

مجتبی همتی \*

## حقوق رفاه اجتماعی و اشکال کنترل قضایی

### چکیده

منطق مشترک و عرفی بین دانشمندان حقوق اساسی این است که قانون اساسی - و در واقع به صورت کلی تر قوانین اساسی - نبایستی به اصطلاح نسل دوم حقوق رفاهی همانند حق بر سرپناه یا حق بر معاش حداقلی را به رسمیت بشناسد یا به گونه ای تفسیر گردد که در مقام شناسایی آن برآید. استدلال علیه شناسایی حقوق رفاه اجتماعی با این پیشنهاد شروع می شود که حقه های مبتنی بر قانون اساسی بایستی در دادگاهها اجرا شوند. در نوشتار حاضر، ابتدا به کالبد شکافی مفهومی حقوق رفاهی (توجهات، مصادیق، ماهیت و مسئولان اجرایی) پرداخته می شود. سپس این مطلب عنوان می شود که مسئله اصلی به نحوه شناسایی و نوع کنترل قضایی برمی گردد که دو محور اصلی نوشتار حاضر است. هر کدام از این اشکال در ارتباط با حقوق رفاه اجتماعی محاسن و معایبی دارند. اما - به دلایلی که در آغاز در تنظیم اجتماعی قوانین اساسی مدرن مطرح می شود - شکل ضعیف کنترل قضایی می تواند به صورت خاص جالب باشد. توشنت علی رغم توصیه شکل ضعیف کنترل قضایی به این نتیجه می رسد که با وجود جذابیت های آن، ممکن است بی ثبات بوده و منجر به پذیرش شکل قوی کنترل قضایی و پیچیده تر کردن مشکلاتی گردد که شکل ضعیف کنترل قضایی در صدد اجتناب از آن بود.

### واژگان کلیدی:

حقوق رفاهی، کنترل قضایی، قانون اساسی، نظام حقوقی داخلی

Email: mhemmati1358@yahoo.com

\* دانشجوی دوره سوم دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

فصلنامه راهبرد / سال هجدهم / شماره پنجاه / بهار ۱۳۸۸ / صص

Archive of SID

## مقدمه

به دست می‌آید که حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی نمی‌تواند توسط افراد یک ملت جدی گرفته شوند، مگر اینکه آنها از نظر قضایی قابل اجرا باشند. گام بعدی در این استدلال این است که حقوق رفاه اجتماعی نمی‌توانند در دادگاهها اجرا شوند، زیرا اجرای آنها دادگاهها را ملزم به اتخاذ تصمیماتی می‌کند که پیامدهای گسترده‌ای برای بودجه حکومتی دارد.<sup>۵</sup> البته، گاهی اوقات اجرای حقوق نسل اول و دوم برخی پیامدهایی برای بودجه حکومتی دارد.

از این رو، این گونه نیست که شناسایی حقه‌های رفاهی اجتماعی مبتنی بر قانون اساسی می‌تواند پیامدهای بودجه‌ای داشته باشد، اما شناسایی دیگر حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی نداشته باشند؛ بلکه ادعا این است که اندازه پیامدهای بودجه اهمیت دارد و حمایت از حقه‌های حقوق خصوصی و حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی نسل اول و دوم، کم هزینه است، اگر چه مجانی نیست؛ حمایت از حقه‌های رفاه اجتماعی پرهزینه است. حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی و پیامدهای مالی گسترده، دولت را ملزم به افزایش منابع از طریق مالیات یا از طریق ساماندهی مجدد مالیاتهای موجود می‌کند

منطق مشترک و عرفی<sup>۱</sup> بین دانشمندان حقوق اساسی این است که قانون اساسی - و در واقع به صورت کلی تر قوانین اساسی - نبایستی به اصطلاح نسل دوم حقوق رفاهی همانند حق بر سرپناه یا حق بر معاش حداقلی را به رسمیت بشناسد یا به گونه‌ای تفسیر گردد که در مقام شناسایی آن برآید.<sup>۲</sup> استدلال علیه شناسایی حقوق رفاه اجتماعی با این پیشنهاد شروع می‌شود که حقه‌های<sup>۳</sup> مبتنی بر قانون اساسی بایستی در دادگاهها اجرا شوند.<sup>۴</sup> گاهی اوقات این پیشنهاد به عنوان چیزی مثل ملازمه ایده خود حقه‌ها پذیرفته می‌شود. گاهی اوقات این طرح مبتنی بر این ملاحظه است که حقوق نسل اول و دوم، حقوق و آزادیهای استاندارد مدنی از جمله حقوق برابر، به این دلیل جدی گرفته می‌شوند که آنها از نظر قضایی قابل اجرا هستند. از این امر، ادعای دیگری

<sup>۱</sup> Conventional wisdom

<sup>۲</sup> compare Cass R. sunstein, "Against Positive Rights," in western Right? :Post-communist Application 225 (Andras sajo, ed. 1996), with Cass R. sunstein, Designing Democracies: what constitutions do? 222 (2001).

<sup>۳</sup> - دلیل استفاده از واژه حقه‌ها در مواردی که به صورت جداگانه ذکر شده است، در جهت تمایز واژه رشته حقوق (law) از واژه حق (Right) می‌باشد.

<sup>۴</sup> Terence daintith, **the Constitutional Protection of Economic Rights**, 2 INTLJ.CON.56(2004)

گسترده است. منطق مشترک و مرسوم به این نتیجه می‌رسد که قوانین اساسی با حقه‌های رفاه اجتماعی از نظر قضایی قابل اجرا حتی نسبت به قوانین اساسی با حقوق و آزادی‌های سنتی مدنی به مراتب ضد دموکراتیک<sup>7</sup> هستند. و در نهایت، آن استدلالی است در برابر شناسایی چنین حقه‌هایی.<sup>8</sup> بخش کلیدی این استدلال، از نظر مارک توشنت<sup>9</sup>، این ادعاست که حقه‌های رفاه اجتماعی از نظر قضایی قابل اجرا، دادگاه‌ها را ملزم می‌کند تا نظر خودشان را جایگزین داوری‌های تقنینی در یک میزان وسیع نماید.

در این نوشتار، این مسائل بررسی می‌شوند. اول، سه روشی که بر آن اساس قوانین اساسی می‌توانند حقوق رفاه اجتماعی را به رسمیت بشناسند، متمایز می‌گردد: با برشمردن آنها اما غیرقابل دادخواهی ساختن آنها؛ با قابل دادخواهی نمودن آنها در عین حال که به دادگاهها اجازه می‌دهد تا موارد نقض قانون اساسی را تشخیص دهد، تنها اگر قانونگذار به صورت کاملاً برجسته از آنچه که قانون اساسی ملزم می‌کند منحرف شده باشد؛ و با قابل اجرا ساختن آنها در همان

تا تضمین کند که حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی به صورت مؤثر شناسایی و پذیرفته شوند. اما دادگاهها، قدرت افزایش پول از طریق مالیات را ندارند. تنها قانونگذار می‌تواند چنین کاری بکند.<sup>6</sup>

بنابراین، فرض کنید که یک قانون اساسی حقه‌های رفاه اجتماعی از نظر قضایی قابل اجرا را به رسمیت می‌شناسد. زمانی که دادگاهها چنین حقه‌هایی را اجرا می‌کنند، آنها مجبور هستند قانونگذار را به افزایش یا انصراف از مالیاتها مجاب نمایند. اما، این واقعیت مهم که دادگاهها به یک نقض قانون اساسی پی برده‌اند، به این معناست که اولویتهای خود قانونگذار، شناسایی حق رفاه اجتماعی را پایین‌تر از دیگر سیاستهای اجتماعی - رفاه ملی، ساختن جاده‌های جدید و امثال آن قرار داده‌است. بنابراین، در اجرای حقوق رفاه اجتماعی، دادگاهها جایگزین داوری‌های تقنینی پیرامون اینکه چگونه سیاستهای اجتماعی بایستی درجه‌بندی شوند، می‌گردند - و چون حقه‌های رفاه اجتماعی پرهزینه نیز هستند، این جایگزینی

<sup>6</sup> - Mark, Tushnet, Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review, *Texas law review*, vol. 82-2000, pp.1-4, www. utexas. edu/law/Tournals/hh/ and www.n1/u.eda/ysas/dept/politics/seminars/tushnet.PDF.

<sup>7</sup> - Counter - Democratic

<sup>8</sup> - Ibid, PP.4-5.

<sup>9</sup> - Mark Tushnet

## ۱-۱. توجیهات حقوق اقتصادی و اجتماعی (رفاهی)

ماهیت حقوق اقتصادی و اجتماعی و همین‌طور اصل وجود آنها گاهگاهی مورد مناقشه اصحاب علم در عرصه‌های نظری می‌گردد که موجب شکل‌گیری و آرایش انتقادات از این حقوق گشته است. از جمله «نئولیبرال‌ها اعتراض و انتقاد دارند که حق‌های مشمول بازتوزیع درآمد و اموال فسادآور هستند. آنها اصلاً حق نیستند. در مقابل، آنها نقض حقوق واقعی (از جمله حق اموال) یا موانعی در سر راه اجرای درست حقوق بشر (برای مثال حقوق مدنی و سیاسی) هستند. نئومارکسیست‌ها اعتراض دارند که حق‌های اجتماعی، استثمارگر (علی‌رغم مزایا، طبقه کاری را به ارمغان آورده‌اند) هستند. آنها عنصر ضروری در فرایندی هستند که به وسیله آن قدرت کار، بازتولید شده و با نظام بازار سرمایه‌داری تبیین می‌شوند و یک منبع سردرگمی ایدئولوژیکی<sup>۱۰</sup> هستند. پست ساختارگرایان معترض‌اند که توسعه حقوق اجتماعی به مثابه گسترش قدرت اداری دولت شکل می‌گیرد که مبتنی بر آرایش بسیار پیچیده و

حدی که حقوق و آزادیهای مدنی سنتی اجازه می‌دهد.

در ادامه، چگونگی شناسایی و تضمین حقوق رفاهی در نظام حقوقی داخلی ایران بررسی می‌گردد. پس از آن حقوق رفاه اجتماعی و نقش نظام قضایی در اشکال کنترل قضایی مطالعه می‌شود. هرکدام از این اشکال در ارتباط با حقوق رفاه اجتماعی محاسن و معایبی دارند، اما - به دلایلی که در آغاز در تنظیم اجتماعی قوانین اساسی مدرن مطرح می‌شود - شکل ضعیف کنترل قضایی می‌تواند به صورت خاص جالب باشد. توشنت علی‌رغم توصیه شکل ضعیف کنترل قضایی به این نتیجه می‌رسد که با وجود جذابیت‌های آن، ممکن است بی‌ثبات بوده و منجر به پذیرش شکل قوی کنترل قضایی و پیچیده‌تر کردن مشکلاتی گردد که شکل ضعیف کنترل قضایی در صدد اجتناب از آن بود.

## ۱- حقوق رفاه اجتماعی (حقوق اقتصادی و اجتماعی)

در این مبحث، مسایلی چون توجیه این حقوق، مصادیق، ماهیت و مسئولان و تکالیف متلازم آنها بحث می‌گردد:

عالمانه از تکنیک‌های انتظامی<sup>۱۱</sup> برای تعریف و کنترل سوژه‌های فردی است. منتقدین فمینیست و ضد نژادی حقوق اجتماعی از این شاکی هستند که زنان و مردان سیاه به طور سیستماتیک از حقوق اجتماعی محروم می‌شوند. همچنین انتقادات از موضع دفاع نیز وجود دارد که دغدغه آنها با ماهیت غیردموکراتیک حقوق اجتماعی و ظرفیت آنها برای تحمیل شرایط همسان اجتماعی مرتبط است.<sup>۱۲</sup>

چرا علی‌رغم تردیدهای مختلف، افراد زیادی هستند که می‌خواهند کالاهای مرتبط با رفاه را به حقه‌ها پیوند دهند؟ حداقل سه دلیل وجود دارد: یکی اینکه عموماً کالاهای رفاهی به عنوان یک مقوله کاملاً بنیادی برای کیفیت زندگی مردم به حساب می‌آیند. در واقع، تا یک حد معینی، آنها برای بقای انسانی اساسی هستند. دلیل دوم اینکه استناد به حقه‌ها، با ماهیت تعهد هر جامعه‌ای در تدارک رفاه برای اعضای خود مرتبط می‌باشد. کالاهای رفاهی معمولاً به دریافت کنندگان خود سود می‌رساند. در مقابل، ادعای حق به کالاهای رفاهی اصرار بر این می

باشد که حکومتها یا جوامع مجبور به تهیه آن کالا برای رفاه تک تک افراد خود هستند. همچنین در مقام تأکید بر این امر می‌باشد که در سیاست رفاهی بایستی چیزی بیش از پیگیری اهداف کلی اجتماعی انجام شود که حصول آن به صورت اتفاقی ممکن است به افراد و اقلیتها سود برساند یا نرساند. سوم اینکه، تأمین رفاه مخصوصاً در جوامع غربی، اغلب با عقاید خیریه و همینطور با حقارت بعدی دریافت کنندگان رفاه مرتبط بوده است. اقناع کردن مردم مبنی بر اینکه حق بر رفاه وجود دارد، می‌تواند یک روش غلبه بر آن حقارت باشد. اگر مردم خودشان را به عنوان صاحبان حق بر کالاهای رفاهی بدانند، تا اینکه نیازمندان به دریافت خیریه مردم، می‌تواند به برطرف کردن این معنا و حس کمک کند که چیزی موهن و تحقیر آمیزی در مورد اینکه دریافت کنندة رفاه باشند، وجود دارد.<sup>۱۳</sup>

