

مشروطه‌سازی حقوق خصوصی در حقوق اروپایی، حقوق ایران و فقه امامیه

جلیل قنواتی*
عبدالرضا علیزاده**
مجتبی زنگنه***

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۳/۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲۶

چکیده

هدف از نگارش این مقاله، بررسی امکان، چگونگی و چالش‌های نظری اعمال حقوق بنیادین در روابط حقوقی اشخاص خصوصی است، که با روش تحلیلی - انتقادی انجام شده است. حقوق بنیادین غالباً ناظر به رفتار دولت است و در خصوص جریان حقوق مذکور در روابط بین اشخاص خصوصی به‌ندرت سخن گفته شده است. مفهوم مشروطه‌سازی حقوق خصوصی را می‌توان به معنای «مکلف نمودن اشخاص خصوصی به رعایت حقوق بنیادین مانند برابری، حفظ حریم خصوصی و آزادی، در مقابل یکدیگر» دانست؛ در نتیجه این فرآیند، ممکن است ماهیت حقوق و تعهدات مدنی، تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی و تشخیص دارندگان وظیفه - احترام به حقوق بنیادین - دستخوش تغییراتی شود؛ چالش‌های نظری سه‌گانه‌ای که، هرچند به توسعه مفهومی برخی تأسیسات حقوق خصوصی منتهی می‌شود، ولی در حقوق اروپایی با توسل به روش تأثیر غیرمستقیم و در حقوق ایران، با توجه به ادبیات خاص مندرج در قانون اساسی در باب حقوق ملت و ساختار فقهی حاکم بر حقوق خصوصی، در پرتو روش تأثیر مستقیم قابل توجه هستند. مهم‌ترین نتیجه تحقیق حاضر را می‌توان توجه به احیای حقوق اساسی در روابط خصوصی و اثبات غنای فقه اسلامی در رابطه با جذب حقوق بنیادین در روابط خصوصی دانست.

واژگان کلیدی: مشروطه‌سازی، حقوق خصوصی، حقوق بنیادین، حقوق ایران، قاعده لاضرر.

* دانشیار دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

** دانشیار دانشگاه تهران (alizadeha@ut.ac.ir).

*** دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران/ نویسنده مسئول (mjtbzanganeh5@gmail.com).

مقدمه

منظور از حقوق بنیادین در نگرش ماهیت‌گرا، آن دسته از حقوق است که ریشه در قوام شخصیت انسان داشته و نبود آنها زوال موجودیت او را در پی خواهد داشت، اما طبق نظریه آلمانی (شکلی) حقوق بنیادین، حقوق و آزادی‌هایی که در قانون اساسی مورد حمایت قرار گرفته‌اند، حقوق بنیادین نامیده می‌شوند. در برداشتی کلی می‌توان حق حیات، حق آزادی، حق برابری و حق بر حریم خصوصی را رؤوس حقوق بنیادین تلقی کرد (گرچی، ۱۳۸۳، ص ۲۶۸). مبنای مسئله این است که آیا حقوق بنیادین، صرفاً ناظر به عمل دولت است، یا اشخاص خصوصی نیز مکلف به رعایت آنها هستند؟ برای مثال شخصی دعوی به خواسته «اعلان بطلان قرارداد به علت تبعیض» مطرح نموده و از دادگاه تقاضا دارد که قرارداد تنظیمی بین او و خواننده را، به استناد تبعیضی که علیه خواهان تحمیل شده، باطل اعلام کند. در این خصوص آیا اساساً تبعیض می‌تواند به‌عنوان محملی جهت بطلان معامله مورد توجه باشد؟ آیا می‌توان قرارداد ضمانت را به استناد توافق ضامن با بانک، معتبر دانست، حتی اگر با اجرایی شدن مفاد قرارداد، ضامن مجبور باشد برای باقی عمرش پایین‌تر از سطح زندگی حداقلی قرار بگیرد؟ آیا شرط عدم رقابت، معتبر خواهد بود، اگر به‌طور مؤثری، مؤسسه تجاری را از فعالیت در کشورش برای دوره‌ای چندین ساله ممنوع کند؟ (Mak, 2008, pp.15-16).

