانشان نسبت به خود ایجاد کرده و نسبت به دیگران گوشه‌گیری اختیار کرده اند».

این تمایل دادگاه‌های آلمان برای مداخله و قضاوت در خصوص روابط خانوادگی به هیچ وجه مورد مناقشه دادگاه اروپایی حقوق بشر نیست. در مقابل، دادگاه اروپایی بیان می‌کند که: «ماده ۸ ایجاب می‌کند که بین منافع کودک و منافع والدین، تعادل (بالانس) منصفانه‌ای برقرار شود و برای ایجاد چنین تعادلی باید به مصلحت عالی کودکان اهمیت ویژه‌ای داده شود که بسته به ماهیت و اهمیت آنها، ممکن است بر منافع مربوط به والدین غلبه (سنگینی) کند» (بند ۴۶).

این برداشت فردگرایانه، مانع از آن می‌شود که دادگاه، نفع عمومی را که در بستر آن یک خانواده تشکیل شده است و با منافع اعضای آن تعارضی ندارد، لحاظ کند. تحصیل خانگی کودکان، انتخاب والدین است و آنها در اصل، بهترین گزینه

17 "parallel societies"

18 diversity

19 "a symbiotic' family system"؛ اشاره به نوعی از زندگی وابسته به یکدیگر به نوعی که اعضای خانواده نتوانند به نحو مستقل از یکدیگر به راحتی زندگی کنند. (م)

20 Symbiosis

21 legal

22 Scientific

برای انجام آن هستند. در اینجا، دادگاه به دولت‌ها این حق را می‌دهد که هر خانواده‌ای را بررسی کنند تا ببینند آیا والدین، با سماجت، فرزندان خود را در خانه نگه می‌دارند یا خیر و بیش از والدین آنها، به فکر منافع عالی فرزندانشان باشند؛ حتی اگر کودکان مذکور به هیچ وجه اعتراضی نسبت به وضعیت خود نداشته باشند.

اسکان دادن غیرمنصفانه در مرکز نگهداری کودکان که توسط دادگاه توجیه شده است
سومین عنصر تکان دهنده حکم این است که دادگاه، اقدام دولت را در راستای تعلیق حضانت از کودکان، که بر مبنای قرائن به ظاهر نگران‌کننده اما به غایت بی‌اساس استوار است، موجه می‌داند.

در واقع، پس از اسکان دادن موقت کودکان در مراکز نگهداری، والدین توانستند اثبات کنند که فرزندان آنها نزد خودشان به خوبی آموزش دیده‌اند، به نحوی صحیح پرورش یافته‌اند، مورد محبت قرار گرفته‌اند و منافع آنها در خطر نبوده است. دادگاه خاطرنشان می‌کند که دادگاه‌های آلمان فکر می‌کردند که کودکان، عملاً منزوی بوده، با کسی ارتباطی نداشته و بنابراین در خطر بوده‌اند. «مقاومت مصرانه» والدین در جریان دادرسی در واقع پاسخی به تهدید جدا کردن فرزندان از آنها بوده است. در حالی که، به موجب رای دادگاه: «مقامات موظفند از کودکان محافظت کنند اما نمی‌توان در هر زمانی، در صورت اثبات اشتباه بودن نگرانی‌های واقعی و منطقی در مورد امنیت کودکان در مقابل اعضای خانواده‌شان، براساس آنچه در پرونده گذشت، آنها (مقامات) را از نظر حقوقی مسئول دانست». (بند ۵۲)

از نظر عینی، این تعلیق حضانت نامتناسب بوده است زیرا دولت هیچ مدرکی دال بر اینکه اتفاق وخیمی در آن خانواده در حال وقوع بوده، نداشته است. برعکس، دولت کودکان را صرفاً بر مبنای اعتقاد به یک «خطر» ساده جدا کرده است. مقامات آلمانی در واقع تا حدی پیش رفته‌اند که اراده والدین را متاثر ساخته، آنها را مجاب کنند تا فرزندان خود را به مدرسه بفرستند. دادگاه به طور خاص بیان می‌کند که: «این واقعیت که یک کودک می‌تواند در محیطی مفیدتر برای آموزش و پرورش قرار گیرد، به خودی خود یک اقدام اجباری را جهت جدا کردن آنها از سرپرستی والدین بیولوژیکی‌شان توجیه نمی‌کند؛ بلکه باید شرایط دیگری نیز دال بر «ضرورت»^{۲۳} چنین مداخله‌ای به حق والدین وجود داشته باشد.» بنابراین، صرف «شرایط دال بر «ضرورت» نزد قاضی جهت جدا کردن یک کودک از پدر و مادرش کافی است. این «ضرورت» چیست که خود دادگاه در گیومه قرار داده است؟ در رای توضیحی داده نشده است.

دادگاه، با دادن این اجازه به دولت‌ها که به راحتی بتوانند به بهانه حمایت از منافع کودک، قوام یک خانواده را از بین ببرند، باب چنین مداخلاتی مفرط را باز کرده است. قطعاً سوءرفتار در میان برخی از پدر و مادرها وجود دارد، اما در این حکم، قضات دادگاه اروپایی، نه تنها سوءرفتاری از جانب والدین مشاهده نکرده‌اند، بلکه به جای آن سوءرفتار^{۲۴} (رفتار سختگیرانه) دولت آلمان را توجیه کرده و مشروعیت بخشیده‌اند.

23 «Necessity»

24 Abuse

منابع:

مقاله:

- راسخ، محمد، رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۰)، «نسبت حکومت با زندگی مطلوب،» نگرشی به رویکرد کمال‌گرایی»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۰.

پرونده ها:

«WUNDERLICH v. GERMANY” (Application no. ۱۵/۱۸۹۲۵) Accessed December ۲۰۲۱, ۵. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=۱۸۸۹۹۴-۰۰۱>.

«Wisconsin v. Yoder.» Oyez. Accessed December ۲۰۲۱, ۵. <https://www.oyez.org/cases/۱۱۰-۷۰/۱۹۷۱>.

بخش ترجمه شده:

<https://eclj.org/family/echr/affaire-wunderlich--la-cedh-maintient-linterdiction-de-lcole--la-maison-et-avalise-les-placements-en-foyer-comme-sanction>.

بررسی تحلیلی رأی صلاحیتی دیوان داوری ایکسید در قضیه شرکت بین‌المللی انرژی ال پاسو علیه جمهوری آرژانتین

نویسنده: نیما ایلات *

دیوان در این رأی صلاحیتی که در ۲۷ آوریل ۲۰۰۶ صادر شده، صلاحیت خود را برای رسیدگی به شکایت شرکت امریکائی ال پاسو، علیه جمهوری آرژانتین، احراز نموده است.

درخواست داوری توسط ال پاسو، یک شرکت خصوصی در ایالت دلاور ایالات متحده امریکا، مطرح شده است. ال پاسو ادعا کرده بود که برای سرمایه‌گذاری در چهار شرکت آرژانتینی مشغول فعالیت در عرصه برق و هیدروکربن، به چارچوب قانونی ارائه شده توسط دولت آرژانتین اعتماد کرده است. این چهار شرکت عبارت‌اند از کومپانیاس اسوئیداس پترولراس، کپکس، سرویشیوس ال پاسو و سنترال کستانرا. خواهان همچنین ادعا کرد که آرژانتین معاهده ۱۹۹۱ راجع به تشویق متقابل و حمایت از سرمایه‌گذاری بین جمهوری آرژانتین و ایالات متحده آمریکا، سایر قوانین حقوق بین‌الملل، امتیازات و قراردادهای هیدروکربن و همچنین قانون اساسی خود آرژانتین را نقض کرده است.

دولت آرژانتین، مجموعاً چهار ایراد نسبت به صلاحیت ایکسید و دادگاه آن مطرح نمود:

آیا اختلاف مذکور، ماهیت حقوقی دارد؟

آیا مستقیماً از یک سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود؟

آیا ادعای مذکور، منحصرأً محدود به اقدامات مالیاتی است؟

آیا منافع قانونی مشروع برای طرح دعوا در ایکسید وجود دارند؟

پاسخ به ایراد نخست:

در پاسخ به نخستین ایراد دولت آرژانتین درباره ماهیت اختلاف؛ دیوان اعلام نمود که ماهیت یک اختلاف باید بر اساس معیارهای عینی تعیین شود. در این قضیه، استدلال‌های خواهان (کمپانی ال پاسو) و خوانده (دولت جمهوری آرژانتین) به‌گونه‌ای با تکیه بر قانون موجود صورت گرفته است، و بنابراین، طبق نظر دیوان، اختلاف می‌تواند به‌عنوان واجد وصف «حقوقی» قلمداد گردد.

جنبه دوم این اعتراض آرژانتین، به بند سوم از قسمت دوم ماده دو توافقنامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری متقابل میان آرژانتین و ایالات متحده بود که شامل بند چتری (شرط فراگیر) می‌شد. دیوان در اینجا به طور مفصل به‌موجب بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، صلاحیت این نهاد سه شرط دارد که عبارت‌اند از: الف) اختلاف باید حقوقی باشد؛ ب) اختلاف باید مستقیماً از معامله اصلی ناشی شود؛ ج) معامله اصلی باید سرمایه‌گذاری باشد.^۱ در چارچوب یک معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه، بندی که کشور میزبان را ملزم به درنظر گرفتن تعهدات خاص نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

۱ برگرفته از متن کنوانسیون ایکسید ۶

خود می‌کند، بند چتری یا شرط فراگیر نامیده می‌شود. دیوان در اینجا به طور مفصل تجزیه و تحلیل کرد که آیا این ماده باید به عنوان یک بند چتری در نظر گرفته شود؟ بدین معنا که کلیه اقدامات قراردادی را به تعهدات بین‌المللی تبدیل کند و بر همین مبنا، هرگونه نقض این تعهدات را به ادعای معاهده تشویق سرمایه‌گذاری تبدیل نماید.