علاوه بر اینها توجهات دیگری نیز برای این حقوق وجود دارد: اگر اساساً در تعهدمان نسبت به حق‌ها جدی باشیم، بالضروره بایستی حق‌های رفاهی را به رسمیت بشناسیم. اگر ضروریات یک زندگی فعال و

11 - Increasingly sophisticated array of disciplinary

12 - Dean Hartly, welfare, Law, and Citizenship, first published, university of luton, 1998, p.87

13 - Peter Jones, Rights, Macmillan University Press, (1994), pp.147-48

ترتیبات موجود مالکیت به کار می‌بریم.<sup>۱۴</sup> های مادی که افراد بشر را قادر به برآوردن خواسته‌هایشان می‌سازد، در مشخصه و ویژگی متنوع بوده و در کیفیت غیر مشخص هستند. پس چگونه می‌توان گفت مردم حق بر انواع خاص و مقدار خاص از آن کالاها را دارند؟ نیروی نهفته پشت سر حقوق اقتصادی و اجتماعی فهرست شده در اعلامیه جهانی حقوق بشر و پشت سر ایده کلی حقهای رفاهی، این مفهوم است که افراد بشر نیاز دارند. مردم می‌توانند همه انواع چیزها را طلب کنند. اما چیزهایی وجود دارند که آنها نیاز دارند و به این دلیل که ارضاء آن نیازها برای رفاه آنها حیاتی است، می‌توان گفت آنها بر آنچه نیاز دارند حق دارند.<sup>۱۵</sup>

از اینرو، لازم است ما راهکارهایی را برای تأمین حقوق اقتصادی و اجتماعی تدارک ببینیم که از رهگذر دولت رفاه ممکن است. دولت رفاهی رایج‌ترین شکل دولت مدرن است که در واکنش به بحران‌های سرمایه‌داری شکل گرفته است. موج بحران در سرمایه‌داری در دهه ۱۹۳۰ که به افزایش بیکاری، رکود و کاهش در سرمایه‌گذاری انجامید، ضرورت دخالت حکومت در اقتصاد

همراه با سلامتی نباشد، هیچ کس نمی‌تواند به طور کامل صاحب یک حق شود یا آن را اعمال کند. استدلال دوم این است که نیازهای اجتماعی - اقتصادی به اندازه هر نیاز یا منفعت دیگری مهم‌اند و اینکه اگر یک نظریه اخلاقی پیرامون کرامت و رفاه فردی، نیازهای یاد شده را به حساب نیاورد، نظریه‌ای آشکارا ناقص است. مزیت رویکرد مزبور این است که به هیچ وجه برای حقهای نسل اول، تقدم (برتری) قائل نمی‌شود. هر چند ممکن است نگران شویم که با این حساب ادعاهای مبتنی بر حق زیاد می‌شوند، ولی به هیچ روی روشن نیست که در این میان ادعاهای مربوط به رفاه بایستی کنار گذارده شوند. مرگ، بیماری، سوء تغذیه و در معرض خطرات طبیعی قرار گرفتن به اندازه هر گونه انکار آزادی‌های سیاسی و درونی موجب نگرانی است. عدم توجه به مشکلات مزبور، هنگامی که از بین بردن آنها ممکن باشد، توهین آشکاری است به شرافت انسانی و قصوری است در جدی گرفتن ارزش بی‌قید و شرط هر انسان. استدلال سوم این است که به جای اینکه حقهای اجتماعی - اقتصادی را مبنای تکلیف به کمک اجباری قرار دهیم که بر مالکین واجب می‌شود، آن حقها را برای به زیر سؤال کشیدن اصل

<sup>۱۴</sup> - محمد راسخ، **حق و مصلحت**، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۷۳-۱۵۸.

<sup>۱۵</sup> - Jones, Ibid, p.148

به شکلی کاملاً جدید را ایجاب کرد.<sup>۱۶</sup> این شرایط خود ضرورت دموکراسی اجتماعی در کنار دموکراسی سیاسی را مطرح نمود. اقتضای دموکراسی اجتماعی، به همین شکل دولت رفاه، تضمین و اجرای حقوق اجتماعی و اقتصادی است.

## ۱-۲. مصادیق حقوق اقتصادی و اجتماعی (حقوق رفاهی)

یک مرور مختصر شاخه‌های عمده حقوق اقتصادی و اجتماعی و گروه اشخاصی که این حقوق به آنها تعلق دارد، با ارجاع به برخی از اسناد عمده حقوق اقتصادی و اجتماعی، سه مجموعه مشهور به هم مرتبط و بسیار فراگیر را ایجاد می‌کند. این مجموعه‌های مشهور و متنوع همچنین به حقوق مدنی و سیاسی ارتباط دارند.

در مرکز حقوق اجتماعی حق بر استاندارد مناسب زندگی قرار دارد (اعلامیه حقوق بشر ماده ۲۵، میثاق حقوقی اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی ماده ۱۱ و کنوانسیون حقوق کودک ماده ۲۷). بهره‌مندی از این حق، حداقل مستلزم این است که هر شخص از حقوق ضروری معاش و زیست بهره‌مند

باشد - غذای مناسب و حقوق تغذیه، لباس، مسکن و شرایط ضروری بهداشت. کاملاً مرتبط با این حق، حق خانواده‌ها بر مساعده است. (میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ماده ۱۰، کنوانسیون حقوق کودک ماده ۲۷) بهره‌مندی از این حقوق اجتماعی همچنین به بهره‌مندی از برخی حقوق اقتصادی نیاز دارد. این حقوق شامل حق بر اموال (اعلامیه جهانی حقوق بشر ماده ۱۷) حق بر کار (اعلامیه جهانی حقوق بشر ماده ۲۳، میثاق ماده ۶) و حق بر تأمین اجتماعی (اعلامیه ماده ۲۵ و ۲۲ میثاق ماده ۹ و کنوانسیون حقوق کودک ماده ۲۶) است. حقوق اقتصادی یک کارکرد دو گانه دارند. این امر به صورت واضح‌تر در خصوص حق بر اموال مطرح شده است. از طرف دیگر، این حق به عنوان یک مبنای استحقاق‌هایی که می‌تواند یک استاندارد مناسب زندگی را تضمین کند، عمل می‌کند. در جایی که از طرف دیگر، یک مبنای استقلال و بنابراین مبنای آزادی است.

دغدغه اولیه در خصوص اموال که به وسیله جان لاک و دیگران تصریح گردیده، در برابر نظم فئودالی عنوان شده است. جایی که کنترل بر زمین و دیگر منابع مبتنی بر سلسله مراتبی بوده است که نابرابری اساسی

<sup>۱۶</sup> - حسین بشیریه، آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری)، چاپ دوم، انتشارات مؤسسه پژوهشی نگاه معاصر، ۱۳۸۱، ص ۱۴۹



کودک مواد ۲۸ و ۲۹) ارتباط نزدیکی با حقوق فرهنگی دارد، اما این حق همچنین یک عنصر اساسی در حقوق اقتصادی و اجتماعی است. آموزش به طور فزاینده‌ای در جهت استفاده مطلوب از اموال برای تأمین یک استاندارد مناسب زندگی، در جهت کسب و به دست آوردن کار رضایت‌بخش و انجام بهتر کار و همین‌طور برای قادر بودن به استفاده از درآمدی که از اموال، کار یا تأمین اجتماعی در یک روش مطلوب برای یک استاندارد مناسب زندگی، اساسی و با اهمیت است.<sup>۱۷</sup> «حق بر آموزش یک حق پیچیده (یا دسته و گروه حق‌هاست) ... در مرز بین حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی و اجتماعی قرار دارد. در مرکز آن، تعهد مثبت دولتی برای تهیه و تدارک مدرسه برای شهروندانش نهفته است ... به علاوه، احترام به کثرت‌گرایی در جامعه دموکراتیک، تعهد به حفظ تنوع فرهنگی درون پروسه آموزشی را به دنبال دارد.»<sup>۱۸</sup> یک مقوله قابل تامل این است که ماهیت واقعی حقوق رفاهی

و وابستگی‌ها را ایجاد می‌کند. بنابراین قابل فهم است که حق بر اموال، یک عنصر اساسی در جستجوی بلندمدت‌خیر برای آزادی و برابری شد. حق بر اموال در درک سنتی نمی‌تواند در مورد یک مبنای برابری برای همه قابل بهره‌برداری باشد. حق بر اموال بنابراین، بایستی حداقل با دو حق دیگر تکمیل گردد: حق بر کار که می‌تواند یک درآمدی که به نوبه خود یک استاندارد مناسب زندگی را تضمین می‌کند، تأمین کند و حق بر تأمین اجتماعی که می‌تواند (و جایی که ضروری است به طور کامل جانشین شود) درآمد ناکافی ناشی از اموال و درآمد ناکافی ناشی از کار را تکمیل کند. ناکافی از جمله در خصوص بهره‌مندی از یک استاندارد مناسب زندگی است. همچنین حق بر کار، اگر کار به صورت آزاد توسط اشخاص مربوطه انتخاب شوند، یک مبنای استقلال است که درآمد کافی از آن حاصل می‌شود، مشروط بر اینکه کارگران بتوانند منافع خودشان را از طریق اتحادیه‌های تجاری آزاد حمایت کنند (ماده ۸ میثاق). حق بر تأمین یک استاندارد مناسب زندگی از طریق کار به دلیل بیکاری، پیری یا ناتوانی است.

اگر چه حق بر آموزش (اعلامیه ماده ۲۶، میثاق مواد ۱۳ و ۱۴، کنوانسیون حقوق

<sup>17</sup> - Asbjorn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Right*, *Ibid*, pp. 17-19.

<sup>18</sup> - Richard Clayton, Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Vol 1, Oxford University Press – First published 2001, pp. 1345-6.

چیست؟ آیا از جنس حقوق بشر هستند یا از جنس حقوق شهروندی؟ ویا ترکیبی از هر دو؟

### ۳-۱. حقوق اقتصادی-اجتماعی

#### به‌عنوان حقوق بشر یا حقوق شهروندی؟

برای افرادی که طرفدار حقوق رفاهی هستند، به نظر می‌رسد دو راه جایگزین وجود داشته باشد: یکی اینکه ایده حقوق رفاهی بشر را کنار گذاشته و در عوض بر این ایده اصرار ورزند که حقه‌های رفاهی، حقه‌هایی هستند که افراد به‌عنوان شهروندان جوامع خاص دارند. روش دیگر این است که فوراً حقه‌های رفاهی بشر را مطرح کرده و این مفهوم عموماً پذیرفته شده را به چالش بکشند که جوامع حق مالکیت انحصاری بر منابعی را دارند که درون سرزمین آنها قرار دارد. به‌عنوان بدیل ما ممکن است به اشکال خیلی کلی‌تری از استدلال متوسل شویم. یکی از اینها این است که کالاهای تولید شده به‌وسیله یک جامعه متعلق به آن است، به‌گونه‌ای که اعضای آن جامعه ادعای بر آنها را دارند. از این رو، رولز<sup>۱۹</sup> جوامع را به‌عنوان «طرح‌های همکاری»<sup>۲۰</sup> تلقی می‌کند که در آن افراد کار خودشان را با هم ادغام کرده، و زندگی‌شان را برای نفع متقابل خودشان سر

وسامان می‌دهند. کالاهای تولید شده از طریق همکاری اجتماعی متعلق به اعضای آن جامعه همکاری‌کننده است و به دلیل است که چرا مرزهای آن جامعه محدودیت‌هایی را تعیین می‌کند که درون آن، بناست کالاهای تولید شده به صورت عادلانه توزیع گردد و اگر ما اصل تفاوت رولز را ایجاد کننده حقوق بر یک حداقل رفاه مادی تلقی کنیم، سطح آن حداقل از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت خواهد بود، اما، با در نظر گرفتن فروضات رولز، آن نتایج کاملاً قابل قبول است.<sup>۲۱</sup> در یک سبک و طرح نسبتاً متفاوت، برخی استدلال کرده‌اند که توزیع منابع در سراسر جهان به کلی تصادفی است و از نظر اخلاقی غیر قابل قبول است که شانس مردم در زندگی‌شان بایستی از طریق ماهیت اتفاقی و تصادفی دنیا تعیین گردد. در زبان رولزی، توزیع بین المللی منابع طبیعی و انسانی «از نقطه نظر اخلاقی» خودسرانه است و ما بایستی نهایت تلاش خود را بکنیم تا آن خود سری را کاهش دهیم. به علاوه، چارلز بیتز استدلال کرده است که حالا جهان از نظر اقتصادی چنان به هم پیوسته است که، به جای تصور هر دولت ملی به‌عنوان یک طرح مستقل همکاری، ما بایستی کل جهان

<sup>19</sup> - Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford university press, 1971.

<sup>20</sup> - Schemes of cooperation

<sup>21</sup> - Jones, *Ibid* .. pp.155-6

مادی وجود دارد که بر آن همه انسانها، بدون ارجاع به آن مرزها محق هستند.<sup>۲۳</sup>

در مبحث بعدی در صدد پاسخ به این سؤال هستیم که با در نظر گرفتن اهمیت حقوق رفاهی برای حیات انسانی و شهروندی چه شخص یا نهادهایی در برابر این حقها مسئولیت دارند و چه تکالیف ملازمی بر آنها بار است؟

#### ۴-۱. مسئولان<sup>۲۴</sup> و تکالیف ملازم آنها در قبال حقوق اقتصادی و اجتماعی

حقها مستلزم تکالیف مرتبط و مناسب می‌باشد. اینها در تفصیل بیشتر در اسناد بین‌المللی حقوق بشر تبیین و مشخص نشده‌اند. اما به تدریج از طریق اسناد الحاقی، اسناد خیلی خاص، و از طریق عملکرد نهادهای نظارتی روشن گردیده‌اند. یک فهرست از تعهدات مندرج در بسیاری از اسناد ویژه بین‌المللی که الان تصویب شده‌اند، می‌تواند یک سلسله گسترده از تعهدات واقعی را نشان بدهد که تا به حال پذیرفته شده‌اند و همین طور این مسئله که سازمان‌های مبتنی بر معاهده در روشن

<sup>23</sup> - cf. Shue, 1980, Vincent, 1986

<sup>24</sup> - مسئولان در اینجا همه افرادی هستند که در قبال حقوق رفاهی تکلیف دارند. ممکن است مسئولان حکومتی باشند یا فرد شهروند.