این قبیل مسائل و موضوعات در سیستم حقوقی و قضائی کشور ما نمود بیشتری می‌یابد؛ زیرا مطابق اصل چهارم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است؛ بنابراین هرگونه حق بنیادین بشری که در دیگر سیستم‌های حقوقی، اساسی تلقی می‌شود، ممکن است در کشور ما نه تنها اساسی تلقی نشود، بلکه مخالف قانون اساسی تشخیص داده شود. برای نمونه موضوع برابری جنسیتی در موارد بسیاری چالش برانگیز است و نمی‌تواند مورد حمایت قانون اساسی ایران قرار گیرد. در این خصوص در نظر بگیرید ادعای خواهان به‌عنوان یک زن، ناظر به این موضوع باشد که خواننده (برادر خواهان) دو برابر ماترک را تملک کرده و بدین ترتیب بین او و برادرش تبعیض رخ داده و علت آن نیز صرفاً زن بودن خواهان و مرد بودن خواننده است و تقسیم برابر ترکه را به استناد اصل برابری و منع تبعیض خواستار شده است. آیا قاضی دادگاه

می‌تواند حکم بر ورود خواسته خواهان و در نتیجه تقسیم برابر اموال صادر کند؟^۱

عدم توجه به حقوق بنیادین در روابط حقوقی خصوصی اشخاص، ممکن است حقوق خصوصی و تأسیسات و نهادهای آن را به بستری جهت تحمیل اراده یک طرف (طرف قوی‌تر) به طرف دیگر تبدیل کند و به نقض حقوق بشر و سلب شخصیت و کرامت انسانی طرف ضعیف منجر شود و به سادگی و در پوشش استقلال اراده و آزادی قرارداد نیز توجیه شود؛ چالشی که در حوزه حقوق کار به حاکمیت سرمایه داری و لیبرالیسم^۲ و سوء استفاده از کارگران و در زمینه دیگر به استخدام‌گرایی، بهره‌کشی و از بین رفتن کارکرد نهادهای مهمی چون خانواده خواهد انجامید.

سؤال اصلی پژوهش به امکان و چگونگی پذیرش اعمال حقوق بنیادین بشری در روابط خصوصی و بررسی چالش‌های نظری ناشی از آن مربوط می‌شود. مسائل مذکور، در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی چه جایگاهی دارد و چگونه قابل توجیه است؟ امروزه به دلیل گسترش زیاد و اقتدار روزافزون اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی، خطری که از جانب آنها متوجه حقوق بشر است، بیشتر از دولت و دولت مردان است؛ اگر یک شهرداری در یک بخش کوچک کشور، صرفاً به این دلیل که قسمتی از ارکان دولت و نهادهای عمومی محسوب می‌شود، موظف است الزامات حقوق بشری را رعایت کند، به چه علت، یک شرکت تجاری بزرگ که در سراسر کشور دارای شعبه بوده و از فعالیت بسیار گسترده‌ای برخوردار است، صرفاً به این علت که خصوصی است، مشمول الزامات مذکور نباشد؟ به همین دلیل، برخی صاحب‌نظران، اصل تأثیرگذاری حقوق بشر بر حقوق خصوصی را، به صورت فی الجمله، مسلم دانسته و بحث قابل بررسی را معطوف به میزان اثرگذاری حقوق بشر بر حقوق خصوصی می‌دانند (Cherednychenko, 2007, p.1). در این پژوهش، ما به طور خاص، به دنبال فهم بهتر چالش‌هایی هستیم که رویه نوظهور اعمال حقوق اساسی در حقوق خصوصی به دست داده است؛ فرآیندی که گاهی به عنوان «مشروطه‌سازی حقوق خصوصی»^۳ توصیف می‌شود (Micklitz, 2014, p.1). نوآوری این مقاله را می‌توان در دو جهت

۱. «ارث بردن زوجه از اموال غیر منقول زوج» (ماده ۹۴۶ ق.م) از جمله آثار نفوذ اصل برابری در حقوق ارثیه است که تا قبل از این ممنوع تلقی می‌شد

۲. منظور سرمایه داری افراطی و لیبرالیسم سنتی با منفی است.

۳. واژه مشروطه‌سازی حقوق خصوصی (Constitutionalisation of Private Law) به طور گسترده و به طور خاص، توسط محققان هلندی استعمال شده است. برای نمونه ر.ک:

Grosheide, Contracteren 2001, p. 48; Smits, Constitutionalisering van het vermogensrecht;