برای این منظور، دیوان سایر آراء خود را بررسی نمود و نتیجه گرفت که بند چتری در این معاهده، صلاحیت آن را به هرگونه ادعا که فقط ناشی از نقض قرارداد بین سرمایه‌گذار و دولت آرژانتین باشد، در هنگامی که چنین ادعاهایی به معنای نقض استانداردهای حفاظت از معاهده نیست گسترش نمی‌دهد. بخش‌بندی ادعاهای متعدد خواهان بین دو دسته دعاوی کاملاً قراردادی که خارج از صلاحیت دادگاه هستند و ادعاهای قراردادی که به ادعاهای معاهده مربوط می‌شوند و در این صلاحیت مشمول می‌باشند طبیعتاً هنگام رسیدگی به ماهیت اختلاف انجام می‌شود. اما در اینجا دیوان در مرحله تعیین صلاحیت به این موضوع می‌پرداخت.

به دلایل فوق، دیوان تشخیص داد که اختلاف ارسالی به آن، مطابق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، «حقوقی» است. بر این اساس، اعتراض مقدماتی خوانده را مبنی بر عدم وجود ادعای حقوقی رد می‌کند.

پاسخ به ایراد دوم:

در پاسخ به ایراد مطرح شده توسط خوانده، مبنی بر اینکه اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری به وجود نیامده است، دیوان خاطرنشان کرد که اقدامات کلی در ۱۹۵۹ درباره سرمایه‌گذاری خارجی به این شکل مطرح شد: طرفین رعایت هر تعهدی که در ارتباط با سرمایه‌گذاری صورت گرفته توسط اتباع طرف دیگر را برعهده گرفته، مستمراً تضمین می‌نمایند.

سیاست اقتصادی که توسط یک کشور میزبان اتخاذ شده است، در صلاحیت دیوان ایکسید نیست.

اما در عین حال، پیوند لازم بین اقدام مذکور، و سرمایه‌گذاری انجام شده، صرفاً با ادعای «کلی» بودن اقدامات انجام شده یا «اختصاصی» نبودن تعهدات دولت، قابل ارزیابی نیست. چنین اقداماتی، اگرچه از نظر ظاهری «کلی» هستند، اما ممکن است تأثیرات بسیار ویژه‌ای داشته باشند. بنابراین دادگاه دریافت که اختلاف فعلی مستقیماً از طریق سرمایه‌گذاری به مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید به وجود آمده است و بر این اساس، اعتراض مقدماتی آرژانتین را مبنی بر این واقعیت که اختلاف مستقیماً از روی سرمایه‌گذاری برنیامده است، رد نمود.

پاسخ به ایراد سوم:

در پاسخ به سؤال سوم در خصوص اقدامات مالیاتی، دیوان به این نتیجه رسید که خواهان از نظر قانونی تأیید می‌کند که درواقع «یک قرارداد سرمایه‌گذاری» وجود دارد. بنابراین اعتراض آرژانتین مربوط به اقدامات مالیاتی را نمی‌توان به طور کلی پذیرفت. دیوان نتیجه گرفت که صلاحیت رسیدگی به امور مالیاتی را دارد، اما فقط تا آنجا که اقدامات مالیاتی مذکور، مرتبط به: الف: سلب مالکیت / ب: نقل و انتقالات / ج: رعایت و اجرای شرایط توافقنامه یا مجوز سرمایه‌گذاری باشند. به عبارت دیگر، تنها ادعاهایی که دیوان می‌تواند در این مرحله به آنها رسیدگی کند، مطالبات مالیاتی مبتنی بر وجود بهره‌برداری غیرمجاز و نقض توافقنامه یا مجوز سرمایه‌گذاری است. هر چیز دیگری غیر از این، خارج از صلاحیت

دیوان است.

پاسخ به ایراد چهارم:

سرانجام دیوان آخرین اعتراض مطرح شده توسط خواهان در مورد ادعای فقدان مشروعیت به دلیل فروش سهام خواهان در شرکت‌های محلی را بررسی کرد. از این نظر دادگاه به این نتیجه رسید که بر اساس موافقت‌نامه تشویق سرمایه‌گذاری، کنوانسیون ایکسید و دادرسی مربوطه که در جریان رسیدگی ذکر شد، هیچ قانونی برای مالکیت مداوم سرمایه‌گذاری وجود ندارد تا سرمایه‌گذار بتواند ادعایی را در دادگاه ایکسید ارائه دهد. بنابراین دیوان تصمیم گرفت اعتراض به صلاحیت خود در رابطه با موضوع چهارم را رد کند.

بررسی تحلیلی رأی؛

رویکرد دیوان ایکسید درباره بند چتری در قضیه ال پاسو، همان‌طور که در خلاصه رأی نیز مشاهده شد، دیوان به‌منظور حمایت توأمان از منافع شرکت ال پاسو و منافع دولت آرژانتین، بند چتری مندرج در توافق‌نامه تشویق سرمایه‌گذاری مشترک میان ایالات متحده و آرژانتین را بررسی کرده و به این نتیجه می‌رسد که این بند، هیچ دعوای قراردادی را به تعهد معاهداتی تبدیل نمی‌کند. دیوان در این پرونده میان عمل و رفتار دولت به‌عنوان تاجر و اقدام دولت در مقام حاکمیت، قائل به تفکیک شده و اظهار می‌دارد که زمانی که دولت اقتدار حکومتی اعمال می‌کند، در مقابل آن باید از سرمایه‌گذار خارجی حمایت شود؛ اما نه در مواقعی که دولت در قالب مجموعه تجاری رفتار می‌کند. به عبارت دیگر، بند چتری صرفاً باید حمایت‌های اضافی را که ضمن موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری از طرف دولت به‌عنوان حاکمیت پذیرفته شده پوشش دهد.

به طور کلی باید گفت این دیوان نمی‌خواست که به موجب بند چتری، تعهداتی به مراتب فراتر از رعایت استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ضمن معاهده تصور شود، و دولت‌ها به‌خاطر نقض هر تعهد مرتبط با سرمایه‌گذاری، در حقوق داخلی یا بین‌المللی مسئول شناخته شوند. دیوان در اینجا از این بیم داشت که سرمایه‌گذاران، دیگر خود را به هیچ قیدی محدود نکنند و برای هر امر جزئی قراردادی به بند چتری استناد کنند. با بررسی تاریخچه استناد به بند چتری در دعاوی دآوری، می‌توان دو رویکرد عمده را مشاهده کرد: نخست، نگرش توأم با تردید به بند چتری و قائل بودن به تحدید آثار آن؛ و دوم، دید موسع به بند چتری که درحقیقت همان نگاه اولیه ایده‌پردازان این شرط قراردادی، از جمله لاتریاخت بوده است.

تفسیر مضیق بند چتری؛ آری یا خیر؟

تفسیر محدود و استثنائی از بند چتری، عمدتاً از سوی کشورهای درحال توسعه یا کمتر توسعه‌یافته مورد استقبال قرار می‌گیرد؛ زیرا این کشورها بیشتر نیاز به سرمایه‌گذاری خارجی دارند و به همین دلیل ترجیح می‌دهند از حجم تعهدات بین‌المللی خود در این قراردادها تا حد امکان بکاهند و آنها را در سطح تعهدات قراردادی نگه دارند. این امر بخصوص ناشی از یک تفاوت بسیار بزرگ است که گنجاندن بند چتری، در تعیین مرجع ذی‌صلاح برای رسیدگی به اختلاف ایجاد می‌کند: چنانچه بند چتری در قراردادی گنجانده شود، نقض تعهد را به یک اختلاف بین‌المللی تبدیل می‌کند که قابل

طرح در ایکسید است، فارغ از آنکه در داخل خود قرارداد، به شیوه دیگری بر سر تعیین محکمه صالح توافق شده باشد. به بیان بهتر، با گنجانده شدن بند چتری، شرط تعیین محکمه عملاً بی‌اهمیت می‌شود و در هر صورت، ایکسید قادر به احراز صلاحیت خود خواهد بود.

با نظر به همین امر، تفسیر گسترده و موسع از بند چتری عمدتاً مطلوب سرمایه‌گذاران است، و به‌خصوص آن دسته از سرمایه‌گذارانی که در کشورهای درحال توسعه سرمایه‌گذاری می‌کنند، عمدتاً تمایل دارند بند چتری در قرارداد گنجانده شود، زیرا هم از انسجام کافی در نظام حقوق داخلی چنین کشورهایی چندان مطمئن نیستند، و هم آنکه ثبات کمتری برای سرمایه خود احساس می‌کنند.

بنابراین می‌توان گفت اختلاف اصلی میان این دو رویکرد، درحقیقت اختلاف بین سرمایه‌گذاران ملل توسعه‌یافته، با کشورهای درحال توسعه است. رویکرد دیوان دآوری ایکسید درباره بند چتری در رویه ایکسید، در برخی پرونده‌ها، دیوان خواهان ارائه دلایل و شواهد برای اثبات قصد مشترک هر دو طرف قرارداد به داشتن تفسیر موسع از بند چتری شده است. همین رویه در قضیه ال پاسو نیز قابل‌مشاهده است. چنانچه ذکر شد، دیوان در این قضیه با مرور رویه خود به این نتیجه رسید که تفاوت در عبارات، منجر به نتایج متفاوت نمی‌شود؛ زیرا بر این باور بود که پذیرش تفسیر موسع در اینجا عملاً قضیه را کأن لم یکن و بیهوده می‌کند. دیوان معتقد بود تفسیری که هرگونه نقض تعهد قراردادی از سوی دولت را هم‌ردیف با نقض معاهده بداند، خطرناک خواهد بود.

اگرچه این تهاجم مستقیم به کانون اراده مشترک طرفین معاهده، به نظر خلاف قاعده می‌رسد، اما باید توجه داشت که بررسی رشد و توسعه بند چتری در قراردادهای نشان می‌دهد که از ابتدا، هدف از پیش‌بینی این بند، تدارک برخی حمایت‌های ماهوی برای سرمایه‌گذاران بوده است. بنا به نظر دیوان، این بند صرفاً برای ایجاد رشته‌ای باریک از امنیت در قالب یادآوری دوستانه سایر تعهدات دولت میزبان ضمن معاهده، طراحی نشده است، بلکه هدف از آن، ایجاد سیستمی بود که امکان جبران نقض‌های صریح و قطعی قرارداد را در مرجع بین‌المللی فراهم کند. از آنجاکه حدود و مرزهای تعریف این بند در ذیل طرح پیش‌نویس آبس شوکراس روشن شده است، تفسیرکنندگان طرفدار تفسیر مضیق این بند، حالت موسع آن را نوعی انحراف گسترده از حقوق بین‌الملل سنتی قلمداد می‌کنند. درنهایت می‌توان چنین عنوان کرد که تصور قلمروی موسع برای بند چتری، موجه به نظر می‌رسد. در صورتی که تدوین‌کنندگان تمایل داشته باشند از ویژگی تاریخی بند چتری بکاهند، این قصد و نیت باید به راحتی و صریح، در خود قرارداد مشخص شود.