را به‌عنوان یک طرح همکاری واحد تصور بکنیم. هردوی این ملاحظات وقیدها بدین معناست که اصول عدالت توزیعی نبایستی به مرزهای دولت وکشورها محدود گردد، اما بایستی به همه جهان به‌عنوان یک جامعه واحد اعمال گردد.<sup>۲۲</sup> البته ما مجبور نیستیم حقوق اقتصادی-اجتماعی را به‌عنوان حقهای منحصرأ بشری یا به‌عنوان حقوق منحصرأ شهروندی تلقی بکنیم. به نظر می‌رسد همه افراد بما هو انسان، حق بر حداقل معینی از رفاه مادی را دارند، اما به‌عنوان شهروندان جوامع خاص ممکن است همچنین این‌گونه تصور شوند که آنها حقهای رفاهی بیشتری را که فراتر از آن حداقل جهان شمول قرار می‌گیرند، داشته باشند. مادامی که جهان کما بیش جوامع سیاسی مستقل باقی بمانند، به نظر غیر محتمل می‌رسد که حقوق رفاهی افراد تماماً بدون توسل به جوامع خاص افراد تصور شوند. قبل از نادیده گرفتن مرزهای سیاسی، طرفداران حقوق اقتصادی-اجتماعی بشری می‌توانند بهتر این نکته را بپذیرند که آن مرزها برخی ملاحظات و ضرورتها را دارد، اما بر این اصرار کنند که هنوز یک حداقل از رفاه

<sup>22</sup> - Ibid., p.167

کردن این تعهدات سهیم هستند. در سطح ملی، کشورهای زیادی در مورد حقوق اقتصادی و اجتماعی، قانون جامع و تفصیلی دارند.

براساس حقوق بین‌الملل، تعهدات برای حقوق بشر، عمدتاً به وسیله دولت‌ها مقرر می‌شوند. وقتی دولت‌ها به دنبال اجرای این تعهدات در حقوق ملی هستند، آنها ملزم هستند تا تکالیفی را بر اشخاص، مشروط به توانایی‌شان تحمیل کند. تکالیف به احترام به حقوق دیگر اشخاص، و تکالیف به کمک به رفاه عمومی، این امکان را برای دولت فراهم می‌کند تا راه‌ها و روش‌هایی را تدارک ببیند که هر شخصی را به بهره‌مندی از حقوق اقتصادی و اجتماعی قادر می‌سازد.

اعلامیه حقوق بشر، حداقل یک تعهد اخلاقی، بر همه کشورها تحمیل می‌کند تا به دنبال شناسایی حقوق اجتماعی و اقتصادی باشند. به طور اساسی‌تر، براساس ماده ۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت‌های طرف میثاق از نظر قانونی تعهدات الزام‌آوری را برای اتخاذ تدابیری در حداکثر منابع موجودشان پذیرفته‌اند تا به طور تدریجی، به شناسایی و تحقق کامل حقوق اقتصادی و اجتماعی این میثاق دست یابند.

بایستی خاطرنشان گردد که کنوانسیون حقوق کودک که شامل حقوق اقتصادی و اجتماعی و تکالیف دولتی متناسب و مرتبط می‌باشد، در بر دارنده شرط مقید و مشروط تحقق تدریجی نیست. براساس کنوانسیون حقوق کودک، تعهدات بلافاصله و فوراً تنها با عبارت «در چارچوب ابزارهای خودشان» مقید و مشروط می‌گردند. این نشان می‌دهد که آنچه درباره حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مهم است، تنها موضوع در دسترس بودن ابزارها است زمانی که چنین مقرر شده است. تعهدات شبیه تعهدات مربوط به حقوق اقتصادی و اجتماعی فوری و ضروری است.<sup>25</sup> آنچه برای یک درک واقعی از تعهدات دولتی اساسی است، این است که اشخاص عنصر فعال همه برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی هستند. آن گونه که در اعلامیه حق بر توسعه (ماده ۲) بیان شده است، انتظار می‌رود اشخاص در حد امکان از طریق تلاش‌های شخصی خودشان و با استفاده از منابع خودشان، روش‌هایی را برای تضمین قابل قبول نیازهای خود، به صورت انفرادی یا در اجتماع با دیگران بیابند. با این وجود، استفاده از منابع خود، مستلزم این است که اشخاص، منابعی را که می‌تواند مورد استفاده

<sup>25</sup> - Eide, *Ibid.*, p. 9

مؤلفه‌های مهم تعهد به حمایت در قانون موجود تبیین شده است. چنین قانونی از طریق تجدید نظر قضایی قابل کنترل می‌شود و بنابراین، این استدلال را که حقوق اقتصادی و اجتماعی ذاتاً غیر قابل شکایت هستند، رد می‌کند. البته، بایستی قانون از این نوع، مبتنی بر متن باشد، یعنی مبتنی بر مقتضیات خاص در کشور مربوطه باشد. در سطح درجه سوم، دولت تعهدات به اجرای حقوق شخص براساس حقوق اجتماعی، اقتصادی از طریق تسهیل یا مقررات مستقیم را دارد. تعهد به اجرا از طریق تسهیل، اشکال مختلفی را می‌پذیرد، بعضی از آنها در اسناد مربوط ذکر شده‌اند. برای مثال، براساس میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی (بند ۲) ماده ۱۱) دولت اقداماتی را برای بهبود اقدامات تولیدی، حفظ و توزیع غذا با استفاده کامل از دانش فنی و علمی و با توسعه یا اصلاح سیستم‌های ارضی اتخاذ می‌کند. تعهد به اجرا به وسیله مقررات می‌تواند در بر دارنده قابل دسترس ساختن آنچه برای تأمین نیازهای اساسی، همانند غذا یا منابعی باشد که می‌تواند برای غذا (کمک غذایی مستقیم یا تأمین اجتماعی) مورد استفاده قرار گیرد، باشد. زمانی که هیچ امکان دیگری برای مثال همانند: (۱) زمان بیکاری که در

قرار گیرد، (زمین یا دیگر سرمایه تولیدی یا کار)، داشته باشند.

تعهدات دولتی بایستی در این حوزه مدنظر قرار بگیرد. حقوق بشر سه نوع یا سه سطح از تعهدات را بر دولت‌های طرف میثاق تحمیل می‌کند: تعهدات بر احترام، تعهدات بر حمایت و تعهدات بر اجرا. به نوبه خود، تعهد به اجرا در بر دارنده هم تعهد به تسهیل و هم تعهد به تأمین می‌باشد. دولت‌ها بایستی در سطح اولیه منابع به دست آمده به وسیله اشخاص، آزادی او برای پیدا کردن یک شغل ترجیحی و آزادی در اتخاذ اقدامات ضروری و استفاده از منابع ضروری - به تنهایی یا در اجتماع با دیگران - برای تأمین نیازهای خود را محترم بشمارند. در مورد اخیر، حق‌های دسته جمعی یا گروهی می‌تواند مهم باشد: منابع متعلق به یک گروه از اشخاص، همانند جمعیت‌های بومی، بایستی برای آنها در جهت توانایی برای تأمین نیازهای خودشان محترم شمرده شوند. در نتیجه، به عنوان بخشی از تعهد به احترام به این منابع، دولت بایستی اقداماتی برای شناسایی و ثبت حقوق ملکی مردمان بومی و تصاحب ملکی خرده مالکین که عناوین آنها نامشخص است، اتخاذ کند.<sup>۲۶</sup>

<sup>26</sup> - Ibid., pp. 24-5

زمان رکود اقتصادی پیش می‌آید (۲) برای افراد محروم و بی‌بهره و کهنسالان (۳) در طول وضعیت‌های ناگهانی بحران یا بلایای طبیعی و (۴) برای آنهایی که (برای مثال: به دلیل دگرگونی و تغییر ساختاری در اقتصاد و تولید) کنار گذاشته شده‌اند، وجود ندارد.<sup>۲۷</sup> تعهدات دولتی برای حقوق اقتصادی و اجتماعی به وسیله یک گروه متخصص، (که به وسیله گروه حقوقدانان بین‌الملل تشکیل شد) در اصول لیبرک تبیین شده است. نتیجه این نشست به اصطلاح اصول لیبرک است که بهترین راه‌های موجود در زمینه تعهدات دولتی براساس میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی است. در ماده ۸ این اصول می‌خوانیم:

اگر چه تحقق تدریجی حقوق به رسمیت شناخته شده در این میثاق، بناست به صورت تدریجی حاصل شود، اجرای برخی حقوق می‌تواند فوراً زمانی که دیگر حقوق می‌تواند هر زمانی قابل شکایت باشد، قابل دادرسی و شکایت شود.

وقتی بند ۱ ماده ۲ میثاق، هر کشور طرف میثاق را ملزم می‌کند تا اقداماتی را، به طور انفرادی یا از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی، با استفاده از حداکثر منابع موجود

خود به منظور تأمین تدریجی تحقق کامل این حقوق اتخاذ کند، یک سری سئوالات بنیادی را مطرح می‌کند: چه منابعی برای دولت موجود است؟ کشورهای مختلف به طور گسترده مقادیر متفاوتی از منابع در دسترس دارند، با وجود این، منحصراً منوط به تولید ناخالص ملی آن جامعه نیست، بلکه بستگی به میزان منابعی دارد که برای دولت به منظور تعقیب اهداف آن براساس حقوق بشر بین‌الملل ایجاد می‌شود. جایی که درآمد به طور مساوی و منصفانه توزیع می‌شود و بنابراین فرصت‌ها به طور معقول برابر است، افراد برای تأمین نیازهای خودشان در وضعیت بهتری قرار دارند و نیاز کمتری برای هزینه‌های عمومی برای دولت‌ها وجود دارد - به جز برای هزینه‌هایی که خیلی به طور کارآمد به وسیله دولت شناسایی گردد. از طرف دیگر وقتی درآمد به طور نابرابر توزیع می‌شود، مقتضیات فرصت‌های برابر و بهره‌مندی برابر از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است مستلزم هزینه‌های عمومی زیادی باشد، هزینه‌هایی که مبتنی بر مالیات مضاعف یا دیگر منابع دولتی است.<sup>۲۸</sup> هر تبعیض بر مبنای نژاد، رنگ، جنس، زبان، سن، مذهب، عقاید سیاسی یا دیگر عقاید،

<sup>28</sup> - Ibid., p. 26

<sup>27</sup> - Ibid., p. 24

## ۲- روش‌های شناسایی حقوق رفاه اجتماعی در قانون اساسی

این بخش، سه روش شناسایی حقهای رفاه اجتماعی در یک قانون اساسی را تبیین کرده و با طرح برخی سؤالات پیرامون تفکیک این سه روش نتیجه‌گیری می‌کند. الف: حقهای غیرقابل دادخواهی یا (صرفاً) اعلامی

یک قانون اساسی می‌تواند حقهای رفاه اجتماعی را برشمارد، اما آنها را از اجرای قضایی خارج سازد. قانون اساسی ایرلند و بعدها قانون اساسی هندوستان متعاقب مدل ایرلند، در برگیرنده یک فهرستی از حقهای رفاه اجتماعی در بخشی با عنوان «اصول مستقیم خط مشی اجتماعی» می‌باشد. پاراگراف آغازین آن شامل عبارت زیر است: «اصول خط مشی اجتماعی مقرر شده در این ماده جهت راهنمایی عمومی [پارلمان] است. پیامد این اصول... از طریق هیچ دادگاهی تحت هیچ کدام از مقررات قانون اساسی قابل شناسایی نخواهد بود.»<sup>۳۰</sup>

حقهای غیرقابل دادخواهی لازم نیست از نظر قانونی بی‌ربط<sup>۳۱</sup> باشند. برای مثال، به نظر واضح است که آنها می‌توانند جهت تفسیر قوانین مبهم به کار روند و حتی جهت

اصالت ملی یا اجتماعی، تولد یا دیگر وضعیت‌ها به منظور خنثی کردن یا تحت تأثیر قرار دادن یا تضعیف کردن بهره‌مندی برابر یا اعمال برابر حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی نقض میثاق را به دنبال دارد. نقض این حقوق می‌تواند از طریق عمل مستقیم دولت‌ها یا دیگر واحدهایی که به طور ناقص توسط دولت تنظیم شده‌اند، از جمله قصور در تنظیم فعالیت‌های اشخاص یا گروه‌ها جهت منع آنها از نقض حقوق دیگران یا قصور یک کشور در توجه به تعهدات حقوقی بین‌المللی در خصوص حقوق اجتماعی و اقتصادی زمانی (که وارد مذاکرات و توافقات با دیگر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی می‌شوند)، اتفاق بیفتد.<sup>۲۹</sup>

همچنان که اشاره شد، اصل وجود حقوق رفاهی نباید مورد مناقشه قرار گیرد و انکار این حق‌ها به یک معنا زیر پا گذاشتن حیثیت و کرامت انسانی است، اما مسئله اصلی به نحوه شناسایی این حق‌ها در قانون اساسی بر می‌گردد که موضوع مطلب بعدی است.