خلاصه کرد: تحلیل جایگاه فرآیند مشروطه‌سازی حقوق خصوصی (یا اساسی‌سازی حقوق خصوصی) و چالش‌های آن در نظام حقوقی ایران و تبیین صبغه فقهی مسئله که تاکنون در هیچ اثر مضبوطی طرح و بررسی نشده است. در رابطه با پیشینه تحقیق در منابع داخلی نیز چند اثر پژوهشی نگارش شده که در این راستا برخی مؤلفان با استناد به منابع غربی و بدون اشاره به جایگاه مسئله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بدون تحلیل چالش‌های نظری و پیش از اثبات وجود حقوق بنیادین به‌عنوان هنجارهای دستوری در نظام حقوقی ایران، صرفاً به امکان جریان حقوق بشر در روابط خصوصی نظر داده‌اند (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲، صص ۷۳-۹۶). برخی دیگر نیز هرچند مسئله را در حقوق ایران بررسی نموده‌اند ولی اینان نیز صبغه فقهی مسئله و همچنین چالش‌های پیش روی مشروطه‌سازی حقوق خصوصی را مطرح نکرده‌اند (محمدزاده، ۱۳۹۴، صص ۱-۱۰۰/ اسدی و همکاران، ۱۳۹۶، صص ۱-۲۷). حقوق بشر سیستمی از ارزش‌ها تلقی شده که کلی و انتزاعی است. از طرفی، قواعد حقوق خصوصی عینی و ملموس است؛ در نتیجه نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، ممکن است قواعد عینی آن را در سطحی از کلیت و انتزاع قرار دهد که باعث درهم ریختگی نظام حقوق خصوصی شود. در این آثار، این قبیل چالش‌ها و تحلیل و توجیه آن، مغفول واقع شده است.

۱. مفهوم مشروطه‌سازی حقوق خصوصی

ممکن است ایراد شود که بحث مشروطه‌سازی، ناظر بر نظام‌های سلطنتی است و تناسبی با بحث مورد نظر ندارد. هرچند، اصطلاح «Constitutionalisation» به «دستورگرایی» یا «انطباق با قانون اساسی» قابل ترجمه است، اما مقصود از عنوان مشروطه‌سازی، ابتدای روابط حقوقی اشخاص خصوصی بر اصول بنیادین مقرر در قانون اساسی است. به عبارت دیگر همان طور که مشروطیت به دنبال تقیید حدود قدرت بر اساس وضع اصول بنیادین در قالب قانون اساسی است، بحث مشروطه‌سازی حقوق خصوصی نیز به دنبال تأمین حقوق اولیه انسانی در روابط بین اشخاص خصوصی با یکدیگر، بر مبنای اصول اساسی است. از طرفی، عنوان «اساسی‌سازی

Cherednychenko, 8. 1 EJCL 2004; Lindenbergh, in: Barkhuysen/ Lindenbergh, Constitutionalisation of Private Law, p. 97; de Vos, in: Hoogervorst et al. , Rechtseenheid en vermogensrecht, p. 287.

حقوق خصوصی) مبهم بوده و هیچ مفهومی را القاء نمی‌کند، این درحالی است که عنوان «مشروطه‌سازی»، در بطن خود مفهوم تقیید به حقوق اساسی را جای داده و ذهن خواننده را به مسئله مورد نظر سوق می‌دهد؛ بنابراین عنوان مشروطه‌سازی مشیر به مسئله بوده و بر عنوان اساسی‌سازی قابل ترجیح است.

برخی از صاحب‌نظران تأثیر رو به رشد و فزاینده حقوق بنیادین بر روابط موازی را به‌عنوان مشروطه‌سازی حقوق خصوصی توصیف کرده‌اند (Smits, 2006, p.9). برخی دیگر نیز این مفهوم را، نفوذ حقوق اساسی، خصوصاً حقوق بنیادین بشری بر حقوق خصوصی دانسته‌اند (Mak, 2008, p.281).

حقوق بنیادین، معمولاً از طریق تفسیر قواعد حقوق خصوصی، نقش مهمی در حقوق رویه‌ای (Case Law) حقوق خصوصی ایفاء می‌کند. این تأثیر، در قانونگذاری نسبتاً محدود بوده و به‌طور معمول، از طریق تغییرات قانونی و رویه‌ای که متأثر از حقوق بنیادین است، دیده می‌شود. این آثار می‌تواند به‌عنوان پیوند و الحاق حقوق بنیادین، که مبحثی در حوزه حقوق عمومی است، به حوزه حقوق خصوصی توصیف شود (Collins, 2014, p.62). از نظر اینان، این نوع پیوند، طبق برخی مبانی نظری و فلسفی حقوقی، مسائل و مشکلاتی را ایجاد می‌کند (Collins, 2014, p.1). یکی از این مسائل، تداخل حوزه حقوق خصوصی و حقوق عمومی و در نتیجه تجویز مداخله دولت در همه حیطه‌های خصوصی است؛ در نتیجه چنین وضعیتی مرز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی بسیار مبهم شده و دولت می‌تواند به بهانه تضمین حقوق اساسی و حقوق عمومی، حاکمیت اراده را کنار زده و قدرت خود را حاکم کند؛ حاکمیتی که با عنایت به تبعیت حقوق خصوصی از حقوق اساسی، مجاز تلقی خواهد شد.