برای نمونه، در قضیه بیواک علیه پاراگوئه، دیوان دآوری به دادخواست سرمایه‌گذار اشاره کرد که مستند به یکی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مستقل هلند بود و مفادش صراحتاً بند چتری را به موقعیت‌هایی که در آن از جبران خسارت داخلی خبری نیست، محدود کرده بود. در نتیجه، به نظر می‌رسد وظیفه تعیین و تبیین چگونگی تغییر مسیر بند چتری و دامنه تفسیر آن، بر عهده تدوین‌کنندگان اولیه قرارداد خواهد بود.

نتیجه گیری...

بهتر بود دیوان، تفسیر موسع را برای بند چتری در قضیه ال پاسو در نظر می‌گرفت و صرفاً به دلیل بیم از خطرناک بودن چنین تفسیری برای بقای منافع عملی سیستم دآوری سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی، از پذیرش این بند خودداری نمی‌کرد. زیرا از آن سو این بیم نیز وجود دارد که با دادن اطمینان خاطر بالا به دولت‌ها مبنی بر باقی ماندن نقض تعهدات آنها در چارچوب نظام قراردادی و امیدوار کردن آنها به محسوب نشدن نقض تعهداتشان در سطح نقض معاهده، دولت‌ها فضای امن‌تری برای خود در جهت نقض تعهداتشان بیابند. این امر، به‌خصوص در کشورهایی که بیشتر مشتاق سرمایه‌گذاری خارجی هستند (عمدتاً کشورهای درحال توسعه با نظام‌های حقوقی غیرمنسجم و مدرن) می‌تواند حاشیه امنی برای دولت‌ها در زیر پا گذاشتن تعهداتشان ایجاد نماید و آنها را از عدم پیگرد این اعمال در سطح بین‌المللی مطمئن سازد.

علاوه بر این به نظر می‌رسد احتیاط دیوان در عدم پذیرش بند چتری از بیم به خطر افتادن سرمایه‌گذاری‌ها در آینده، از منظر دیگری نیز قابل‌پذیرش نباشد؛ زیرا خود سرمایه‌گذارها نیز ممکن است به دلیل هزینه‌های بسیار گزاف دادرسی از طریق ایکسید، تمایل چندانی به تسری بند چتری به تمام تخلفات قرارداد نباشند.

البته باید پذیرفت که باز گذاشتن بیش از حد دست سرمایه‌گذار نیز، منجر به عدم تمایل کشورها به پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی و روی آوردن به دیگر اقدامات برای رشد سرمایه خواهد شد که ممکن است در درازمدت آثار منفی بیشتری داشته باشند. به نظر می‌رسد که برخلاف گذشته که این سرمایه‌گذاران بودند که نگران حفظ امنیت خود در کشور میزبان بودند، به تدریج این دولت‌های درحال توسعه اند که از محدود شدن اعمال حقوق حاکمیتی خود در رابطه با قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، نگران هستند.

همچنین می‌توان گفت موثرترین راه برای ایجاد توازن میان منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی، موثرترین راه آن است که روابط قراردادی به نحوی تنظیم گردند که ضمن حفظ امنیت مالی سرمایه‌گذار، دولت میزبان نیز دچار محدودیت در اعمال حاکمیت خود نشود. این مستلزم آن است که نه دولت و نه سرمایه‌گذار، از وجود یا عدن وجود بند چتری سوء استفاده نکنند.

تأثیر موازین حقوق بشر بر اتخاذ رویکرد کیفری در مواجهه با خسارات زیست محیطی

نویسنده: حمیدرضا حیدرپور و محمد شهنقی *

امروزه آسیب های زیست محیطی ریشه بسیاری از سرگشتگی ها و پریشانی هایی است که جهان معاصر با آن روبروست. بحران هایی از قبیل تغییرات آب و هوایی، زوال لایه اوزون، زوال تنوع زیستی، حوادث غیرمترقبه زیست محیطی از جمله فاجعه انفجار گاز در بوپال هند، آلودگی های صنعتی، نفتی و ... همگی تنها بخشی از این پریشانی ها و سرگشتگی هایی است که امروزه حیات بشری را تهدید میکند. در کنار این مسئله، با جهانی شدن فرایندهای اقتصادی و فرهنگی، بحران های ناشی از آسیب های زیست محیطی در سطحی فراگیرتر منعکس شده است. به واقع، موقعیتی که امروز در آن به سر میبریم، موقعیتی است که مسائل کلانی از قبیل امنیت و حقوق بشر را با خطر جدی ازهم گسیختگی روبرو میسازد. خطری که در نهایت میتواند به نابودی و امحای خود بشر بیانجامد، چراکه در شرایطی که امنیت به عنوان یکی از بنیادی ترین اصول تشکیل جامعه انسانی، تهدید شود، به موازای آن بقاء و سلامت جامعه بشری نیز در معرض زوال قرار خواهد گرفت. نکته ای که در خصوص بحرانهای زیست محیطی بسیار میتواند صادق و بدیهی باشد، این است که سرمنشأ بسیاری از این وقایع، اعمال انسانی است. در واقع، آنچه که امروز محیط زیست را تهدید میکند، رفتارهای ما به عنوان بشری است که همه چیز را در توسعه و پیشرفت اقتصادی خلاصه کرده است، و این مسئله تا به حدی است که کسانی از قبیل مارشال برمن نویسنده کتاب مشهور تجربه مدرنیته، معتقد است که بشر امروزی توسعه و پیشرفت را جایگزین مفهوم رستگاری نموده است و حتی روح خود را نیز در بند این موضوع قرار داده است. (برمن، ۱۳۸۰، ۳۰) شاید این موضع در ابتدا بسیار افراطی به نظر آید و البته این گونه هم است، اما وجهی از واقعیت تلخ توسعه را به ما مینمایاند.

از این مسئله که بگذریم، شواهد و قرائن و مصیبت های وارده به محیط زیست که ریشه در اعمال انسانی دارد، حاکی از آن است که ما نیازمند یک نوع اصلاح اساسی و حتی در مواقعی یک نوع تغییر نگرش بنیادین در رابطه با طبیعت و همچنین بازتعریف مفهوم توسعه در جهان معاصر هستیم. کارل مارکس معتقد بود که: «تنها به ندرت و در شرایط بسیار ویژه ای است که جامعهای میتواند رویکرد انتقادی نسبت به خود را پذیرا باشد». شرایط اکولوژیکی که جهان امروز با آن روبروست، یکی از آن شرایط منحصر به فردی است که نه تنها یک جامعه بلکه کل تمدن مدرن ناگزیر از پذیرش رویکرد انتقادی نسبت به خود می شود.

به تاسی از همین نگاه انتقادی، حدود دو دهه است که رویکردی با عنوان «جرم شناسی سبز» در ادبیات جرم شناسی انتقادی، پا به عرصه ظهور نهاده است. (شاملو و دیگران، ۱۳۹۶، ۶۳) (عباسی، ۱۳۹۵، ۲۲۳) (وایت، ۱۳۹۴، ۵۹) در واقع، در دهه ۱۹۹۰، جرم شناس انتقادی، مایکل لینچ، با نوشتن مقالهای با عنوان «سبز سازی جرم شناسی»^۱ این موضوع را مطرح کرد که جرائم زیست محیطی به طور فزاینده ای با ایدئولوژی سرمایه داری در ارتباط است. به همین ترتیب،

* حمیدرضا حیدرپور: دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
محمد شهنقی: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد واحد الکترونیک

جرم‌شناسی سبز از ابتدا با نوعی نگاه بدبینانه نسبت به موضوعاتی از قبیل سرمایه‌داری، فرهنگ مصرفی، تضادهای اجتماعی و توسل به مفاهیمی چون عدالت زیست محیطی شروع به کار نمود. همین صبغه انتقادی و گاهاً مارکسیستی این جرم‌شناسی، باعث شد که بسیاری آن را در ذیل جرم‌شناسی انتقادی و به‌عنوان یکی از شاخه‌های آن، تعریف نمایند. البته باید توجه داشت که تا به امروز، رویکردها و نظریات بسیار بدیعی به این حوزه اضافه شده است، به طوری که حتی برخی از پژوهشگرانی که خود را جرم‌شناسان سبز مینامند، بسیار متفاوت از شکل ابتدایی آن و حتی در تقابل با رویکرد مارکسیستی، به بحث در خصوص جرائم زیست محیطی می‌پردازند. اگرچه خصیصه انتقادی بودن در همه آنها نمایان است و ویژگی مشترک همه آنهاست. (Atilas-Osoria, ۲۰۱۴, ۱۳۳)

جرم‌شناسی سبز، اساساً حوزه‌های متنوعی از قبیل مطالعه آسیب‌های زیست محیطی، حقوق محیط زیست و قواعد زیست محیطی، به‌وسیله جرم‌شناسان را در برمیگیرد. این رویکرد با توسل به علوم مختلفی از جمله علوم تجربی (زیست‌شناسی، روانشناسی، جغرافیا، زمین‌شناسی و...) و علوم انسانی (حقوق، علوم سیاسی، فلسفه سیاسی، تاریخ، اقتصاد و...) به تبیین مسائل زیست محیطی می‌پردازد، و به همین دلیل بسیاری از اندیشمندان آن را به‌عنوان پل ارتباطی میان علوم توصیف کرده‌اند. (Brisman, ۲۰۱۳, ۲۸)

از آنجایی که محیط زیست به‌عنوان یک ارزش و مصلحت حقوقی در دهه‌های اخیر، از یک سو موردتوجه حقوق بشر واقع شده و از سوی دیگر به‌عنوان یک ارزش و مصلحت اساسی که شایسته حمایت است وارد حقوق جزا شده، در اغلب نظام‌های کیفری تعداد زیادی جرم‌انگاری در حوزه محیط زیست صورت گرفته است. بدیهی است که حقوق جزا به طور سنتی بایدها و نبایدهای اخلاقی و دینی که در قالب حقوق بنیادین مطرح بوده (مانند آزادی، مالکیت، حق حیات) را حمایت کرده و میکند، ولی با ظهور مصلحت‌های جدید که مبناهای مختلف، از جمله مبنای حقوق بشری دارند حقوق کیفری جنبه فنی و تخصصی به خود گرفته است. محیط زیست به‌عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر با عنوان حق بر محیط زیست سالم (حقوق همبستگی) و هم با عنوان پدیده‌ای که خود دارای حق حمایت ذاتی است، در واقع به اعتبار رابطه و نسبتی که انسان با آن دارد، مهم می‌نماید.