حمایت از تفاسیری به کار روند که بر اساس استانداردهای پذیرفته شده باشد. تفسیر قانونی که اصول راهبردی یا حقه‌های مشابه غیرقابل دادخواهی را ندارند، نمی‌تواند تفاسیر طبیعی باشند. به علاوه، حقه‌های غیرقابل دادخواهی می‌توانند جهت تبیین اینکه چرا دادگاهها در شناسایی دیگر حقه‌ها امتناع می‌کنند، قابل استناد باشند؛ جایی که شناسایی آن حقه‌های دیگر می‌تواند به توانایی دولت در اجرای - در حدود صلاحیت خودش - حقه‌های غیرقابل دادخواهی صدمه بزند.<sup>۳۲</sup>

دادگاهها می‌توانند حقوق رفاه اجتماعی را غیرقابل دادخواهی نمایند. مورد ایرلند، مثال خوبی است. قانون اساسی ایرلند دربرگیرنده مقررات پیچیده‌ای است که حق بر آموزش را مطرح می‌کند و با یک حق رفاه اجتماعی جمع‌بندی می‌کند: «موارد استثنایی، جایی که والدین به دلایل فیزیکی و اخلاقی در انجام تکالیف خود در رابطه با کودکانشان کوتاهی می‌کنند، دولت به‌عنوان نگهبان خیر عموم<sup>۳۳</sup> از طریق ابزارهای مناسب جهت تهیه مکان برای والدین... اما همیشه با توجه ویژه به حقوق طبیعی و

غیروضعی<sup>۳۴</sup> کودک تلاش خواهد کرد». این مقرر داخل بخشهایی از قانون اساسی که از نظر قضایی قابل اجرا هستند، قرار می‌گیرد.

ایده عدم قابلیت دادخواهی<sup>۳۵</sup> بدین معناست که بعضی مقررات قانون اساسی موضوع اجرای قضایی نیستند زیرا، همان‌گونه که دادگاه عالی ایالات متحده آن را مطرح می‌کند، آنها توسط قانون اساسی به شایعه دیگری واگذار شده‌است.<sup>۳۶</sup> گفتن اینکه اصول تفکیک قوا دادگاهها را از اجرای یک حق خاص منع می‌کند - اینجا، یک نوع حق رفاه اجتماعی خاص و در برخی روشها یک نوع نسبتاً مضیق - به مانند گفتن این مطلب است که آن حق غیرقابل دادخواهی است.

یک دغدغه استاندارد پیرامون حقه‌های غیرقابل دادخواهی - و تقریباً بسته به تعریف، پیرامون حقه‌های صرفاً اعلامی (منظور حقه‌هایی است که دادگاهها مایل هستند بدون صدور دستورات قابل اجرا اعلام کنند که به‌واسطه خط مشی حکومتی، نقض شده‌است) این است که آنها اصلاً حق نیستند. یک حق مورد ادعا که همراه با یک

34 - Imprescriptable

35 - Constitution of Ireland, Article 42 (5).

36 - Idea of Non-justiciability

37 - Steffel V. Thompson, 415 U.S. 452, 477-78 (1974) (white, J. Concurring).

32 - Tushnet, *Ibid* p.6.

33 - common Good



می‌گویند) بلکه بر یک اعلامیه قضایی از نقض قانون اساسی نیز مبتنی باشد.<sup>۴۰</sup>

ب: حقه‌های ماهوی ضعیف

قوانین اساسی می‌توانند حقوق رفاه اجتماعی را از نظر قضایی قابل اجرا بشناسند، اما به قانونگذاران، صلاحیت نسبتاً گسترده‌ای در مورد نحوه پیش‌بینی آن حقه‌ها بدهد (یا، بدین مضمون باشند که دادگاهها به‌صورت ماهوی به داورهای تقنینی اهمیت بدهد). این موضعی است که به‌صورت رسمی در قانون اساسی ایالات متحده پذیرفته شده‌است.

برای مثال در پرونده San Antonio Ind. School District v. Rodriguez، دادگاه عالی این ادعا را مدنظر قرار داد که نظام آموزشی تگزاس برای تأمین مالی آموزش عمومی، شرط حمایت برابر اصلحیه چهاردهم را نقض کرده‌است. دادگاه مقرر داشت که قانون اساسی صرفاً مقرر می‌دارد که گزینش‌های قانونگذار، یک استاندارد از عقلانیت حداقلی را تأمین می‌کند. برخلاف حقه‌های غیرقابل دادخواهی، حقه‌های ماهوی ضعیف، مصون از اجرای قضایی نیستند. پرونده مشهور دولت

تعهد از نظر قضایی قابل اجرا نباشد، شعار یا امری فاقد ضمانت اجراست.<sup>۳۸</sup>

چرا یک قانونگذار شناسایی حقه‌های غیرقابل دادخواهی توسط قانون اساسی را جدی بگیرد؟ البته یک دلیل این است که قانونگذار می‌تواند چنین بکند، زیرا آنها قانون اساسی را جدی می‌گیرند. یعنی آنها ممکن است یک تعهد اخلاقی را که از طریق خط مشی‌گذاری و سیاستگذاری اجرا می‌شود، در انجام آنچه قانون اساسی می‌گوید، احساس بکنند و جدا از تمایل قانونگذار به سازگاری با قانون اساسی، جامعه مدنی بتواند قانون اساسی را بررسی کرده و نتیجه بگیرد که نقض شده‌است و بر قانونگذار در تصویب خط مشی‌هایی که مطابق با قانون اساسی است، فشار بیاورد.<sup>۳۹</sup>

حقه‌های غیرقابل دادخواهی توسط جامعه مدنی از طریق بسیج سیاسی و مانند آن اجرا می‌شود. آیا حقه‌های صرفاً اعلامیه‌ای به‌صورت معناداری متفاوت هستند؟ تا حدی شاید این‌طور باشد، زیرا جامعه مدنی می‌تواند نه‌تنها بر قانون اساسی (و بر آنچه سازمانهای جامعه مدنی پیرامون پیامدهای مبتنی بر قانون اساسی سیاستهای جاری حکومت

<sup>40</sup> - Ibid., P.11.

<sup>38</sup> - Tushnet, Ibid., P.10.

<sup>39</sup> - Ibid., P.10.

استناد کردند که مقرر می‌دارد: «دولت بایستی اقدامات معقول تقنینی و دیگر اقدامات را در چارچوب منابع موجود خود، جهت حصول تحقق تدریجی حقوق رفاه اجتماعی تصریح شده انجام دهد».<sup>۴۳</sup> در حالی که دادگاه قانون اساسی بی‌پرده به این نکته واقف بود که حقوق رفاه اجتماعی مبتنی بر قانون اساسی قابل دادخواهی هستند، استدلال آنها را مبتنی بر اینکه قانون اساسی به آنها حق «استحقاق حداقلی اساسی بر سرپناه» را می‌دهد، رد نمود،<sup>۴۴</sup> اما حکمی صادر کرد که مقرر می‌داشت: «قانون اساسی دولت را ملزم می‌کند تا در چارچوب منابع موجود خود یک برنامه جامع و هماهنگ جهت تحقق حق دسترسی بر مسکن مناسب تدوین و اجرا بکند». دلیل توجیهی برای آن دستور این بود که قانون اساسی دولت را ملزم به اتخاذ اقدامات «معقول» در راستای تحقق حقوق رفاه اجتماعی می‌کند و مستثنی کردن «افراد بسیار نیازمند» از طرحهای تأمین مسکن بر افراد فقیر، غیرمعقول بود: «گفته می‌شود

جمهوری آفریقای جنوبی علیه گروت‌بوم،<sup>۴۱</sup> مثال خوبی از حق رفاه اجتماعی ضعیف و قابل اجرای قضایی را ارائه می‌دهد.<sup>۴۲</sup> گروت‌بوم در برگیرنده وضعیت اسفبار گروهی از افراد محروم مأیوس در آفریقای جنوبی است. در ابتدا آنها در شرایط وحشتناک اسکان در یکی از حاشیه‌های شهری زندگی می‌کردند. از اینرو آنها به زمین شخصی متروکه مالکی برده شدند که در طرح فعلی برای ساخت مسکن ارزان قیمت قرار داشت. بسیاری از آنها در فهرست مسکن ارزان قیمت قرار داشتند، اما هیچ چشم‌انداز روشنی از به‌دست آوردن آن در کوتاه مدت نداشتند. مالک ملک حکم تخلیه آنها از ملک را کسب کرد و آلونک‌هایی که ساخته بودند، خراب گردید. خلع ید شده‌ها با اشغال یک استادیوم فوتبال به نحو اسفباری اسکان یافتند که حتی از تسهیلات نامناسبی هم که در آلونک‌های خود داشتند، محروم شدند. آنها اقامه دعوی کرده و مدعی شدند که سیاستهای مسکن حکومت که به صورت یک مجموعه اتخاذ می‌شود، در تأمین حق آنها بر دسترسی به مسکن مناسب که قانون اساسی تضمین می‌کند، قصور کرده است. آنها به تضمینات قانون اساسی حقوق رفاه اجتماعی

43. Constitution of s.Afr., Art.27(2)

44. Grootboom case

41. Government of Republic of South Africa v. Grootboom

42. 2001(1) S.A46 (cc), 2000(11) BCLR 1169(cc)

برنامه‌ها را غیرمعقول شناخته و یک نظام جبرانی را که تضمین نمی‌کند هر شاکه خاصی اعانه مخصوصی دریافت بکند، مقرر می‌دارد. اینها ویژگیهای خاص حقوق رفاه اجتماعی ماهوی ضعیف<sup>۴۸</sup> هستند.

#### ج: حقه‌های ماهوی قوی

حقوق رفاه اجتماعی می‌تواند حقه‌های قوی باشد، به این معنا که دادگاهها آنها را به هرصورت به طور کامل بدون بذل توجه اساسی به داوری‌های تقنینی اجرا بکنند، آنها نتیجه می‌گیرند که قانونگذاران در تأمین آنچه قانون اساسی مقرر می‌کند، قصور کرده‌اند.

پرونده «نوی‌راپینه»<sup>۴۹</sup> در آفریقای جنوبی مثال خوبی از یک حق رفاه اجتماعی قوی است. نوی‌راپینه دارویی است که به‌صورت اساسی از انتقال ویروس ایدز از زن حامله و مادران پرستار مبتلا به فرزندان جلوگیری کرده، خطر انتقال را از حدود ۲۵ به حدود ۱۲ درصد کاهش می‌دهد. کارخانه نوی‌راپینه مایل به تهیه این دارو به مقدار مورد نیاز بود. دولت آفریقای جنوبی، تحت تأثیر رئیس‌جمهور تابو امبکی<sup>۵۰</sup>، نوی‌راپی را در یک تعداد محدود آزمایشی در دسترس قرارداد.

برنامه‌ای که یک قشر وسیعی از جامعه را مستثنی می‌کند، نامعقول است»<sup>۴۵</sup>.

حکم دادگاه ویژگیهای قابل ذکر متعددی داشت. اگرچه در ظاهر، این حکم فقط اعلام می‌کند که قانون اساسی بر حکومت، تکلیفی را تحمیل می‌کند، حقوق پذیرفته‌شده، صرفاً اعلامی نبودند. حکم در زمینه‌ای صادر شد که حکومت برنامه‌ای برای ساختن مسکن ارزان قیمت داشت. حکم بدین معناست که آن طرح می‌بایستی در جهت تعیین این امر تعدیل می‌شد تا دربردارنده عنصری باشد که فرصتهای مسکن را برای «افراد بسیار نیازمند» فراهم کند. از اینرو علی‌رغم رد مقتضیات «هسته حداقلی» توسط دادگاه، مقررات قانون اساسی در مورد حقوق رفاه اجتماعی برخی محتوای از نظر قضایی قابل اجرا را داشت، اما آن محتوی ضعیف است.<sup>۴۶</sup>

برخورد با حقه‌ها به مثابه حقه‌های ضعیف، با زبان قانون اساسی و مخصوصاً با شرط و مقتضای معقولیت آن سازگار است.<sup>۴۷</sup> مقررات قانون اساسی به دولتها اجازه می‌دهد تا برنامه‌های معقولی را جهت حصول حقوق رفاه اجتماعی اتخاذ کنند، تمایلی که برخی

48 \_ Characteristics of weak substantive social welfare rights

49 \_ Nevirapine

50 \_ Thabo mbeki

45 \_ Ibid : at 43

46 \_ Toshent, Ibid , p.16

47 \_ Constitution of S.Afr.,Art.27(2)

لزوم، داروی نوی‌راپینه و دیگر داروهای مناسب و شیر خشک خوراکی» ملزم کرد.

دادگاه قانون اساسی حکم دادگاه تالی را اصلاح کرد، اما در اقدام خود پذیرفت که حق بر بهداشت تا حدودی، یک حق ماهوی قوی است. دادگاه قانون اساسی در بررسی و پاسخ به این ادعای دولت که مدیریت امور دارو خارج از چارچوب برنامه مشاوره تخصصی جامع می‌تواند نا کارآمد باشد، اظهار داشت که دارو به تنهایی می‌تواند برخی آثار سودمند برای بعضی زنان و کودکان داشته‌باشد، حتی اگر مشاوره تخصصی یا دیگر اشکال حمایتی وجود نداشته‌باشد.<sup>۵۲</sup> بر اساس نظر دادگاه، دولت دلیل خوبی جهت نظارت بر آنچه بعد از مصرف نوی‌راپینه اتفاق می‌افتد، دارد تا آثار بلندمدت و همین‌طور میزان کارایی آن را تعیین کند، زمانی که بدون مشاوره مصرف گردد. اما دادگاه نتیجه می‌گیرد «این دلیل مجاز نساختن استفاده» از دارو خارج از حوزه آزمایشی نیست، «زمانی که توان مدیریت آن وجود دارد و استفاده آن از نظر پزشکی توصیه می‌شود».