این وضعیت ممکن است به بی اعتباری قوانین عادی منتهی شود و قانون اساسی را به تنها مرجع ارجاع و استناد تبدیل کند. از سوی دیگر، سیستم‌های حقوقی در حفظ و پای بندی به اصول مالکیت خصوصی و آزادی‌های فردی مصر هستند و به آسانی دخالت دولت و مقامات عمومی را در این قلمرو نمی‌پذیرند و به عبارت دیگر قوام نظام حقوق خصوصی خود را در اصل‌انگاری مالکیت خصوصی و آزادی‌های عمومی فردی می‌بینند و دخالت مقامات عمومی را در حد استثناء

۱. برخی صاحب‌نظران، فرایند مشروطه‌سازی حقوق خصوصی را در قالب خصوصی‌سازی حقوق بشر مطرح نموده‌اند.

می‌پذیرند.

مفهوم مشروطه‌سازی حقوق خصوصی شامل همه رشته‌های آن می‌شود و تحلیل جایگاه و آثار مشروطه‌سازی در مورد هر یک از آنها مستلزم پژوهشی مبسوط و مستقل است، اما با توجه به اهمیت و جایگاه راهبردی قراردادها در تنظیم روابط خصوصی، سعی شده در تبیین چالش‌های مشروطه‌سازی حقوق خصوصی، بیشتر به مواردی عینی در این خصوص اشاره شود.

اهم حقوق بنیادین مؤثر بر حقوق خصوصی را می‌توان حق بر کرامت انسانی، حق بر برابری و حق بر آزادی دانست که هر یک ممکن است در حوزه‌های مختلف حقوق خصوصی اثرگذار باشد. برای نمونه حق بر کرامت انسانی در مسئولیت مدنی، می‌تواند خسارت معنوی وارد به اشخاص را توجیه کند؛ شأن و منزلت انسان ایجاب می‌کند علاوه بر خسارات مادی و بدنی، مواردی مانند خسارت ناشی از تحمل درد و رنج و ترس ناشی از حادثه یا نقض عهد نیز جبران شود. همچنین اصل برابری مستلزم پرداخت خسارت به اشخاص خصوصی، بدون لحاظ جنسیت، نژاد، دین و ملیت آنها است. همچنین حق آزادی در حقوق قرارداد نمود برجسته‌ای دارد و منشأ آن، اصل آزادی قراردادی است که مهم‌ترین رکن حقوق قرارداد محسوب می‌شود. این اصل، در همه قراردادها حاکم بوده و حق ازدواج آزادانه را نیز توجیه می‌کند.^۱

۲. جایگاه مسئله در حقوق اروپایی

در سیستم‌های قضایی متعددی در اروپا، حقوق اساسی گاهی برای شکل دادن به حقوق خصوصی مورد استفاده قرار می‌گیرد. منابع این حقوق مبنایی ممکن است در قانون موضوعه، قوانین اساسی، منشورهای حقوق و معاهدات بین‌المللی مانند کنوانسیون اروپایی راجع به حقوق بشر (ECHR) و منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا (CFREU) یافت شود. این حقوق نه تنها در تفسیر اختیارات و تکالیف مقامات عمومی، بلکه هنگام رفع منازعات بین اشخاص خصوصی در قرارداد، مطالبه خسارت و حقوق مالکیت نیز از جانب دادگاه‌ها مورد استناد قرار می‌گیرد. در

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, Thesis, (University of Utrecht) The Netherlands.

محمدزاده، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله دکتری، ص ۲۷۲ - ۳۵۵.

حقوق خصوصی، یک حق اساسی ممکن است جهت تکمیل، توصیف یا بازتعریف حقوق و تعهدات طرفین استفاده شود؛ برای مثال حق بر احترام به زندگی خصوصی، جهت توجیه وضع محدودیت‌های جدید بر آزادی مطبوعات در انتشار عکس‌های سرزده یا شرمسارکننده از یک شخص مشهور، مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