حقوق بشر امروزی، در تأثیری آشکار بر حقوق کیفری محیط‌زیست، دامنه خسارت‌ها و آسیب‌های محیط‌زیستی که حمایت کیفری از محیط‌زیست را به‌عنوان یک اصل و مبنای مهم و محوری زیست بین‌المللی انبای بشر اجتناب‌ناپذیر کرده، توسیع بخشیده است (Evan, ۲۰۱۴, ۱۱۹) و به‌ویژه موجب شده که خسارت‌های محیط‌زیستی که جرم علیه محیط‌زیست به شمار می‌روند، واجد دو خصوصیت اصلی شوند؛ یکی عدم انحصار و دیگری فراگیری (همه‌گیر بودن). حمایت کیفری از محیط‌زیست به ویژه در پرتو این دو مقوله، یکی از عرصه‌های آشکار ارتباط و همسویی حقوق بشر با حقوق محیط‌زیست است.

در ابتدا باید گفت مقصود از نوع و گونه رفتار به‌عنوان یکی از شاخص‌های معیار رفتار بنیاد برای جرم‌انگاری زیست محیطی، به طور خاص، مفهومی است که امروزه در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست با عنوان «رفتارهای خسارت‌بار نسبت به محیط‌زیست و بهره‌وران از آن» موردتوجه قرار گرفته است. (سیدحسینی، ۱۳۸۵، ۸۰) این مفهوم، در اسناد بین‌المللی مربوط به محیط‌زیست و حمایت از محیط‌زیست هم یک مفهوم بنیادین است به نحوی که حتی ادعا شده تا زمانی که این مفهوم در نظام‌های حقوقی ملی مورد شناسایی رسمی و قانونی و حتی قضایی قرار نگیرد، نمی‌توان مدعی شد که

حمایت مناسبی به ویژه در بعد کیفری از محیط‌زیست و بهره‌وران از آن در این نظام‌های حقوقی ملی صورت گرفته است. (Ryland, ۲۰۰۹, ۱۱۲) بدین ترتیب، به نظر می‌رسد بتوان گفت مقصود از نوع و گونه رفتار، نوع و گونه رفتار خسارت‌بار و آسیب‌زننده به محیط‌زیست و بهره‌وران از آن است. (Walters, ۲۰۱۳, ۲۸۳)

تأکید می‌کنیم که مطابق با رویه‌ای که امروزه در حقوق بین‌الملل (Babbitt, ۲۰۰۴, ۶۴) و رویه قضایی بین‌المللی (Clifford, ۲۰۱۶, ۲۳۹) و نیز رویه قضایی داخلی برخی کشورها (Lehmen, ۲۰۱۷, ۷۶) اتخاذ شده و به اجرا درمی‌آید، می‌توان دو شاخصه یا مؤلفه اصلی را در رفتارهای خسارت‌بار زیست محیطی تعیین کرد: یکی «همه‌گیر بودن» و دیگری «عدم انحصار». جالب آنکه مبنای اصلی در شناسایی این دو وصف برای جرائم زیست محیطی، حقوق بشر است. یعنی حقوق بشر موجب شده هر رفتاری که به نحوی محیط‌زیست، ثبات و استقرار و نیز موجبات بهره‌مندی بهره‌وران از محیط‌زیست را با چالش روبرو سازد، از ایجاد آلودگی‌های عمدی یا سهوی در منابع آبی گرفته تا بمباران‌های هسته‌ای و شیمیایی، جرم‌انگاری شده و با مجازات روبرو گردد. (Lehmen, ۲۰۱۷, ۲۳۶) در اینجا، حقوق بشر، در حقیقت، پشتوانه حقوق کیفری برای اعمال حمایت کیفری از محیط‌زیست و بهره‌وران از آن به صورت جرم‌انگاری و کیفرگذاری برای رفتارهای خسارت‌بار و آسیب‌زای محیط‌زیستی است. (Manirabona, ۲۰۱۶, ۱۳۹)

منابع:

- برمن، مارشال، تجربه مدرنیته، ترجمه مراد فرهادپور، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- سیدحسینی، سعید، تکوین حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
- شاملو، باقر و دیگران، جرم‌شناسی سبز: با تأکید بر سیاست کیفری ایران، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره بیستم، پاییز ۱۳۹۶.
- عباچی، مریم، جرم‌شناسی سبز، دایرةالمعارف علوم جنایی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
- وایت، راب، جرائم زیست محیطی فراملی؛ به سوی جرم‌شناسی جهان بوم، ترجمه حمیدرضا دانش ناری، نشر روناس، چاپ اول، ۱۳۹۴.

Atilos-Osoria, José M., Environmental Colonialism, Criminalization and Resistance: Puerto Rican Mobilizations for Environmental Justice in the ۲۱st Century, RCCS Annual Review, No. ۲۰۱۴, ۶.

Babbitt, Charles J., Discretion and the Criminalization of Environmental Law, Journal of Duke Environmental Law and Policy Forum, ۱(۱۵), September ۲۰۰۴.

Brisman, Avi, South, Nigel, A guide to a Green Criminology, Routledge International Handbook of Green Criminology, edited by Nigel South and Avi Brisman, Routledge Publication, London and New York, ۲۰۱۳.

Clifford, Mary, Environmental Crime: Enforcement, Policy and Social Responsibility, AN Aspen

Publication, ۲۰۱۶.

Evan Hamman & Others, Environmental Crime and Specialist Courts: The Case for a 'One-Stop (Judicial) Shop' in Queensland, *Environmental Law Studies*, No. ۲۰۱۴ ,۳۹.

Lehmen, Alessandra & Juchem Advocacia, ICC to focus on environmental crimes: a landmark move for International Environmental Law, Sage, ۲۰۱۷.

Ryland, D., Protection of the Environment through Criminal Law: a question of competence unabated? *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. ۱۸, No. ۲۰۰۹ ,۲.

نقد و بررسی قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

نویسنده: نیکو نعیمی*

«قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» عنوان آخرین قانونی است که با توجه به الزام جوان‌سازی جمعیت و نگرانی کارشناسان و صاحب‌نظران در ارتباط با کمبود نیروی فعال اقتصادی و اجتماعی در تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۴ پس از موافقت مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت ۷ سال به تصویب رسید و در تاریخ ۱۴۰۰/۸/۲۴ توسط رئیس‌جمهور ابلاغ شد. با توجه به مسائل حیاتی و حساسیت جامعه حقوقی و علمی کشور نسبت به قانون مذکور، بر آن شدیم تا از منظرهای اجتماعی، حقوقی و اقتصادی به بررسی این قانون بپردازیم. باشد که سبب تنقیح مسائل پیرامون قانون مذکور شده و در آگاهی‌بخشی عموم جامعه اثرگذار باشد.

قانون مذکور به‌منظور برطرف شدن نگرانی کارشناسان درمورد پیری جمعیت و فرسودگی و کمبود نیروی اقتصادی اجتماعی در دستور کار کمیسیون مشترک طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده مجلس قرار گرفت. مواد و محتوای این قانون حساسیت بسیاری را در جامعه برانگیخت که لزوم شرح و نقد آن را به زبان ساده حقوقی ضروری می‌سازد.

نکات مثبت قانون:

در مواد مختلفی از این قانون به افزایش مرخصی زایمان بانوان و تأمین لزوم امنیت شغلی آنها و فراهم‌آوردن زمینه دورکاری اشاره شده است که جزء نقاط روشن این قانون محسوب می‌شود، زیرا که از مهم‌ترین نگرانی‌های بانوان در عصر حاضر از دست دادن شغل یا جایگاه شغلی به سبب مسئولیت مادری است و این پیش‌بینی سبب افزایش آرامش روانی و ثبات ذهنی بانوان می‌شود. در برخی مواد نیز به تسهیلات بازنشستگی زودهنگام و آسان تصریح شده که جزء ابتکارات جدید تقنینی است.

در ماده ۲۴ قانون به توزیع سبد بهداشتی و غذایی رایگان با یافتن افراد نیازمند به آن اشاره شده که گستردگی فکری و دوراندیشی قانون‌گذار علی‌الخصوص در زمینه بهداشتی را نشان می‌دهد.

در این قانون به مرخصی پدرانگی نیز توجه شده که از لحاظ فکری و فرهنگی نیز گامی رو به جلو محسوب می‌شود، چرا که برای تشکیل خانواده‌ای مستحکم و حمایت روانی از مادر پس از گذران دوران سخت بارداری و آمادگی روانی پدر توجه به این موضوع نیز ضروری است.

به‌منظور تحول و توسعه اقتصادی و تعالی و بسط اجتماعی و گسترش فرهنگ توحیدی، به جمعیت به‌عنوان عنصر اساسی و بنیادین پیشرفت جامعه توجه ویژه‌ای شده که نشان‌دهنده دیدگاه نوین جامعه‌شناختی و گستردگی فکری قانون‌گذار است.

مواد قانونی مربوط به سیاست‌های جمعیتی تجمیع و تنقیح شده اند و همگی آنها در قانونی با ضمانت اجراهای مستحکم تجلی یافته‌اند.

* دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران

نکات منفی:

در بین موانع اقتصادی فرزندآوری در این قانون فقط به مسئله مسکن و اشتغال تاکید شده است، در حالی که موانع اقتصادی فرزندآوری مخصوصاً در مراحل مختلف رشد بسیار فراتر از شغل و مسکن ساده است؛ نگرانی اصلی والدین در طی مراحل رشد بوده و صرفاً به سال‌های ابتدایی حیات کودک محدود نمی‌شود.

تسهیلاتی که در قانون پیش‌بینی شده است عمدتاً بدون پشتوانه و آمارگیری و برنامه‌ریزی جامع بوده و جامعه را با کسری بودجه شدید در این نهادها مواجه می‌کند. اگر بنا بر پیش‌بینی تسهیلات مالی است نخست باید نهادهای تأمین‌کننده زاینده مشخص شوند.

تسهیلات قانونی که از محل بودجه تغذیه می‌کنند صراحتاً مغایر با اصل ۵۲ و ۷۵ قانون اساسی بوده و با توجه به شرایط اقتصادی حاضر و کسری بودجه شدید سالانه، تصویب قانونی که در این وسعت وابسته به بودجه دولتی باشد با بنیان‌های قانون‌گذاری عقلانی در تضاد بوده و سبب تشدید مشکلات مالی کشور می‌شود.

تسهیلات پیش‌بینی شده با شرایط اقتصادی و تورم موجود هم‌خوانی ندارد و قانون را صرفاً به متنی ناکارآمد و اضافی بدل خواهد کرد.

افزایش حقوق‌های پیش‌بینی شده در قانون بدون توجه به مراتب سازمانی بوده و باز هم متکی به پشتوانه مالی قوی نیست.

بیشتر تسهیلات سازمانی و شغلی مربوط به والدین شاغل در بخش‌های عمومی است درحالی‌که شاغلین در بخش خصوصی نیز تعداد قابل‌توجهی از مشمولین قانون را تشکیل می‌دهند. این موضوع نوعی تبعیض بوده و مغایر با بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی است.

برای رفع مشکل بیکاری در مواد پراکنده‌ای استخدام مستقیم پیش‌بینی شده که از لحاظ حقوقی و بنیان‌های اقتصادی راه حلی کوتاه‌مدت و ناکارآمد است و باعث آسیب به سیستم کلی اقتصاد کشور می‌شود.

تحمیل بار مالی این قانون بر دوش بخش خصوصی به‌خاطر سیاست‌های حاکمیتی غیرقانونی، غیرشرعی و مخالف مبانی حاکمیتی جمهوری اسلامی و مغایر با اصل ۴۰ بوده و نقض اصل منع اضرار به غیر نیز محسوب می‌شود.

از نظر حقوقی و بنیان‌های تقنینی نیز این قانون مورد نقد شدید است. این قانون جنبه دوگانه حاکمیتی - علمی داشته و با توجه به آنکه مواد آن به‌صورت مستقیم با سلامت اعضای جامعه در ارتباط است، نیاز بود که از مشورت نهادها، وزارتخانه‌ها سازمان‌های مربوطه استفاده بیشتری می‌شد. به‌وضوح دیده می‌شود که در تدوین مواد به اصول بدیهی پزشکی بی‌توجهی شده که می‌تواند سبب آسیب جدی به مشمولین شود.

از لحاظ ادبیات تقنینی و شیوه تفسیری نیز ایرادات جدی متوجه قانون است. ادبیات و لسان مبهم قانون‌گذار دست را برای تفسیرهای عجیب و خطرناک باز می‌گذارد که می‌تواند ابزاری برای سوءاستفاده و انحراف از ارزش‌های مورد حمایت قانون شود.

در مواد متعددی قانون‌گذار برای حتی فرعی‌ترین مسائل مجازات پیش‌بینی کرده است که با توجه به ادبیات مبهم و احتمال تفسیر موسع، این موضوع بسیار خطرناک و مغایر با بنیان‌های نهاد حقوق کیفری است. در این نهاد حقوقی

تمام تلاش‌ها در راستای کمتر کردن جرم‌انگاری و نوین‌تر نمودن مجازات‌هاست و به وضوح عدم رعایت این اصول در قانون مذکور دیده می‌شود.

قانون آشکارا به خصوصی‌ترین ارکان زندگی مردم نفوذ کرده که صراحتاً مغایر با آموزه‌های دینی و فقهی و اصول متعدد قانون اساسی در تأمین آزادی‌های فردی و حریم خصوصی است. مسائل مطروحه در قانون مستقیماً با خصوصی‌ترین مسائل حیات انسانی مرتبط است و قانون‌گذاری تا این حد جزئی و وسیع در این مورد مغایر با موازین و موارد مطرح شده در اصل ۲۱ و مخالف با حفظ کیان و حیثیت خانواده است. در قرآن و متون فقهی تأکید بر این شده که مسائل خصوصی بین زوجین از عموم پنهان بماند، حال آنکه در این قانون کوچک‌ترین تصمیمات در این زمینه منوط به حضور عده کثیری از افراد متخصص و گاهی غیرمتخصص می‌شود.

بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی بر منع تبعیض ناروا تأکید می‌کند درحالی‌که تسهیلات فراوان پیش‌بینی شده کاملاً مغایر با این اصل به نظر می‌رسند و معیاری برای تشخیص ناروا بودن آنها در قانون مشاهده نمی‌شود که این موضوع زمینه سوءاستفاده فرصت‌طلبان را فراهم خواهد کرد.

صلاحیت‌های تفویض شده به نهادهای مختلف مذکور در قانون فراتر از ظرفیت صلاحیتی آنان بوده و آشکارا با اصول ۶۰ و ۱۳۸ قانون مغایرت دارد. این تفویض اختیار بی‌حساب می‌تواند منجر به تصویب مقررات و مصوبات بی‌اساس و تورم قانونی بیشتر و در نتیجه انحراف از اصول تقنینی شود.

مواد مختلف قانون کاملاً به بحث سلسله مراتب اداری و مصوبات بی‌توجه بوده که مغایر بنیان‌های یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی حقوق عمومی یعنی حقوق اداری است.

لسان تقنینی و شیوه تصویب به گونه ایست که به افزایش و خلق بی‌حساب نهادهای درگیر می‌انجامد که علاوه بر افزایش بروکراسی اداری مغایر با بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است.

قانون اصولاً با تمرکز بر شهرنشینان طراحی شده و اصلاً به دغدغه ساکنین شهرهای کوچک و روستاییان توجه نشده که این موضوع دیدگاه سهل‌انگارانه قانون‌گذار را منعکس می‌کند؛ حال آنکه این افراد خیل عظیمی از مشمولین این قانون را شکل می‌دهند.

مواد ۴۶، ۵۰، ۵۱، ۵۲ و ۵۳ و ۵۶ جنجالی‌ترین و قابل نقدترین مواد این قانون هستند که پس از ارائه خلاصه ای از نکات مطرح شده در این مواد به طور جداگانه به بررسی ابعاد آنها می‌پردازیم:

در این مواد به صراحت اشاره شده که بدون توجه به آموزه‌های تخصصی پزشکی به تشویق فرزندآوری با فاصله سنی کم، در سنین پایین و کاهش زمان ازدواج و تولد فرزند اول پرداخته شود. همچنین نهادهای تخصصی مکلف به اصلاح برنامه‌ها و مطالب و متون تخصصی بنا به نظر قانون‌گذار در زمینه تأکید به زایمان طبیعی، برجسته کردن معایب و عوارض استفاده از روش‌های پیشگیری از بارداری و سقط جنین شده‌اند؛ حال آنکه نظر قانون‌گذار با اصول اولیه علمی متعارض بوده و تخصصی برای دخالت در این زمینه ندارد. (ماده ۴۶)

در ماده ۵۰ قانون اشاره شده که زایمان به روش غیرطبیعی از شمول بیمه خارج است حال آنکه انتخاب روش زایمان مسئله ایست که علاوه بر نیاز به زیرساخت‌های فراوان در ابعاد مختلف به روحیات و انتخاب مادر بستگی دارد و تحمیل این بار مالی و روانی به خانواده‌ای که در این برهه دچار اضطراب و نگرانی هستند آن‌چنان منطقی به نظر

نمی‌رسد.

در ماده ۵۱ قانون توزیع و تبلیغ رایگان و اختصاص یارانه به روش‌های پیشگیری از بارداری ممنوع شده و استفاده از قرص‌های ضدبارداری به تجویز پزشک منوط شده است.

در ماده ۵۲ عقیم‌سازی مردان ممنوع شده و عقیم‌سازی زنان نیز تنها به شرایط خاص و خطر جانی و آسیب جسمی و خرج محدود شده است.

در ماده ۵۳ قانون به سقط جنین پرداخته شده که محتوای آن قابل‌توجه است. اولاً با لسانی ضمنی غربالگری جنین نفی شده به علت آنکه ممکن است پس از احراز بیماری ژنتیکی والدین تصمیم به سقط بگیرند؛ به عبارتی دیگر مشمولین به نگهداری جنین به هر قیمتی تشویق می‌شوند. ثانیاً در ماده ۵۶ این قانون صدور مجوز سقط جنین قانونی منوط به تشکیل کمیسیون موسوم به کمیسیون سقط جنین متشکل از پزشک متخصص، پزشک قانونی و یک قاضی ویژه شده است. علاوه بر این، تمامی اطلاعات مشمولین در سامانه‌ای خاص ثبت و ضبط می‌گردد.

ادبیاتی افراطی و صرفاً مطلق به مسائل مربوطه نوعی غفلت و مسامحه‌انگاری را در خود دارند که به علت اهمیت ارزش‌های مورد حمایت قانون می‌تواند به شدت مشکل‌آفرین باشد.

اکثر حجم توزیع رایگان وسایل پیشگیری از بارداری در مناطق محروم و با اطلاعات پایین پزشکی است و در صورت اجرای صرف این قانون آسیب جدی متوجه آنان خواهد بود که صراحتاً با اصل ۲۹ قانون اساسی مغایر است.