<sup>۵۲</sup> برای اطلاع از تأثیرات بلندمدت این دارو

به مقاله زیر رجوع شود:

- Lawrence K. Altman, "Infant Drugs for H. I.V. Put mothers at risk", *New York Times*, Feb. 10, 2004.

دولت این موضع را پذیرفت که توزیع نوی‌راپینه بایستی در این سبک محدود گردد، زیرا اطلاعات نامساعدی در مورد آثار بلندمدت این دارو وجود دارد و عاقلانه‌تر به این دلیل که مدیریت مؤثر این دارو دریافت‌کنندگان را به طی کردن برخی مشاوره‌های تخصصی از پرسنل پزشکی متخصص ملزم می‌نماید. اگرچه این پرسنل در همه بیمارستانهای عمومی در دسترس بودند، اما نگرش دولت این بود که ملزم کردن آنها به ارائه مشاوره‌های مناسب تخصصی می‌تواند به آنها کار اضافی تحمیل کند و آنها را از دیگر وظایف خیلی حساس بازدارد.

یک گروه فعال در زمینه ایدز این سیاست دولت را به چالش کشیده و آن را متهم به نقض این تضمین قانون اساسی کرد که «هر فردی حق دسترسی به خدمات مراقبت بهداشتی را دارد».<sup>۵۱</sup> دادگاه به دولت دستور داد تا نوی‌راپینه را در دسترس هر فردی که می‌تواند از مصرف آن بهره‌مند شود، قرار دهد و دولت را به توسعه «یک برنامه ملی مؤثر جامع جهت منع یا کاهش انتقال ایدز از مادر به فرزند از جمله تأمین مشاوره‌ها و آزمایشات داوطلبانه و در صورت

الف) حقوق اجتماعی<sup>۵۵</sup>

بند ۱۲ اصل سوم قانون اساسی، پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، مسکن... بهداشت... را مورد تأکید قرار می‌دهد.

قانون اساسی، آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی را تضمین (بند ۳ اصل سوم) و دولت را موظف می‌کند و وسایل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه فراهم سازد و وسایل تحصیلات عالی را تا سرحد خودکفائی کشور به‌طور رایگان گسترش دهد (اصل سی‌ام) و بند ۲ اصل سوم هم آموزش عمومی را در همه زمینه‌ها از طریق مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر تضمین می‌کند.

اصل سی و یکم قانون اساسی هم داشتن مسکن متناسب با نیاز را حق هر فرد و خانواده ایرانی دانسته و دولت را موظف می‌کند تا با رعایت اولویت برای آنها که نیازمندترند، به‌خصوص روستانشینان و

دادگاه به این نتیجه می‌رسد که سیاست دولت در محدود کردن دارو به حوزه آزمایشی «در توجه به نیاز مادران و فرزند تازه متولد شده آنها که به این حوزه‌های آزمایشی دسترسی ندارند، کوتاهی کرده است».

بنابراین دادگاه دولت را به این سمت سوق می‌دهد که «محدودیت‌های توزیع دارو را برداشته، و استفاده از دارو را زمانی که از نظر پزشک مناسب است، مجاز و تسهیل کرده و در صورت ضرورت مقرراتی برای مشاوران وضع بکند».<sup>۵۳</sup> اکنون باید دید آیا نظام حقوقی داخلی کشور ما این حق‌ها را شناسایی کرده است؟

۳- چگونگی شناسایی و تضمین حقوق رفاهی در نظام داخلی ایران

مصادیق حقوق رفاه اجتماعی (اقتصادی و اجتماعی) با الهام از موازین بین‌المللی به صورت زیر می‌باشد:<sup>۵۴</sup> حقوق مسکن، غذا، پوشاک، بهداشت، آموزش، حقوق و آزادی‌های کار، حقوق تأمین اجتماعی و حقوق مالکیت.

<sup>53</sup> - Tushnet, *Ibid*., pp. 19-20.

<sup>54</sup> - مجتبی همتی، بررسی و تحلیل حقوق اقتصادی و اجتماعی در نظام جمهوری اسلامی ایران از دیدگاه تئوری عدالت اجتماعی جان رولز، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳، صص ۱۰۶-۳۶.

<sup>55</sup> - در این خصوص رجوع شود به منبع پیشین، ص ۳۶ به بعد.

کارگران، زمینه اجرای این اصل را فراهم کند.

نکته اساسی در این خصوص این است که مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه به‌عنوان نیازهای اساسی شناخته شده است که در راستای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای آنان در جریان رشد، ضابطه‌ای برای اقتصادی جمهوری اسلامی ایران است.

(ب) حقوق اقتصادی<sup>۵۶</sup>

طبق بند ۱۲ اصل سوم قانون اساسی، ایجاد رفاه، رفع فقر و بر ساختن هر نوع محرومیت از جمله در زمینه کار و تعمیم بیمه، پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی مورد تأکید می‌باشد.

طبق اصل بیست و هشتم، هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند و دولت نیز موظف شده است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.

در بند ۲ اصل چهل و سوم قانون اساسی، تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قراردادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، به طرق مختلف شناسایی و تضمین شده و برطبق بند ۳ هم مقرر کرده است که شکل، محتوی و ساعات کار به گونه‌ای خواهد بود که افراد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی، سیاسی، اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار داشته باشند و رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری برطبق بند ۴ همان اصل جزو ضابطه اقتصاد جمهوری اسلامی به حساب می‌آید، که موضوع دو مقاوله نامه شماره ۲۹ و ۱۰۵ سازمان بین‌المللی کار درباره لغو کار اجباری مورخ ۱۹۳۰ و ۱۹۵۷ می‌باشد که جمهوری اسلامی به هر دوی آنها پیوسته است.

طبق اصل بیست و نهم قانون اساسی، برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، از کار افتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به‌صورت بیمه و غیره

<sup>۵۶</sup> - برای مطالعه دقیق‌تر در مورد حقوق اقتصادی در اسناد و موازین بین‌المللی و ایران رجوع شود به منبع پیشین، ص ۳۶ به بعد.

معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد. این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به‌وسیله دولت اجرا شود. طبق ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر برای هر شخص حق به اموال به تنهایی و همین‌طور در ارتباط با دیگران تضمین شده و محرومیت خودسرانه از اموال ممنوع است. ۵۷

طبق تبصره (۱) ماده (۳) قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاستهای کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ مجلس و مصوب ۱۳۸۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دولت مکلف است سهم، سهم‌الشکره، حق تقدم ناشی از سهام و سهم‌الشکره، حقوق مالکانه، حق بهره‌برداری و مدیریت خود را در شرکتهای بنگاهها و مؤسسات دولتی و غیردولتی که موضوع فعالیت آنها جزء گروه یک ماده (۲) این قانون است، تا پایان قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار نماید.

<sup>57</sup> - کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی یونسکو، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، جلد اول، قسمت اول، اسناد جهانی، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.

حقی است همگانی و طبق این اصل دولت مکلف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای یک‌یک افراد کشور تأمین کند.

حقوق سندیکایی نیز که جزو حقوق و آزادیهای کار است، در اصول بیست و ششم و بیست و هفتم شناسایی شده است؛ احزاب، جمعیتها، انجمنهای سیاسی و صنفی مشروط به عدم نقض اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساسی جمهوری اسلامی آزادند و هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد یا به شرکت در یکی از آنها مجبور ساخت. (اصل ۲۶) و تشکیل اجتماعات و راهپیمایی (در مفهوم اعتصاب و اعتراضات صنفی و شغلی) بدون حمل سلاح و عدم اخلال در مبانی اسلام آزاد است (اصل ۲۷).

حقوق مالکیت در نظام جمهوری اسلامی ایران بدین صورت شناسایی شده است: هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است (اصل ۴۶) و مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است (اصل چهارم و هشتم) و دولت موظف است ثروتهای ناشی از راههای غیر مشروع را گرفته و به صاحب آن رد کند و در صورت

**(د) حقوق زنان**

در ایجاد بنیادهای اجتماعی اسلامی، نیروهای انسانی که تاکنون در خدمت استثمار همه‌جانبه خارجی بودند، هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می‌یابند و این بازیابی طبیعی است که زنان به‌دلیل ستم بیشتری که تاکنون از نظام طاغوتی متحمل شده‌اند، استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود.<sup>۵۹</sup>

طبق اصل بیست و یکم قانون اساسی، دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نموده و امور زیر را انجام دهد:

۱. ایجاد زمینه‌ای مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او؛
۲. حمایت مادران به‌خصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی‌سرپرست؛
۳. ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده؛
۴. ایجاد بیمه خاص زنان بیوه، سالخورده و بی‌سرپرست؛

و طبق بند ب ماده (۳) قانون مذکور، دولت مکلف است ۸۰ درصد از ارزش مجموع سهام بنگاههای دولتی در هر فعالیت مشمول گروه دو ماده (۲) این قانون به استثنای راه و راه‌آهن را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی‌غیردولتی واگذار نماید. و در نهایت طبق بند ۸ اصل سوم قانون اساسی، مشارکت تمام مردم در تعیین سرنوشت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مورد تأکید قرار گرفته است.

(ج) حقوق برابری و عدم تبعیض  
طبق بند ۹ اصل سوم، رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی مقرر گردیده و اصل نوزده هم تساوی حقوق مردم ایران از هر قوم و نژاد را بدون امتیاز دانستن رنگ، نژاد و زبان مورد تأکید قرار می‌دهد.

طبق اصل بیستم، همه افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق با رعایت موازین اسلام برخوردارند و نیز طبق بند ۱۴ اصل سوم، تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و تساوی عموم در برابر قانون را بدون قید مورد شناسایی قرار داده است.<sup>۵۸</sup>

<sup>58</sup> - مراجعه شود به: محمد هاشمی، **حقوق بشر و آزادیهای اساسی**، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص ۵۸۳.

<sup>59</sup> - مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.



۱- تجدیدنظر منفعل ۲- کنترل قضائی  
ضعیف ۳- کنترل قضائی قوی  
**الف) تجدیدنظر منفعل**

دادگاهها، تجدیدنظر منفعل را اعمال می‌کنند، زمانی که آنها استانداردی از غیر عقلانیت یا تبعیض عمدی را در ارزیابی ادعاهایی مبنی بر اینکه سطح یا توزیع کالاهای مهم ناسازگار با قانون اساسی می‌باشد یا به‌صورت برابر زمانی که آنها اقدام دولتی را توسعه نمی‌دهند، به کار گیرند.

تجدیدنظر منفعل در توسعه قواعد پایه‌ای اموال و قرارداد چگونه جایگاهی برای نقش نظام قضایی قائل است؟ در اینجا ملاحظات مربوط به ساختار نظام قضایی مهم خواهد بود. فرض کنید یک دادگاه قانون اساسی از اجرای حقوق رفاه اجتماعی و ضروری (به دلیل سازگاری) صرف نظر کند و دکتترین اقدام دولتی را به‌صورت مضیق تفسیر نماید. در یک دولت دموکراتیک اجتماعی، دغدغه پیرامون سطح و توزیع کالاهای مهم از بین نخواهد رفت. به آسانی، این وضعیت مسئولیتی را بار می‌کند تا قواعد پایه‌ای اموال و قرارداد را توسعه دهند. با این حال، هر دادگاهی می‌تواند ساختار ذاتی مبتنی بر دکتترین را حفظ کند، اگر دادگاهها از نظر ساختاری جدا باشند، یعنی

۵. اعطای قیمومت فرزندان به مادران  
شایسته در جهت غبطه آنها در  
صورت نبودن ولی شرعی.<sup>۶۰</sup>

با این ترتیبات قانونی به نظر می‌رسد که از بین سه روش شناسایی و تضمین حقوق رفاهی، شناسایی حقوق رفاهی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از نوع حقوق ماهوی قوی باشد. مخصوصاً که در بند (۱) اصل چهل و سوم قانون اساسی، مسکن (به‌صورت حداقل) خوراک، پوشاک، بهداشت (بهداشت اولیه و پایه)، درمان، آموزش و پرورش (پایه) و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه در زمره نیازهای اساسی تعریف و ضابطه اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مطرح شده است. در سایر اصول هم (اصل سوم و فصل سوم) نحوه تأمین آنها پیش‌بینی شده، اما در مورد سایر حقوق رفاهی به نظر می‌رسد اصل تأمین تدریجی پذیرفته شده است.

#### ۴- انواع کنترل قضایی

حال با در نظر گرفتن اشکال شناسایی حقوق رفاه اجتماعی می‌توان انواع کنترل قضایی در ارتباط با حقوق رفاه اجتماعی را به صورت زیر برشمرد:

<sup>۶۰</sup> برای مطالعه بیشتر در خصوص حقوق زنان در اسناد و موازین بین‌المللی و نظام داخلی ایران رجوع شود به منبع پیشین، صص ۵۲-۵۳.

اینکه قانونی مغایر قانون اساسی است، می‌تواند به دادستانها حکم کند که قانون مزبور را کنار بگذارند. رویه استاندارد این بود که حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی فردی و موجود هستند، بدین معنا که هر فردی که حقه‌های مبتنی بر قانون اساسی آنها نقض شده است، محق به جبرانی هستند که به صورت فوری نقض قانون اساسی را برطرف می‌سازد.

همان‌گونه که پرونده‌های آفریقای جنوبی بیان می‌کند، به دلایل عملی، جبرانهای نقض حقوق رفاه اجتماعی نمی‌تواند فردی و موجود باشد و ضرورتاً زمان بر خواهد بود تا یک واحد مسکن را برای فردی که یک حق مبتنی بر قانون اساسی بر سرپناه از او دریغ شده است، اختصاص دهد و همین‌طور ساختن یک واحد مسکن زمان زیادی می‌برد. اما مشکل جبرانهای تأخیری<sup>62</sup> تنها مربوط به حقوق رفاه اجتماعی نیست و تجربه ایالات متحده آمریکا با جبرانهای تأخیری بیانگر یک جایگزین بر جبرانهای قوی است.

دادگاه عالی ایالات متحده بعد از این مقرر که مدارس ابتدایی و متوسطه جداگانه، مغایر قانون اساسی است، حکم کرد که عدم

اگر دادگاه قانون اساسی و دادگاههای عادی وجود داشته باشند.<sup>61</sup> به نظر توشنت، ایالات متحده تنها نظام پیشرفته با ساختاری است که کاملاً در تفکیک دادگاه قانون اساسی — دادگاه عالی — از دادگاههای مسئول توسعه قواعد پایه‌ای یعنی از دادگاههای ایالتی، کارآمد می‌باشد.

دکترین مشهور اثر افقی غیر مستقیم دادگاه قانون اساسی آلمان، دادگاه مزبور را به دادگاههای عادی آلمان متصل می‌کند. بر اساس دکترین تأثیر افقی غیر مستقیم، دادگاه قانون اساسی به صورت تخصصی هنجارهای قانون اساسی را تصریح کرده و بر دادگاههای عادی نظارت می‌کند تا تعیین کند که آیا آن دادگاهها به صورت مناسب هنجارهای قانون اساسی را در توسعه قواعد پایه‌ای لحاظ می‌کنند.

### ب) کنترل قضایی ضعیف

برای مدتهای مدیدی، قانون اساسی گرایان ایالات متحده فکر می‌کردند که کنترل قضایی ضرورتاً شکل قوی را پذیرفته و به طور کامل یک داوری قضایی را جایگزین داوری تقنینی می‌کند. دادگاه با پی بردن به

<sup>61</sup>. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

- Mark Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, I- constitution (2003).

<sup>62</sup>. Deferred Remedies

قانون اساسی در بخشهایی مقرر می کند که حقوق رفاه اجتماعی را به عنوان «اصول راهبر خطمشی عمومی» مشخص می کند.<sup>۶۶</sup> این اصول را از نظر حقوقی قابل اجرا نیستند. بلکه آنها قانونگذاران را تشویق می کنند تا قوانین سازگار با این اصول تصویب کنند یعنی در سمت و سوی دموکراسی اجتماعی و در حدی حرکت کنند که از نظر سیاسی و اقتصادی قابل اجرا هستند.

شکل دیگر جبران ضعیف، در اصل، شرطی است که مقامات حکومت طرحهایی را توسعه دهند که وعده برطرف ساختن نقض قانون اساسی در چارچوب یک دوره زمانی به صورت معقول کوتاه اما نامشخص را محقق می سازد. زمانی که طرحی توسعه می یابد، دادگاهها تأمل نموده و به مقامات دولتی اجازه اجرای طرح را می دهند.<sup>۶۷</sup> اگرچه مثالهای بهره مندی مؤثر از جبرانهای ضعیف نسبتاً کم هستند، دیگر مشخصه خاص می تواند تشویق قضایی مذاکرات بین طرفین ذینفع پیرامون خطوط یک طرح بسیار تفصیلی باشد، که دادگاهها ممکن است آن را مستقلاً اصلاح نمایند، نه اینکه آن را مستقلاً

تفکیک «با همه سرعت معقول» انجام شود.<sup>۶۳</sup> آن رویکرد جبرانی، مسلم دانستن ماهیت نقض قانون اساسی را معنادار نمی سازد و دادگاه آن را به این دلیل پذیرفت که امیدوار بود رویکرد تدریجی گرا می تواند جبران انعطاف پذیر و نه فوری را ارائه نماید.<sup>۶۴</sup>

جبرانهای ضعیف می تواند در اشکال چندی طرح گردد. شکل اول آن مبتنی بر اعلامیه صرف می باشد. پروفیسور سان استین این امکان را یادآور می شود که با بعضی از حقایق قانون اساسی «به عنوان تمایلات غیر مقید به اجرای قانونی» رفتار خواهد شد و احتمال دارد در سیستمی باشند که در آن بسیاری از حقایق قانون اساسی مورد غفلت قرار می گیرند.<sup>۶۵</sup> با این حال، گفتن اینکه مقررات قانون اساسی از نظر حقوقی قابل اجرا نیستند، بلکه تمایلاتی را بیان می کنند، مساوی این مطلب نیست که مقررات مزبور ضرورتاً مورد غفلت قرار خواهند گرفت. قوانین اساسی ایرلند و هند حقوق رفاهی اجتماعی را جدا از دیگر حقوق مبتنی بر

<sup>63</sup> Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294, 301 (1955)

<sup>64</sup> - Tushnet, mark, Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review, *Ibid*, pp. 22-23.

<sup>65</sup> - Sunstein, against positive Rights, *Ibid*.

<sup>66</sup> - constitution of Irland, chap. B, www.uni-wuerzburg.de/law/constitation of India Iv, http://www.uni-wuerzburg.de/law.

<sup>67</sup> - Michael c. Dorf & Charles f. sable , «A constitution of Democratic Experimentalism», 98 California Law Review. 267 (1998)

توسعه دهند. به همین ترتیب، چون هیچ کس انتظار نتایج فوری را ندارد، دادگاهها می توانند تنها مراقب نحوه اجرای طرح بوده و اشتباهات اجرایی را متذکر شوند. دادگاهها و مقامات اجرایی می توانند با هم تعامل داشته باشند. شاکیان می توانند به صورت ادواری به دادگاهها شکایت کنند که این طرح به طور جدی اجرا نشده یا نسبت به دوره های آن خوب پیش نرفته است. مقامات رسمی اجرایی می توانند به چنین شاکیانی پاسخ گویند یا می توانند خودشان به دادگاه آمده تا خواستار تغییر و اصلاح طرح با توجه به تجربیاتی باشند که آنها در راستای اجرای آن داشته اند. گاهی اوقات دادگاهها با شاکیان موافق بوده و مقتضایی را تعیین کرده، جدول زمانی خیلی دقیقی را مشخص کرده یا شاخص های خاصی را که بایستی مقامات رسمی محقق سازند، تعیین می نمایند. گاهی اوقات دادگاهها با مقامات رسمی موافق بوده و بر اساس واقعیهایی که آنها توسعه داده اند، نسبت به شرطها و الزامات انعطاف پذیر می شوند.

پرونده های آفریقای جنوبی بیانگر آن است که جبرانهای ضعیف مخصوصاً برای اجرای حقوق رفاه اجتماعی خیلی مناسب خواهد بود. این چشم انداز که تنها جبرانهای

ضعیف مورد استناد خواهد بود، لازم نیست دولت را به نادیده گرفتن حقوق بنیادینی که از طریق چنین جبرانهایی حمایت شده است، سوق دهد. برای مثال، همزمان با قضیه گروت بوم، دادگاه قانون اساسی در مورد قضیه کیالامی ریج<sup>68</sup> اتخاذ تصمیم نمود و در آن مالکان اموال تصمیم حکومت را در تهیه سرپناه برای افرادی که به واسطه سیل آواره شده بودند، به چالش کشید. دادگاه قانون اساسی در ردّ این چالش ها به بیانیه گروت بوم استناد کرد که دولت تکلیف دارد تا «دست به ابتکار، تأمین مالی، اجرا و نظارت بر اقداماتی در جهت تأمین و ارائه کمک به افراد به شدت نیازمند بزند».<sup>69</sup> با نپذیرفتن حق اساسی ضعیف مبتنی بر گروت بوم، دولت نمی تواند اردوگاههای مسکن را توسعه داده و دادگاه قانون اساسی می تواند این چالش ها را تأیید کند.

نه کنترل قضایی منفعل و نه کنترل قضایی قوی نمی تواند راه حلهای باثباتی را در ارتباط باحقهای رفاهی ارائه دهند. اما خرد مرسوم در مورد ناتوانی دادگاهها در اجرای حقوق رفاه اجتماعی (با به صورت

<sup>68</sup> kyalami Ridge

<sup>69</sup> Minister of Public works v. kyalami Ridge Environmental Association, (7)BCLR 652(2001 s.a.1151)(cc) citing Grootboom case)

کانادا، شکل ضعیف کنترل قضایی را نمایان می‌سازد.<sup>۷۰</sup>

قانون حقوق بشر بریتانیا (۱۹۹۸) یک مدل متفاوتی از کنترل قضایی ضعیف را مقرر می‌دارد. این قانون دادگاهها را ملزم می‌کند تا قوانین را به صورت سازگار با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تفسیر کنند، اگر دادگاهها بتوانند به نسبت این گونه عمل نمایند. اگر چنین تفسیری ناسازگار است، قانون مزبور دادگاهها را به صدور بیانیه‌ای سوق می‌دهد که قانون با کنوانسیون ناسازگار است و حکومت را مجاز می‌سازد تا به روشهای مختلفی پاسخ دهد.<sup>۷۱</sup>

### ج) کنترل قضایی قوی

جایگزین جبرانهای ضعیف، جبرانهای قوی است. جبرانهای قوی، دستورات الزامی<sup>۷۲</sup> هستند که تبیین‌کننده مفصل اقدامات مقامات حکومتی از طریق تعیین اهدافی می‌باشد که حصول اهداف مذکور می‌تواند برای مثال از طریق ضوابط روشن متعددی اندازه‌گیری شود. چنین دستوراتی همچنین سرفصلهای خاصی برای حصول کامل آن اهداف مشخص می‌نمایند. تعامل بین

برابر، هدایت یک دکترین عمل دولتی گسترده/تأثیر افقی گسترده) زمانی مطرح می‌شود که تنها اختیارات برای دادگاههای قانون اساسی به نظر می‌رسد کنترل قضایی منفعل یا قوی باشد. یک مشکل جدید کنترل قضایی در چند دهه گذشته مطرح شده است و طرح آن می‌تواند داوری پیرامون ظرفیت قضایی را تغییر دهد.

شکل جدید کنترل قضایی در گونه‌های مختلف مطرح می‌شود. اما در هر مورد، تعیین قضایی آنچه قانون اساسی مقرر می‌کند صریحاً در مورد دیگر بازیگران سیاسی قطعی نیست؛ بازیگرانی که می‌توانند به تصمیمات دادگاه از طریق خط‌مشی‌های عادی پاسخ دهند. شرط مخالف در منشور کانادایی حقوق بشر، یک شکل آن است. بر اساس این مقرر، پارلمان می‌تواند مشخص کند که مصوبات آنها برای یک دوره پنج ساله، علی‌رغم ناسازگاری با برخی تضمینات منشور لازم‌الاجرا خواهد شد. شرط مخالف این امکان را برای قانونگذاران فراهم می‌سازد تا به تفسیرهای قضایی منشور با تصویب قانون مبتنی بر یک نگرش مختلف از مقتضیات منشور پاسخ دهد. مقرر مزبور در

<sup>70</sup> -Tushnet, state action, Social Welfare Rights and the Judicial Role, Ibid., p.23.

<sup>71</sup> - Ibid, p.25.

<sup>72</sup> Mandatory Injunctions

می‌تواند کد بازار کار و سایر بازارها باشد، ترویج نمایند. مشکل شاید در خصوص حقه‌های پایه‌ای نسبت به حقوق رفاه اجتماعی واضح‌تر باشد و به‌صورت واضح در انتقاد هربرت نوزیک از آنچه او گزارش‌های الگوگرایانه عدالت می‌نامد، بیان شده است.<sup>۷۵</sup> چنین تفسیرهایی یک سطح و توزیع منصفانه کالاهای اساسی را تعیین می‌کند. به نظر نوزیک، چنین تفسیرهایی در تأیید پیامدهای این واقعیت که بازارها پویا هستند، نارسا می‌باشند. دادگاه می‌تواند حقوق پایه‌ای، به همین نحو سطح و توزیع کالاهای اساسی تولید شده را آن‌گونه که طبق قانون اساسی مقرر شده است، مشخص کند، اما معاملات بازار که همه‌شان مطابق با قواعد پایه‌ای هستند، می‌تواند به‌صورت اجتناب‌ناپذیر سطح و توزیع مزبور را تغییر دهد. در حوزه حقوق عمومی ما می‌توانیم در مورد تعیین کامل یک مجموعه از حقوق رفاه اجتماعی به‌صورت نسبتاً مناسب و تفصیلی همانند کد مالیات یا تنظیم مالیه انتخاباتی تأمل کنیم. ما تجربه کافی داریم تا بشناسیم که قانونگذاران و بازیگران خصوصی روشهایی

دادگاهها و مقامات رسمی حکومت دقیق و منظم است. برای مثال، بجای اتکا بر شاکیان در شکایت، دستورات ممکن است الزامات گزارش‌دهی را تحمیل کند که مقامات را ملزم می‌کند تا به‌صورت ادواری به دادگاهها در مورد اینکه چگونه فرایند اجرای طرح پیش رفته است، توضیح دهند. و دادگاهها زمانی که مقامات دولتی اظهار می‌دارند مشکلات عملی در سر راه اجرای کامل این حقه‌ها وجود داشته‌است، در برابر تغییر آسان دستوراتشان مقاومت می‌کنند.<sup>۷۳</sup>

پروفسور سان استین قبول دارد که کنترل قضایی می‌تواند یک شکل قوی به خود بگیرد، اما کنترل قضایی قوی احتمالاً همانند کنترل منفعل اگرچه به دلایل متفاوت، ناپایدار است. دغدغه سان استین، تنظیم و کنترل قضایی بازار کار در انتزاع نیست، بلکه این است که دادگاهها توان تنظیم بازار کار و (به طور کلی) دیگر بازارها را به صورت تفصیلی که توسط تضمینات حقوق رفاه اجتماعی ملزم شده است، ندارند.<sup>۷۴</sup> مشکل این نیست که دادگاهها در هیچ زمان خاصی نمی‌توانند آنچه را به‌صورت مؤثر

<sup>73</sup>. Tushnet, mark, social welfare rights and the forms of judicial Review. *Ibid*. pp.25-26

<sup>74</sup> - Peter W.Hogg, Constitutional Law of Canada, 34-37 (fourth ed- Loose leafed. 1997).