محتوای قانون بار جسمانی و روانی زیادی برای زنان دارد که مغایر با اصول ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی است و خود می‌تواند مانعی روانی برای فرزندآوری زنان باشد. فرایند فرزندآوری از اقدام تا تربیت متضمن مسئولیت‌های فراوانی علی‌الخصوص برای مادر است و تصویب قانونی با این حجم از بار روانی جسمانی برای مادران، در خود نوعی دافعه را داراست.

در این مواد سقط قانونی و ضروری منوط به تشریفات پیچیده و زمان‌بر شده که علاوه بر تحمیل بار روانی شدید به والدین، امکان آسیب جدی جسمی و حتی مرگ برای مادر را دارد که صراحتاً مخالف حقوق بنیادین و شرعی هر انسانی است.

کمیسیون سقط که متشکل از متخصصین و نماینده قضایی است در همه نقاط جغرافیایی امکان تشکیل سریع را ندارد و در مواردی فوت وقت می‌تواند به صدمات جبران‌ناپذیری برای مادر منتهی شود.

این حجم از نظارت همه‌جانبه قوه مجریه و قضائیه بر فعالیت‌های پزشکی و علمی سبب محدودیت آزادی عمل علمی متخصصین این حوزه شده و با اصول گردش آزاد علمی مغایرت جدی دارد. علاوه بر این، اصل عدم نظارت بر فعالیت‌های علمی در این قانون بارها مورد تعرض قرار گرفته است.

نقش وزارت بهداشت و نظریات مشورتی این نهاد مهم بسیار کم‌رنگ بوده و همان‌طور که گفته شد، فقدان اطلاعات تخصصی و کارشناسانه در قانون می‌تواند سبب آسیب به سلامت جسم و روان مشمولین شود.

در هیچ یک از مواد قانونی به بحث سلامت روانی مشمولین علی‌الخصوص مادران اشاره‌ای نشده که بسیار کوتاه‌بینانه می‌نماید.

در این قانون تنها دلیل عدم رغبت برای فرزندآوری «مشکل جسمی حاد (در حد مرگ)» برای مادر پیش‌بینی شده، درحالی‌که علت عدم امکان بارداری و فرزندآوری می‌تواند متفاوت باشد یا حتی لزوماً به موارد جسمانی محدود نشود. قسمتی از داروهای مورد استفاده برای پیشگیری از بارداری که همگی در قانون منوط به نسخه پزشک و طی تشریفات طولانی شده اند، صرفاً برای این هدف و برای افراد متأهل کارایی ندارند، بلکه برای درمان سایر عارضه‌ها و بیماری‌های مربوط به زنان نیز کاربرد داشته و برای بیماران مجرد ایجاد مانع جدی می‌کند.

در این قانون مسئله توجه به آزمایش‌های غربالگری پیش از تولد، تشویق مادران به سقط جنین تلقی شده و قانون صراحتاً حذف این رویه و غیرضروری بودن آن را متذکر می‌شود. درحالی‌که این آزمایش‌ها در موارد بسیاری سبب حفظ بنیان‌های خانواده و نجات روانی مادران شده است.

به نظر نمی‌رسد که بحث آزمایش‌های غربالگری و مسائل مرتبط با آن در صلاحیت افراد غیرمتخصص حوزه پزشکی باشد و این دخالت گسترده عقیدتی و زاویه و ادبیات افراطی نسبت به این فرآیند برای مشمولین قانون و ترکیب جمعیتی آینده کشور بسیار خطرناک خواهد بود.

به طور خلاصه و برای جمع‌بندی می‌توان گفت که عنایت قانون‌گذار به بحث افزایش کمی جمعیت و تدقیق در این امر شایسته احترام است اما تصویب قانونی با این حجم از ایرادات بنیادین در حوزه‌های مختلف اقتصادی، پزشکی، جامعه‌شناختی و علی‌الخصوص حقوقی و بی‌توجهی به ترکیب کیفی جمعیت و شرایط فرزندان متولد شده در آینده، می‌تواند اثر عکس داشته و ارزش‌های موردنظر خود قانون را خدشه‌دار سازد. امید است این نوشته کوتاه بتواند در آگاهی‌سازی عمومی مؤثر واقع شود و تلنگری کوچک به ذهن قانون‌گذار برای مصوبات آینده باشد.

منابع:

- متن قانون جوانی جمعیت و حمایت از خانواده
- نظریات اصلاحی شورای نگهبان
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- اظهار نظر مجمع مشورتی حقوقی
- سایت روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران

حقوق چیست؟

جستاری در باب ابهامات تعریف دانش حقوق نویسنده: ابوالفضل نوجوان*

چکیده:

جستار حاضر می‌کوشد برخی از ابهامات مربوط به تعریف علم حقوق در ایران را نشان دهد. نشان دادن این ابهامات احتمالاً زمینه مرتفع شدن آن‌ها را در راستای حمایت از حقوق دانشجویان این دانش فراهم می‌آورد. حق طبیعی دانشجوی حقوق این است که پیش از ورود به حقوق بداند حقوق چیست. نفهمیدن مباحث مقدماتی حقوق دانشجوی حقوق را در فهم و پردازش مباحث اصلی حقوقی نیز به چالش می‌اندازد. به تبع این دشواری‌ها، حقوق دریافت‌کنندگان خدمات حقوقی نیز ممکن است به خطر افتد. تعریف حقوق به «دانش پردازش‌کننده قواعد حقوقی»، در مقایسه با دیگر تعاریف، از اشکال کمتری برخوردار است.

کلیدواژه‌ها:

تعریف حقوق، ابهامات دانشجوی حقوق، حقوق‌دان، حقوق‌خوان، حقوق دانشجوی.

درآمد:

مقدمه علم حقوق را پیش از ورود به مباحث تخصصی حقوق باید فراگرفت، زیرا ترتیب منطقی مقدمه پیش از ذی‌المقدمه است. این در حالی است که بارها از بعضی حقوق‌دانان ایران شنیده‌ایم که «بسیاری از مباحث مقدمه علم حقوق را پس از اخذ دکتری متوجه شدم». بسیاری از دانشجویان حقوق، از جمله نگارنده، در فهم مقدمه علم حقوق، دشواری‌های بسیاری داشته و دارند. یکی از آن‌ها دشواری‌هایی است در باب تعریف دانش حقوق. بنابراین در راستای فراهم شدن زمینه مرتفع شدن ابهامات مربوط به تعریف حقوق، جستار حاضر به بررسی تعاریف موجود در برخی از آثار نویسندگان حقوقی ایران پرداخته و این تعاریف را در دو گروه زیر دسته‌بندی کرده‌است:

دسته اول: تعاریف حداقلی از حقوق (تعاریفی که حقوق را به قوانین یا دانش فهم آن‌ها فروکاسته‌اند؛ تعاریفی که جامع افراد نیستند)؛

دسته دوم: تعاریف حداکثری از حقوق (تعاریفی که شامل غیر حقوق هم می‌شود؛ تعاریفی که مانع اغیار نیستند).

۱) تعاریف حداقلی از حقوق

با اینکه تعاریف این دسته از حقوق همه حداقلی هستند، اما درجه تقلیل حقوق در آن‌ها یکسان نیست، بلکه نسبی است؛ برخی در مقایسه با دیگران، حقوق را بیشتر محدود کرده‌اند و برخی کمتر.

* دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تبریز

۱-۱) حقوق اقل

درجهٔ تقلیل حقوق در برخی تعاریف، بسیار زیاد بوده و به کمترین حالت فروکاسته شده است. در این تعاریف، «حقوق» تنها به «قوانین موضوعه» محدود شده است، ازجمله «مجموع این قوانین را حقوق می‌گوییم» (شایگان، ۱۳۷۵: ۱۷). در این تعریف، حقوق به مجموع قوانین تقلیل یافته و منظور از قوانین، تنها قوانین موجود و وضع‌شده (موضوعه) است، نه معنای اعم قانون، که شامل قوانین طبیعی هم می‌شود، چنانکه نوشته شده است: «برای تنظیم روابط خود قوانین و قواعدی وضع می‌کنند.» (همو، همچنین در این باب بنگرید به حیاتی، ۱۳۹۹: ۶۱۶۲ و دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۵۰) اگر منظور از قوانین، مطلق قانون بود (یعنی قانون آن‌گونه که هست و آن‌گونه که باید باشد)، تعریف مذکور معنای وسیع‌تری داشت، اما به لحاظ این که منظور «مجموع قوانین موضوعه» است، این تعریف واجد ایراد عدم جامعیت و تقلیل مضاعف و بسیار زیاد حقوق است.

۱-۲) حقوق قلیل

در برخی آثار، درجهٔ تقلیل حقوق کمتر است؛ یعنی محدودهٔ حقوق را علاوه بر «مجموع قوانین موضوعه» به «دانش تفسیر آن» گسترش داده‌اند، چنانکه نوشته شده است: «مطالعه از جهت حقوقی، عبارت است از تحقیق در اصول و قواعدی که قوانین موضوعه بر آن استوار می‌باشد. برای فهم قوانین موضوعه، ناچار باید حقوق ملتی را که قوانین موضوعه از آن سرچشمه می‌گیرد دانست، زیرا در حقوق مزبور می‌توان از قواعد و اصولی که پایهٔ قوانین موضوعه قرار گرفته آگاه گشت، چنانکه برای فهم قانون مدنی باید فقه جعفری (امامیه) را مورد مطالعه قرار داد و در قسمت تعهدات که از حقوق فرانسه پیروی شده، حقوق مدنی فرانسه و حقوق رومی را که مادر حقوق فرانسه است، مطالعه نمود.» (امامی، ۱۳۷۷: ۱/۱۴)