<sup>75</sup> - Robert Nozick, **Anarchy, State and Utopia**, Oxford: Blackwell, 1974.

آنهایی که بعد از سال ۱۹۸۹ تصویب شده‌اند - پا را فراتر از قوانین کلاسیک لیبرال گذاشته، به برخی حقوق رفاه اجتماعی موقعیت مبتنی بر قانون اساسی را می‌دهند.

دلایل انجام این کار در شرایط سیاسی ایجاد قوانین اساسی نهفته است. مقررات قانون اساسی که این حقها را بررسی می‌کنند - از هر نسلی باشد - شامل ایجاد تعادل بین

تصریح هنجاری،<sup>۷۷</sup> موجود بودن جبرانهای فردی و استحکام و اعتبار سازمانهایی می‌باشد که جهت اجرای آن حقها ایجاد شده‌اند. اگرچه، یک نکته ثابت در قوانین اساسی مدرن این است که حقوق بنیادی عام مدنی و سیاسی در دادگاهها اجرا شوند، تا تضمین کنند که عموم در ارزیابی اینکه مخالفان سیاسی رژیم به طور مستمر علی‌رغم تضمینات حقوق سیاسی بنیادین در قانون اساسی، زندانی یا سرکوب می‌شوند، بدگمان نشوند.<sup>۷۸</sup>

نکته ثابت دیگر بعد از سال ۱۹۴۵ این است که قوانین اساسی بایستی دربرگیرنده تضمینات حقوق اقتصادی و اجتماعی باشند. بعد از سال ۱۹۴۵ تقریباً همه‌جا احزاب دموکراتیک اجتماعی قدرت سیاسی اساسی

را برای برهم زدن مقررات اجتماعی مقرر در این تعیین و تفکیک، پیدا خواهند کرد.<sup>۷۶</sup>

به نظر می‌رسد تبیین احتمال استفاده از جبرانهای ضعیف برای حقوق ماهوی قوی، ارزشمند باشد. در بخش بعدی سؤالاتی پیرامون احتمال سازگاری جبرانهای ضعیف با حقوق رفاه اجتماعی ماهوی قوی مطرح خواهد شد.

## ۵- حقه‌های قوی و جبرانهای ضعیف: چند سؤال

در این بخش دو سؤال مطرح خواهد شد: آیا معقول و منطقی است تا از جبرانهای ضعیف در راستای اجرای حقوق رفاه اجتماعی قوی بهره‌گیریم؟ و آیا ممکن است تضمین کنیم که جبرانهای ضعیف، جبران ضعیف باقی مانده و تبدیل به جبرانهای قوی نمی‌شوند؟

به کارگیری جبرانهای قوی در اجرای مقررات قوانین اساسی کلاسیک لیبرال نسبتاً آسان است. خسارتهای، نقض محکومیت‌ها و احکام معمولی جهت جبران اکثریت گسترده نقض حقوق و آزادیهای مدنی سنتی کافی است. قوانین اساسی مدرن - آن قوانین اساسی‌ای که بعد از سال ۱۹۴۵ و مخصوصاً

<sup>77</sup> Norm articulation

<sup>78</sup> - Tushnet, Mark, social welfare rights and the forms of judicial Review, *ibid.*, P.28.

<sup>76</sup> -Tushnet, state action, social welfare Rights and the judicial Role, *Ibid.*, pp.22-23.

داشتند و مجبور بودند در فرایند پیش‌نویس قانون اساسی رفتار خود را عوض کنند. به علاوه، احزاب دموکراتیک مسیحی در اروپا و جاهای دیگر با قبول آموزش اجتماعی کلیسای کاتولیک رومی در برنامه‌هایشان به نظرات احزاب دموکراتیک اجتماعی پاسخ گفته‌اند که به صورت مشابه احزاب را به محدودیت‌های مربوط به کارکردهای غیرتنظیمی بازار متعهد کرد که به زعم آن آموزه‌ها، تهدید به انکار حیثیت و کرامت انسانی برای بعضی افراد می‌نمود. بعد از سال ۱۹۸۹، این اعتماد که آزادی و دموکراسی می‌تواند سیاست‌های دموکراتیک اجتماعی ایجاد کند با این دغدغه که آنها می‌توانند در عوض منتهی به یک جامعه بازاری گردد که خیلی آزاد و نامحدود است، تعدیل گردید. حقوق رفاه اجتماعی مبتنی بر قانون اساسی می‌تواند در مسیر آن توسعه قرار گیرد.

منطق مرسوم در برابر اجرای حقوق رفاه اجتماعی قوی با مکانیسم‌های جبرانی قوی قرار می‌گیرد. از احتمالات باقی مانده، بهترین احتمالی که به نظر می‌رسد، داشتن حقوق رفاه اجتماعی قوی است که از طریق جبرانهای ضعیف اجرا می‌شود. اما آن تنها زمانی خوب خواهد بود که جبرانهای ضعیف،

ضعیف باقی بماند. آیا چنین امکانی وجود دارد؟

پرونده‌های آفریقای جنوبی را در نظر بگیرید؛ این پرونده به این امر اشاره دارد که الزامات قانون اساسی ملی در مقام بیان این مسئله است که حکومت در صدد «تحقق تدریجی» حقوق رفاه اجتماعی است. فرض کنید که دادگاههای آفریقای جنوبی آن حقها را با جبرانهای ضعیف اجرا بکنند. طرفین دعوا این سؤال را مطرح خواهند کرد که آیا حقها در واقع نبایست به صورت تدریجی محقق شود. یا دقیق‌تر اینکه آنها ادعا خواهند کرد که جبرانهای ضعیف در صدد ایجاد میزان قابل قبولی تحقق حقها نمی‌باشد و آنها می‌توانند به یک دلیل سیستماتیک برای حدود کمتری که آنها و دادگاهها مدنظر دارند، اشاره کنند: جبرانهای ضعیف به مقامات حکومتی محرکهای ضعیفی در جهت تلاش بیشتر برای تحقق حقوق رفاه اجتماعی می‌دهد. نگرانی‌ها و دغدغه‌های کوتاه‌مدت ممکن است دغدغه‌های بلندمدتی را که جبرانهای ضعیف در بر دارد تحت شعاع قرار دهد؛ مقامات رسمی ممکن است مکرر بر این عقیده باشند که آنها قادرند تا دادگاهها را در تعاملات اتفاقی و ضمنی که بواسطه جبرانهای ضعیف



بهترین مطالعه موردی که صحت وقوع این ادعا را تأیید می‌کند، تجربه ایالات متحده در پرونده‌های پایان تفکیک مدارس است. این تجربه ممکن است بیانگر این مسئله باشد که جبرانه‌های ضعیف اصلاً جبران نیستند. دادگاه عالی ایالات متحده در واقع درصدد نظارت بر فرایند پایان تفکیک مدارس بود و دادگاه‌های تالی به مقامات و مسئولین مدارس اختیارات زیادی اعطا کرد. نتیجه در مناطق جنوب این شد که چیز زیادی در راه پایان تفکیک مدارس به مدت یک دهه اتفاق نیفتاد.

پاسخ دادگاه، تبدیل جبرانه‌های ضعیف به جبرانه‌های قوی بود که به دادگاه‌های تالی اجازه می‌داد تا حکم طرح‌های تفصیلی پایان تفکیک را داده و از نزدیک بر نحوه اجرای آن نظارت کنند. عدم توجه قصور در پایان دادن به تفکیک مدارس از نظر دادگاه عالی - و نگرانی از اینکه میزان تحقق حق بر مدارس تفکیک نشده، خیلی کند می‌باشد - این تغییر را جلو برد.

درسهایی که از تجربه لغو تفکیک مدارس می‌شود گرفت، پیچیده و تا حدودی جنجالی است. شاید، در زمینه‌هایی غیر از تفکیک مدارس، دادگاهها نمی‌توانستند به میزانی که - در حدود هفده سال - برای

مدنظر هستند، قانع کنند که دادگاهها بایستی درک خود را از آنچه که مقررات حقوق رفاه اجتماعی ملزم می‌دارد، دوباره تنظیم نمایند - و حتی اگر آن آرزوها بارها شکست بخورد، مقامات رسمی خواهنددانست که آنها تا به حال تحقق این حقها را تا حدودی به تأخیر انداخته‌اند.<sup>۷۹</sup>

اگر دادگاهها برخی حقهای بیان نشده‌ای از آنچه یک جبران مناسب از تحقق حقها می‌تواند باشد، دارند، آنها ممکن است جبرانه‌های ضعیف را خیلی کم‌اثر و ضعیف بدانند و اعتقاد بر این است که احتمالاً قضات چنین درکی خواهندداشت. قضات چه‌کاری می‌توانند انجام دهند اگر آنها ملاحظه کنند که در نتیجه دستورات جبرانی ضعیفشان، هیچ‌اتفاقی نمی‌افتد؟ یک احتمال این است که آنها شروع به تقویت احکام خود نموده و در سمت و سوی تبدیل حقهای قوی که به واسطه جبرانه‌های ضعیف حمایت شده‌اند، به حقهای قوی که توسط جبرانه‌های قوی حمایت شده‌اند، حرکت کنند. اگرقضات مشاهده کنند زمانی که جبران تحقق این حقها از نظر آنها کند به نظر می‌رسد، تقریباً هیچ اتفاقی نمی‌افتد، این پدیده باز صادق خواهدبود.

<sup>79</sup> - Ibid., P.32.

دادگاه عالی ایالات متحده غیرقابل تحمل بود، ناشکیبایی به خرج دهند. آنها ممکن است به این نتیجه برسند که برای مثال تحقق حقوق رفاه اجتماعی که مربوط به مسکن و شغل است، شاید حداقل یک نسل طول بکشد.<sup>۸۰</sup>

پاسخ احتمالی دیگری به میزان تحقق حقه‌ها وجود دارد که به نظر خیلی کند می‌رسد. آن پاسخ، بازسازی مفهومی حقوق رفاه اجتماعی مبتنی بر قانون اساسی است. به جای برخورد با آنها به عنوان حقه‌های قوی که توسط جبرانه‌های ضعیف حمایت می‌شود، دادگاه‌ها می‌توانند با آنها به عنوان حقه‌های ضعیف یا حتی حقه‌های غیرقابل دادخواهی رفتار نمایند. اینجا مکانیسم روان‌شناختی این است که قضات از قصور جبرانه‌های ضعیف به انجام تغییرات زیاد در مقررات واقعی حقوق رفاه اجتماعی پی می‌برند که این وظیفه فراتر از توان و ظرفیت قضایی قرار می‌گیرد - اینکه علی‌رغم تعهد به حفظ جبرانه‌های ضعیف، منطق مرسوم در ادعای اینکه قوانین اساسی نایستی حقوق رفاه اجتماعی قوی از نظر قضایی قابل اجرا را به رسمیت بشناسند، صحیح بود.

این ایده که پاسخ دوم می‌تواند اتفاق بیفتد، نه تنها در ابتدا از رفتار قضایی، بلکه از این پیشنهاد ساده و صریح سناتور قبلی جورج ایکین نیز بر می‌آید که بهترین روش در رهاکردن ایالات متحده از جنگ در ویتنام برای رییس جمهور، اعلام پیروزی و بیرون کشیدن سربازان از ویتنام و بازگشت به آمریکا است.<sup>۸۱</sup> با این حال برخی قیاس‌های قضایی نیز وجود دارد. برخی دادگاه‌های ایالتی که تجدیدنظر در نظام‌های ایالتی تأمین مالی آموزش عمومی را مقرر نمودند، با این اصرار قوی مواجه شدند که آنها اساساً از میدان کنارکشیده، ضمن حفظ ظاهر مسئله از طریق اعلام آنچه قانونگذار ایالتی انجام داده است واقعاً الزامات مبتنی بر قانون اساسی را که دادگاه‌ها در حال اجرا بودند، فراهم کرد.<sup>۸۲</sup>

در برخی حوزه‌ها، پاسخ دوم - انتقال حقه‌های قوی به حقه‌های ضعیف - می‌تواند با پاسخ اول در یک نقطه جمع گردد. تجربه جبرانه‌های قوی در پرونده‌های لغو تفکیک

<sup>81</sup> - For the aphorism and its origin, see Pamela s. Karlan, exit strategies in constitutional law: Lessons for Getting the least dangerous Branch out of the political thicket, 82, **B.U.L. Review**, 667 n(2002).

<sup>82</sup> - The most comprehensive study is Douglas s. Reed, on Equal terms: The constitutional politics of Equal opportunity, 2001.

<sup>80</sup> - **Ibid.**, pp.33-34.

حقوق اقتصادی و اجتماعی یک بخش اساسی از نظام حقوق بشر بین‌المللی است. این حقوق در اعلامیه جهانی حقوق بشر، کنوانسیون‌ها و معاهدات جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر و حقوق بشری که ریشه کنی و رفع تبعیضات و حمایت از برخی گروه‌های آسیب‌پذیر هدف آنهاست، جایگاه خودشان را دارند. این اسناد عمدتاً الزام‌آور هستند، به این معنا که تعهدات حقوقی برای کشورهای طرف معاهده ایجاد می‌کنند.

در خصوص ماهیت حقوقی حقوق اقتصادی و اجتماعی مسئله مربوط به اعتبار آنها نمی‌شود، بلکه تا حدودی با قابلیت اعمال آنها مرتبط می‌باشد. بسیاری از نویسندگان بر این باورند که حقوق اقتصادی و اجتماعی به خاطر ماهیت خود، قابل دادخواهی نیستند، یعنی آنها قابلیت مورد استناد قرار گرفتن در دادگاه‌های حقوقی و قابلیت اعمال به وسیله قضات را ندارند.<sup>۸۴</sup> برخی نویسندگان موضع عدم قابلیت شکایت از این حقوق را به طور برجسته به ویژگی سیاسی تعهدات مبتنی بر معاهدات موجود در حوزه حقوق اقتصادی و اجتماعی

مدارس در کل، تجربه خوبی در ایالات متحده نبود. آن جبرانها به صورت نسبی در کوتاه‌مدت و به‌خصوص در حوزه‌های با مناطق دارای مدرسه که نواحی شهری و حومه را دربر می‌گرفت، موفق عمل کرد.

آنها همچنین یک میزان گسترده‌ای از مقاومت را ایجاد کرد که در پایان، واکنش سیاسی را به وجود آورد که از طریق فرایندی که قضات فدرال منصوب می‌شوند، دادگاهها را به کنارکشیدن از فرایند لغو تفکیک سوق داد.

از این‌رو، ممکن است استدلال زیر را داشته‌باشیم: دادگاهها نایستی حقوق رفاه اجتماعی قوی را با جبرانهای ضعیف اجرا بکنند، زیرا آن جبرانها می‌تواند به جبرانهای قوی تبدیل شوند که به نوبه خود دادگاهها را به انتقال حقوق رفاه اجتماعی قوی به حقوق رفاهی ضعیف سوق دهد. در این روش مدل ایرلندی عدم قابلیت دادخواهی می‌تواند به بهترین نتیجه بینجامد، زیرا آن حداقل به تصریح واقعی این نگرش اجازه می‌دهد که حقوق رفاه اجتماعی بایستی قوی باشد.<sup>۸۳</sup>

### نتیجه گیری

<sup>84</sup> - Scheinin, Martin, Economic, Social and Cultural Right as Legal Right, in A. Eide, et al. (eds) Economic, social and cultural right 2nd ed, Martinus NIJhoff publishers, Dordrecht / Boston / London, 2001, p. 29

<sup>83</sup> - Tushnet, *Ibid.*, p.36.

برای همه کودکان باشد. به طور منطقی و صحیح نمی توان ادعا کرد که برخی حقهها برای کارکرد مناسب دموکراسی حیاتی تر از دیگر حقوق هستند. عنصر بنیادی در دموکراسی، مفهوم برابری شهروندی است. محتوای حداقلی شهروندی می بایست در برگزیده یک حق مطلق بر برخی حقوق مادی پایه و اساسی باشد که به مانند حقوق نسل اول قابل اجرا باشد. در غیر این صورت، توانایی برای شهروند بودن - و اعمال حقوق و دموکراسی - می تواند تضعیف گردد.<sup>85</sup>

به علاوه عجیب به نظر می رسد که به یک «حقی» که از نظر قضایی قابل اجرا نیست، اشاره شود. یک انتقاد از این دسته بندی، می تواند بیان این امر باشد که توصیف ما از حقوق ماهوی قوی و ضعیف به طور مستمر بین تعیین یک استاندارد نظارتی که وارد عمق حق می شود و ذکر آنچه دادگاهها زمانی که پی به نقض حقوق قوی و ضعیف می برند انجام می دهند و وارد جبرانهای موجود برای این نقضا می شود، در نوسان است، به علاوه منتقد ممکن است بر این باور باشد که تفکیک بین حقوق ماهوی ضعیف و قوی، به طور ساده تفکیک در مورد زمان جبران است، که حقههای قوی،

نسبت داده اند.<sup>86</sup> افراد دیگر یک تمایزی بین تعهدات به نتیجه و تعهدات به عمل هستند و حقوق اقتصادی و اجتماعی را براساس طبقه اخیر دسته بندی کرده اند.<sup>87</sup> نویسندگان زیادی، بی اساس بودن چنین موضعی را نشان داده اند.<sup>88</sup> در اصول لیبرگ که توسط یک نشست متخصصان معتبر در ۱۹۸۶ سال تنظیم شده، در خصوص تفسیر میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، قابلیت حداقل اعمال برخی از مقررات (از جمله اصل ۸) این میثاق به وسیله دادگاهها پیش بینی شده است.<sup>89</sup>

اجرای برخی حقوق مدنی و سیاسی از جمله تأمین امنیت ملی می تواند بسیار پر هزینه تر از، (برای مثال)، تضمین تغذیه پایه

<sup>85</sup> E. G. Vierdag, "the legal Nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights" *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 9(1978), pp.69-103, at p. 103

<sup>86</sup> - A. Eide, "future protection of economic and social rights in Europe" in :A. Bloed et al.(eds.) *monitoring human rights in Europe: comparing international procedures and mechanisms*, 1993, pp.187-219, at p.195

<sup>87</sup> - G .J. H. Van Hoof, loc. cit. and P. Alston, "no right to complain about being Poor: the need for an optional protocol to the economic rights covenant, in: A. Eide and J. Helgesen(eds.), *the future of human rights protection in a changing world*, 1991, pp.79-100.

<sup>88</sup> - Scheinin, *Ibid.*, pp. 29-30

<sup>89</sup> - Haysom, 1999, p.1

در توسعه حقوق رفاه اجتماعی برطرف می‌سازد.

از این رو پیرامون مطالب مربوط به حقوق اقتصادی و اجتماعی، بحث هنجار عینی بودن یا نبودن حقوق اقتصادی و اجتماعی و به تبع آن قابل دادخواهی از آن یا عدم امکان چنین واقعیتی جهت اطلاق عنوان حق بر این ادعاها مسئله مهمی است. در جمع بندی و تعدیل این مسئله می‌توان گفت که اگر ما تأمین نیازهای بنیادین افراد را به عنوان حق‌های عینی و قابل شکایت و دادخواهی (به‌عنوان مقتضای حداقلی نظریه عدالت یا اقتضای نظریه حق) بدانیم و بقیه حق‌ها را که ماهیت برنامه‌ای دارند، به عنوان حق‌های عینی و قابل شکایتی که مطرح نمی‌شوند، بدانیم، در آن صورت هم اصل تفکیک‌ناپذیری مجموعه حقوق بشر و هم عدالت اجتماعی را مد نظر قرار داده‌ایم و از طرف دیگر با تحمیل نکردن بار سنگین تأمین همه حق‌های اقتصادی و اجتماعی (که لاجرم غیر ممکن هم هست) بر دولت، اصل کارایی اقتصادی را که در دراز مدت به نفع همه می‌باشد، پاس داشته‌ایم. به عبارتی اگر در قبال حق‌های مبتنی بر نیازهای بنیادین، برای دولت تعهد به نتیجه، و در قبال بقیه

جبرانهای قضایی فوری را دریافت می‌کنند، حق‌های ضعیف، جبرانهای قضایی معوقه‌ای را دریافت می‌کنند و حق‌های غیرقابل دادخواهی اصلاً حق نیستند.

از نظر توشنت، این دغدغه‌ها، اغراق‌آمیز هستند. استفاده از واژه حق‌ها در توصیف حق‌های غیرقابل دادخواهی چیزی را که قرائت سنتی هوفیلد ممکن است پوشیده نماید، آشکار می‌سازد- این واقعیت را که ما یک تعداد از مکانیسم‌های سازمانی داریم که به واسطه آن حق‌ها می‌توانند اجرا شود، از جمله، درمورد حق‌های غیرقابل دادخواهی، جامعه مدنی سازمان یافته می‌تواند آنها را اجرا نماید. موضوع استاندارد کنترل می‌تواند حداقل در اصل از موضوعات مربوط به جبرانها جدا شود.

پژوهش سریع پیش گفته از نقش نظام قضایی (اشکال کنترل قضایی) تحت موضوع دموکراسی اجتماعی بیانگر آن است که به صورت واقعی تنها یک تعداد از ترتیبات سازمانی با ثبات برای دموکراسی اجتماعی وجود دارد. به‌صورت جایگزین، یک نظام مضیق از مقررات اجتماعی از نظر تقنینی توسعه یافته، به همراه کنترل قضایی منفعل یا ضعیف، بسیاری از فشارها بر دادگاهها را

حق ها تعهد به عمل را قائل شویم، مشکل تا حد زیادی قابل حل خواهد بود.

به نظر می‌رسد حقه‌های مبتنی بر نیازهای بنیادین در قلمروی حقوق شهروندی جهان شمول (حقوق بشری) قرا گیرند که هم مدافعان رویکرد «نیازهای اساسی» در اقتصاد توسعه وهم نظریه پردازان حقوق بشر، بر میزان حداقلی از آنها توافق دارند. این حقه‌ها عبارت‌اند از: حق برخورداری از غذا با ارزش غذایی کافی، لباس، سرپناه، مراقبت‌های بهداشتی اساسی، آب پاکیزه، خدمات بهداشتی، آموزشی، حداقل در سطح مقدماتی. این فهرست به همراه اصل اساسی برخورداری غیر تبعیض آمیز، بنیاد محکمی را برای حقوق بشر اقتصادی- اجتماعی فراهم می‌کند. اشخاص می‌توانند در قبال قصور در تهیه و تأمین این حقوق به دادگاه مراجعه کنند. اما حق‌های دیگر اقتصادی و اجتماعی حقوق شهروندی صرف هستند و منوط به شرایط جوامع خاص دارد و دولت در این حوزه ها تکلیف به عمل دارد. اما به عنوان حقه‌های عینی قابل طرح نیستند و قصور در تأمین این ادعاها یا ناتوانی دولت در تأمین این ادعاها در نهایت پای حق‌های اقتصادی و اجتماعی عینی را به میان می‌کشد. برای مثال کار، اگر دولت با سیاست‌گذاری

نتوانست اشتغال کامل را ایجاد کند، اینجا چون تعهد به عمل مطرح است از این ادعا (ادعای بر کار) و قصور در تأمین آن نمی‌توان شکایت کرد، اما چنین فردی برای امرار معاش خود، نیاز به تأمین نیازهای بنیادین خود (از طریق نظام تأمین اجتماعی) دارد که در آن صورت دولت تعهد به نتیجه دارد و این شخص از این بابت می‌تواند در صورت قصور در تأمین، به دادگاه شکایت کند.

اما در زمینه برابری فرصت‌ها که در زمینه حق آموزش و فرصت برابر کار مطرح است، دوباره دولت تعهد و تکلیف به نتیجه دارد و چون این امر (برابری فرصت‌ها) پیش‌زمینه و پیش‌نیاز برای برخورداری از سایر حق‌ها می‌باشد، قصور در این امر خود زمینه‌ساز بی‌عدالتی در زمینه‌های دیگر نیز می‌شود و اصل برابری که هم در نظریه عدالت خیلی مورد تأکید قرار گرفته و هم در اسناد حقوق بشری از جمله میثاق مطرح گردیده، بیانگر نقش بنیادین اصل برابری هم در نظریه‌های عدالت و هم در نظام حقوق بشر و بهره‌مندی از آنها می‌باشد.<sup>۹۰</sup>

در جوامع دموکراتیک که هزینه‌های دولت عمدتاً از محل گرفتن مالیات از مردم تأمین می‌شود و به عبارتی یک نوع وابستگی

<sup>۹۰</sup> - همتی، پیشین، ص ۱۰۵

رفاهی به صورت حقهای قوی شناسایی شده و از طرفی از درآمدهای غیرمالیاتی نفت و گاز نیز بهره‌مند است، لذا به نظر می‌رسد می‌توان برای مصادیق اساسی از حقهای اقتصادی و اجتماعی، مکانیسم جبران قوی یا کنترل قضایی قوی را قائل شد.

متقابل بین دولت و مردم (عمدتاً وابستگی متوجه دولتهاست) وجود دارد، تأمین حقوق شهروندی (مخصوصاً حقوق رفاه اجتماعی) به شدت وابسته به توان اقتصادی دولت و جامعه بوده که عمدتاً از محل مالیات مردمی تأمین می‌شود. لذا تأمین حقوق رفاهی از جنس حقهای رفاهی قوی و مکانیسم جبرانی قوی (کنترل قضایی قوی) از طریق سیستم بازتوزیع یا عدالت توزیعی و اجتماعی می‌تواند به واکنشهای تند سیاسی منجر گردد و یا دولت را وادار به امری کند که از توان آن خارج است. اما در کشورهایی که بخش عمده ای از درآمدهای دولت غیر از مالیات، از محل منابع زیرزمینی نیز تأمین می‌شود، دو راهکار اساسی در زمینه درآمدهای غیر مالیاتی زیر زمینی (مخصوصاً نفت و گاز) وجود دارد: یا باید دولت درآمد مزبور را در امور زیر بنایی (اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی) هزینه کند که رویکرد منطقی نیز این است یا اینکه در تأمین رفاه مردم و عدالت اجتماعی هزینه نماید. یعنی دولت در کشورهایی که چنین درآمد سرشاری دارد، تنها در دو صورت فوق می‌تواند پاسخگوی مردم و تأمین‌کننده عدالت بین نسلی باشد. در جمهوری اسلامی نیز با توجه به اینکه در قانون اساسی حقوق