برخلاف تعریف پیشین، که حقوق را تنها «قوانین/مجموع قوانین» می‌داند، این تعریف حقوق را دانشی می‌داند که «در باب اصول و قواعد حاکم بر قوانین موضوعه تحقیق می‌کند». البته اگر به همین «قوانین موضوعه» اکتفا می‌شد، از تقلیل بسیار کمتری برخوردار بود، چراکه می‌شد ادعا کرد منظور این نیست که حقوق صرفاً دانش فهم قوانین وضع‌شده است، اما توضیحات بعدی، به‌روشنی این مطلب را می‌رساند که نویسنده حقوق را صرفاً به فهم مبانی و پایه‌های قوانین وضع‌شده کاهش داده است. پرسش‌ها و چالش‌هایی که در این باب مطرح می‌شود این است که برای فهم قوانینی که از هیچ یک از نظام‌های فقهی و حقوقی مذکور پیروی نکرده‌اند چه کار باید کرد؟ نظام‌های حقوقی‌ای که به وضع و قرارداد باور ندارند خارج از این تعریف نیستند؟ در این صورت، تفاوت حقوق با تفسیر قانون چیست؟ دانشمندی دیگر بر این باور است که «اصطلاح حقوق در زبان فارسی، سه معنی به خود دیده است». معنای اول و دوم آن به ترتیب «مجموعهٔ مقررات» و «حق‌ها» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۱). در باب سومین معنای آن نیز می‌نویسد: «در نیم‌قرن اخیر، حقوق در معنی علم حقوق به کار رفته است. مقصود در این مورد، دانش قانون است.» (همو، برای ملاحظهٔ دیگر معانی حقوق از منظر ایشان، بنگرید به جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳/۱۷۱۶۱۷۱۷)

تفاوت تعریف فوق با تعریف قبلی در این است که در این تعریف، معنای عام‌تری از حقوق ارائه شده است، زیرا

برخلاف تعریف پیشین، که تنها شامل قوانین موضوعه است، در این تعریف، «قانون» ظاهراً به قانون موضوعه مقید نشده است، هرچند نشانه‌هایی در دست است که اراده معنای وسیع از قانون را بعید می‌سازد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۲۱).

۲) تعاریف حداکثری از حقوق

برخی از نویسندگان حقوقی متأخر ایران، احتمالاً با درک این که تعاریف پیشین حداقلی هستند، در راستای جبران آن، حقوق را حداکثری تعریف کرده‌اند، تعریفی که علاوه بر حقوق، شامل غیر حقوق هم می‌شود. یکی از آنان، با اعتراف به دشواری ارائه تعریفی جامع و مانع از دانش حقوق، می‌نویسد: «حقوق به مجموعه‌ای از اصول، قواعد، موازین، مقررات و ضوابطی اطلاق می‌شود که روابط اجتماعی را تنظیم و در جامعه نظم و عدالت برقرار می‌کند و تخلف از آن دارای پیامدهای رسمی و قانونی است.» (شیروی، ۱۳۹۸: ۹) کنار هم گذاشتن «اصول»، «قواعد»، «موازین»، «مقررات» و «ضوابط» ظهور در این دارد که نگارنده، از هریک از این کلمات، معنای خاصی اراده کرده است، اما برخلاف انتظار، در باب هیچ‌یک از این واژگان توضیحی نداده است تا مشخص شود چه معنایی را مد نظر دارد. براساس این تعریف، در کنار «قواعد حقوقی»، با «اصول حقوقی»، «موازین حقوقی»، «مقررات حقوقی» و «ضوابط حقوقی» نیز سروکار خواهیم داشت. همین نویسنده در جایی دیگر، دانش حقوق را شامل فلسفه حقوق، جامعه‌شناسی حقوق و مواردی دیگر می‌داند (همو، ۱۳۱۵). این درحالی است که ممکن است این دانش‌ها فراحقوقی باشند، نه حقوقی. برخی از حقوق‌دانان در باب دانش حقوق، به این تعریف اشاره کرده‌اند: «دانشی که به تحلیل قواعد حقوقی و سیر تحول و زندگی آن می‌پردازد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴) براساس این تعریف، موضوع دانش حقوق تنها قواعد حقوقی است و دید فلسفی یا جامعه‌شناختی در باب حقوق، دیگر حقوقی نیست.

برآمد

«حقوق دانشی است که به قواعد حقوقی می‌پردازد یا دانشی که قواعد حقوقی را پردازش می‌کند.» قاعده حقوقی یعنی «قاعده‌ای که سرشت حقوقی دارد، نه غیرحقوقی و نه مخالف حقوق». منظور از غیرحقوقی این است که قاعده‌ای اگر سرشت حقوقی دارد، دیگر از آن منظر، فقهی یا اخلاقی نیست. منظور از عدم مخالفت با حقوق نیز این است که اگر قاعده‌ای ناسازگار با سرشت حقوق باشد (مثلاً ظالمانه است یا مولد جرم است)، دیگر قاعده‌ای حقوقی نیست، بلکه اتفاقاً مخالف حقوق است. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی «فرمول‌های کلی حقوقی» هستند، همان‌گونه که می‌گوییم «فرمول‌های ریاضی» یا «قواعد اخلاقی» یا «قواعد فقهی». اما پرسش این است که مصادیق این قواعد حقوقی کدام‌اند؟ ظاهر و یا حتی نص برخی از عبارات نویسندگان حقوق ایران نشان‌گر این است که قاعده حقوقی تنها شامل قانون وضع شده است (بنگرید به عدل، ۱۳۷۳: ۲۱؛ واحدی، ۱۳۹۱: ۳۲ و زراعت و معین، ۱۳۹۸: ۱۳). تقلیل مصادیق قاعده حقوقی به قانون موضوعه با سه چالش زیر مواجه است:

چالش اول: قانون، در برخی از نظام‌های حقوقی، جزو منابع هنجارساز حقوقی نیست.

چالش دوم: در نظام‌های حقوقی‌ای که قانون هنجارسازی می‌کند نیز قانون تنها منبع هنجارساز نیست.

چالش سوم: در نظام‌های حقوقی‌ای که قانون هنجارسازی می‌کند ممکن است قانونی به دلیل خطا و اشتباه، اوصاف قاعده حقوقی را نداشته باشد و ازاین‌رو نتوان آن را یک قاعده حقوقی دانست.

پرسش دیگر این است که فرمول حقوقی دارای چه ویژگی‌هایی است؟ می‌توان این ویژگی‌ها را برای فرمول (= قاعده) برشمرد:

حقوقی برشمرد:

- (۱) هنجاری و دستوردهنده است، نه توصیف‌کننده وقایع.
- (۲) مربوط به رفتار است، نه اندیشه و نه جسم.
- (۳) در باب رفتارهای اجتماعی است، نه رفتارهایی که ارتباطی به دیگران ندارد و کاملاً شخصی است.
- (۴) تنها رفتاری را شامل می‌شود که بتوان شخص را به آن مجبور و ملزم کرد.
- (۵) باید بتوان پابندی به آن را به طریقی تضمین کرد.
- (۶) با اهداف حقوق، همچون عدالت و برقراری نظم اجتماعی، ناسازگار نباشد.

منابع:

- امامی، حسن؛ حقوق مدنی (جلد اول)؛ چاپ نوزدهم: تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مقدمه علم حقوق؛ چاپ سیزدهم: تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸.
- _____ مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد سوم)؛ چاپ هفتم: تهران، گنج دانش، ۱۳۹۵.
- حیاتی، علی‌عباس؛ مقدمه علم حقوق. چاپ چهاردهم: تهران، میزان، ۱۳۹۹.
- دانش‌پژوه، مصطفی؛ مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق اسلام و ایران؛ چاپ نهم: قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.
- زراعت، عباس و محمدرضا معین؛ مقدمه علم حقوق (کلیات)؛ چاپ هشتم: تهران، جنگل، ۱۳۹۸.
- شایگان، سیدعلی؛ حقوق مدنی؛ قزوین، طه، ۱۳۷۵.
- شیروی، عبدالحسین؛ مقدمه علم حقوق؛ چاپ دوم: تهران، میزان، ۱۳۹۸.
- عدل، مصطفی؛ حقوق مدنی؛ قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران؛ چاپ چهارم: تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- واحدی، قدرت‌الله؛ مقدمه علم حقوق؛ چاپ چهاردهم: تهران، میزان، ۱۳۹۱.

تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان

نویسنده: احمد رضا دهستانی*

در جامعه کنونی، در اثر گسترش و تنوع روابط و نیازهای روزافزون مردم، شاهد انعقاد قراردادهایی هستیم که صورتی نو دارند. قراردادهایی که به علت کم‌اطلاعی و ندانستن، از چندان قوتی برخوردار نیستند و در نتیجه این امر، اول خود مردم جامعه دچار معضل می‌شوند و در مرحله بعد، افزایش ورودی پرونده‌ها در محاکم دادگستری را شاهد هستیم. به جهت ارتباط با موضوع این نوشته، باید به این نکته اشاره شود که امروزه با پیشرفت و توسعه روابط، در دیگر نظام‌های حقوقی بین انواع قراردادها از حیث موقعیت اجتماعی طرفین، تفاوت و تفکیک قائل شده‌اند. به گونه‌ای که مقررات یک قراردادی که بین دو شخص حقیقی و یا به عبارتی دو مصرف‌کننده منعقد می‌شود، متفاوت است با قراردادی که بین دو شخص حقوقی یا قراردادی که بین یک شخص حقوقی و یک شخص حقیقی منعقد می‌شود و چه بسا بهتر باشد که در نظام حقوقی ما این سازوکارهای نوین به عنوان قواعد عمومی به تصویب برسد و دیگر نیازی به تصویب قوانین خاص در این زمینه نباشیم. یکی از این انواع قراردادها، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» است که در این گفتار خلاصه‌ای از نظرات در مورد تحلیل قراردادی بیان می‌گردد.

تحلیل ماهیت حقوقی

خرید و فروش آپارتمان به دو صورت انجام می‌شود:

۱) فروش آپارتمان ساخته شده (۲) فروش آپارتمان ساخته نشده‌ای که قرار است در آینده ساخته شود.

محل بحث ما، نوع دوم است. با توجه به تفاوت احکام و آثار هر عقدی، پرسش اساسی این است که عنوان چنین قرارداد مذکور چیست؟ آیا بیع است یا قولنامه؟ یا یک عقد معین؟

بیان اختلاف نظرها و بررسی آن‌ها:

نظر اول:

عقد مذکور قولنامه است. بدین صورت که فروشنده متعهد می‌شود که در آینده یک واحد آپارتمانی مشخصی را به خریدار (طرف قولنامه) بفروشد و به عبارتی فروشنده، تعهد بر بیع کرده است نه ایجاد و انشاء خود بیع. این نظر مورد پذیرش نیست.

چون اولاً تالی فاسد چنین نظری این است که چون خریدار در قولنامه، حق عینی ندارد و بلکه حق دینی دارد (یعنی طرف قولنامه مالک هیچ چیز نمی‌شود) بنابراین در صورتی که فروشنده، ملک مزبور را به فرد دیگری بفروشد و به

* دانشجوی ارشد حقوق خصوصی (ارشد پیوسته) دانشگاه علوم قضایی

اصطلاح معامله معارض با قولنامه انجام بدهد، معامله مذکور، بنا بر نظر اکثریت حقوق دانان و همچنین رویه قضایی قابل ابطال نیست و چنین معامله ای صحیح است. طرف قولنامه (خریدار) نیز صرفاً حق استرداد پول خود به علاوه خسارت را دارد که در مورد خسارت مذکور در رویه دادگاه معلوم نیست تحت چه قالبی قرار بگیرد. ثانیاً در رجوع به عرف مشخص می شود مردمی که چنین قراردادی را منعقد کرده اند در نظرشان خریدن و مالک شدن یک واحد آپارتمانی است؛ هرچند هنوز موجود نباشد.

ثالثاً در عقد قولنامه، طرفین متعهد می شوند که در آینده بیعی منعقد کنند. در حالی که در قرارداد مذکور، یک بار طرفین، قرارداد می بندند و قرار نیست دوباره در آینده قرارداد علی حده ای را برای تملیک منعقد کنند و پذیرش این نظر به معنای تحمیل بر دو طرف است. (کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ۱۳۹۹، ص ۲۷۵)

نظر دوم:

عقد مذکور، یک عقد نامعین در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می گیرد. در رد این نظر باید این نکته را به نقل از اساتید مختلف اشاره کنیم که این تصور از ماده ۱۰ قانون مدنی اشتباه است که ما آن را به عنوان آخرالکلام به حساب آوریم و هر جا که یک عقدی انطباق کامل با عقود معین مصرح در قانون نداشت، آن را یک قرارداد خصوصی تحت ماده ۱۰ قرار دهیم. چرا که عقود که در قانون مدنی بیان شده است، در نتیجه نیازهای مختلف مردم جامعه در طول زمان به وجود آمده اند و نویسندگان قانون مدنی تلاش کرده اند که همه احکام مورد نیاز عقود معین را با الهام از فقه امامیه و با اقتباس از حقوق فرانسه در ذیل آنها درج کنند؛ لذا تا جایی که امکان دارد باید چنین قراردادهایی با صورت نو را، در قالب عقود معین تطبیق داد. همچنین باید این نکته را اضافه کنیم که اگر این نظر پذیرفته شود، مشکلات نظری و عملی که پیرامون مسئله مورد بحث وجود دارد حل نخواهد شد. چون با این نظر به احکام خاص و ویژه برای این قرارداد، نمی رسیم.

قبل از بیان نظر سوم لازم به ذکر است که در خصوص ماهیت قرارداد مورد بحث، نظریات گوناگون دیگری مانند بیع سلم، عقد معلق، شرکت و استصناع طرح شده است که در این نوشته فرصت بررسی آنها نیست و خوانندگان محترم می توانند با رجوع به مقالات در این زمینه، نظریات مذکور را مطالعه کنند.

نظر سوم:

عقد مذکور، بیع است. در بررسی موضوع (مورد عقد) این قرارداد خاص، در جهت بیع تلقی کردن، به یک سری ایرادات برمی خوریم که ایرادات مذکور باعث طرح نظریات فوق الذکر شده است. اجمالاً باید دانست همگی در تحلیل نوع مبیع در قرارداد پیش فروش ساختمان، آن را «عین معین» تلقی کرده اند اما با دقت در این مورد مشخص می شود که مبیع مذکور کاملاً منطبق با هیچ یک از انواع عین معین و کلی در معین و کلی فی الذمه نیست.

عین معین نیست. چون اگر عین معین را به مالی که در خارج وجود مشخص و متمایزی دارد که قابل اشاره حسی باشد (شهیدی، حقوق مدنی ۶، ۱۳۹۳، ص ۲۱؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۹۱، ص ۴۹۳) تعریف کنیم، واحد آپارتمانی که در زمان عقد، هنوز فضا و هوا است، قابل اشاره حسی نیست تا عین معین به حساب آید. کلی فی الذمه هم نیست

چون مبیع، یک واحد آپارتمانی مشخص با اوصاف مشخص است که متمایز با سایر واحدها و اصطلاحاً مال قیمی است و مال قیمی الزماً باید در قالب عین معین فروخته شود و اگر به صورت کلی فی الذمه فروخته شود عقد باطل است (شهیدی، همان). با این توضیحات معلوم می‌شود که کلی در معین هم نیست.

اما چرا اساتید و اشخاصی که قرارداد مورد بحث را بیع تلقی کرده‌اند، مبیع را عین معین در نظر گرفته‌اند؟ قبل از پاسخ به این سوال، باید عرض کنیم که بیع تلقی کردن قرارداد مذکور برای رهایی یافتن از مشکلات عملی عدیده‌ای است که در سال‌های اخیر پیرامون مسئله مذکور بین افراد جامعه و همچنین در رویه قضایی اتفاق افتاده است. برای همین برای بیع تلقی کردن، مبیع قرارداد را عین معین در نظر گرفته‌اند. چون در بین سه نوع مالی که ذکر شد، واحد آپارتمانی، بیش‌تر نزدیک به عین معین است و این نیست که هیچ چیز از مبیع در خارج موجود نباشد. همین که زمینی با اخذ پروانه برای ایجاد مبیع در نظر گرفته شده، مبیع معین است و با طرح چنین قراردادی در نظام حقوقی ما، فضا مالیت پیدا کرده است و همچنین اگر از طرف قرارداد بپرسید که چه چیزی را خریده‌اید؟ در پاسخ جدا از همه این‌ها زمینی را نشان می‌دهد.

بند ۴ ماده ۴، انعقاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را منوط به تأییدیه مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان کرده است. لازم به ذکر می‌باشد مرحوم دکتر کاتوزیان در توضیح قرارداد پیش‌فروش، مبیع را چیزی میانه عین معین و کلی فی الذمه عنوان کرده‌اند (کاتوزیان، همان، ص ۲۷۷) اما این پایان بحث نیست. آن چه گفته شد کم‌تر مورد ایراد بود. ایراد اساسی و اصلی در نظر سوم این است که چون در فرض مسئله، مبیع در خصوص ساختمانی که هنوز ساخته نشده عین معین است، پس باید حتماً در حین عقد موجود باشد، وگرنه عقد به علت غرر باطل است.

در پاسخ به این ایراد نظرات گوناگونی ارائه شده است. در ادامه دو پاسخی که بیان می‌شود، ایراد مذکور را حل می‌کند:

پاسخ اول:

برای حل این مشکل، می‌توان از روش ضمیمه مال موجود به معدوم استفاده کرد. بدین معنا که فروشنده سهم خود از زمین موجود را به ضمیمه واحد ساختمانی مورد نظر به پیش‌خریدار منتقل می‌کند تا امکان تملیک مال معدوم نیز فراهم گردد (رهپیک، عقود معین ۱، ۱۳۹۵، ص ۸۲)

پاسخ دوم: در بیع دانستن عقد پیش‌فروش، بین دو مورد باید تفاوت قائل شد:

۱- در مورد نخست، طرفین می‌خواهند از اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند و چون حق، قائم به معدوم نمی‌شود، تراضی طرفین در مورد فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند و ماده ۳۶۱ قانون مدنی ناظر به همین فرض است.

۲- در فرض دوم، دو طرف سبب تملیک مال در آینده را پس از وجود آن فراهم می‌آورند. در این فرض، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمی‌شود؛ زیرا حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. نمونه نزدیک به فرض ما وصیت به مال آینده است که ماده ۸۴۲ قانون مدنی درباره اموال آن صراحت دارد: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود.» دلیل وجود این حکم خاص در وصیت، گذشته از تسامحی که در

شرایط نفوذ آن می‌شود، این است که تملیک منوط به مرگ موصی است و بی‌درنگ انجام نمی‌شود. (کاتوزیان همان، ص ۲۷۵ و ۲۷۶)

پس از پایان طرح سه نظریه بالا باید به این نکته مهم اشاره شود که حتی اگر ما قرارداد مذکور را بیع تلقی کنی، قانون پیش رو، ما را با یک سری مقررات خاص در خصوص این قرارداد خاص مواجه می‌کند که رعایت آن‌ها ضروری است. مثلاً ماده ۱۱ قانون مذکور بیان داشته است که «... حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها هم‌زمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق نمایند.» لذا باید گفت قرارداد پیش‌فروش ساختمان، نوعی عقد بیع است با شرایط و تشریفات خاص مندرج در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹.

جدا از استدلالاتی که در جهت پذیرش نظریه بیع مطرح شد، جا دارد بیان استاد معزز، مرحوم دکتر کاتوزیان را در رابطه با مصلحت اجتماعی پذیرش این نظر بیان کنیم:

«آن چه گفته شد، برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر موسسه‌های بزرگ ساختمانی ضرورت دارد. اشکال عمده این است که در قراردادهای ساختمانی، یک سوی عقد، سازمانی مجهز با قراردادهای نمونه و مشاوران حقوقی ورزیده است و سوی دیگر آن، اشخاصی که به مسکن نیاز دارند. قانون‌گذار نیز به طور معمول، خیلی دیر به صرافت می‌افتد و در جستجوی راه حل به پیشگامی رویه‌های قضایی و نوشته‌های حقوقی نیاز دارد.»

منابع:

- امامی، سیدحسن، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، اسلامیه
شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، ۶، تهران، مجد
ره پیک، حسن، (۱۳۹۵)، عقود معین (۱)، تهران، خرسندی
کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۹)، عقود معین، ج ۱، تهران، گنج دانش