اصول کلی تفسیری که حقوق اساسی با توسل به آنها می‌تواند جهت شکل‌دهی به حقوق خصوصی استفاده کند، بین نظام‌های قضایی متفاوت است. در فرانسه و سایر سیستم‌های وحدت‌گرا که به تعهدات حقوقی بین‌المللی به‌عنوان بخشی از حقوق داخلی می‌نگرند، دادگاه‌ها باید همیشه تلاش کنند بر اساس کنوانسیون‌های بین‌المللی ناظر به حقوق اساسی، مانند کنوانسیون اروپایی راجع به حقوق بشر، عمل کنند. در آلمان می‌توان از دادگاه قانون اساسی درخواست کرد تصمیم دادگاه مدنی را به‌علت قصور در اعمال حقوق خصوصی در انطباق با حقوق مبنایی آلمان، مخالف قانون اساسی اعلام کند. در انگلستان، بر اساس قانون حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ دادگاه‌ها مانند مقامات عمومی ملزم هستند بر اساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر عمل کنند،^۲ همچنین ملزم هستند در صورت امکان قوانین را به روشی تفسیر کنند که منطبق با کنوانسیون باشد.^۳ اخیراً منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا تکلیفی را مقرر کرده است که دادگاه در تفسیر یا اعمال قوانین اتحادیه اروپا، انطباق با مقررات منشور را تضمین کند.^۴ هنگام اجرا کردن قانون اتحادیه اروپا، دادگاه اتحادیه اروپا و دادگاه‌های ملی ملزم به احترام به حقوق، رعایت اصول و تضمین اجرای منشور هستند. اگرچه این ساختارها در پیوند دادن حقوق اساسی به حقوق خصوصی تفاوت‌های اساسی و عمده دارند، اما طرح کلی، چهارچوب حقوقی است که دادگاه را مجاز و غالباً ملزم می‌کند به این امر توجه کند که اعمال حقوق اساسی در یک نزاع حقوق

۱. برای نمونه ر.ک:

Von Hannover v Germany (No 2) (2012) 55 EHRR 15; Campbell v MGN Ltd [2004] UKHL 22, [2004] 2 AC 457; Hosking v Runting [2003] 3 NZLR 385 (NZCA).

2. Human Rights Act 1998 (UK) s 6.

۳. البته به‌نظر می‌رسد با خروج انگلستان از اتحادیه اروپا، این الزام و انطباق نیز دستخوش تغییرات شود.

4. Charter of the Fundamental Rights of the European Union, OJ 2012/C 326/02 (consolidated version of the Treaties) (CFREU), given legal status by Article 6, Treaty of European Union (consolidated version) OJ 2012/C 326/01.

خصوصی، دست‌کم در حد حمایت از تفسیر قانون موجود به نفع تفسیر دیگر، مؤثر باشد.

۳. چالش‌های نظری مشروطه‌سازی حقوق خصوصی در حقوق اروپا

صاحب‌نظران غربی، سه چالش نظری مهم را در نتیجه‌ی مشروطه‌سازی حقوق خصوصی، مطرح کرده‌اند که با توجه به میزان اهمیت و تبعات ناشی از پذیرش هر یک، ذیلاً به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. بازتعریف حقوق و تعهدات مدنی در نتیجه تطبیق آنها با اصول حقوق اساسی

اولین و مهم‌ترین چالش پیش روی حقوق خصوصی این است که قواعد حقوق خصوصی باید با حقوق و اصول اساسی و کنوانسیون الزام آور حقوق بشر، منطبق شود. این نظر مستلزم تناسب کامل بین حقوق اساسی، که افراد را در مقابل سوء استفاده دولت از قدرت محافظت می‌کند و آن دسته از حقوق و منافع است که توسط حقوق خصوصی در بین افراد تأمین می‌شود؛ بنابراین ثبات و سازگاری با حقوق اساسی، ممکن است مستلزم اصلاح قواعد موجود حقوق خصوصی یا حتی ایجاد سبب جدیدی برای طرح دعوا شود؛ برای مثال وفق ماده ۸ از منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا هر شخصی حق محافظت از داده‌های شخصی را دارد. اگر شخصی در مقابل سوء استفاده از داده‌های محرمانه مورد حمایت دولت قرار گیرد، به منظور نیل به سازگاری و ثبات، همین حمایت می‌بایست در مورد یک فرد در مقابل یک شخص خصوصی دیگر مانند کارفرما، ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی، یا یک کارگزار فروش بلیط نیز اعمال شود، حتی اگر آن ثبات موجب ایجاد سبب جدیدی برای طرح دعوا در ورود خسارت، یا دفاع نوینی در مقابل افشای اطلاعات شود. کسانی که آگاهی کامل از این چالش پیدا کرده‌اند، نگران هستند حقوق بشر، بر کل حقوق خصوصی سیطره یابد و موجب بازسازی اساسی و درهم گسیختگی قواعد و اصول موجود آن شود.

در دوران معاصر، بیشتر قوانین اساسی و منشورهای حقوق، فراتر از حقوق مدنی و سیاسی رفته و از حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی حمایت می‌کنند؛ برای مثال منشور حقوق اساسی

اتحادیه اروپا، حق بر کار^۱ و آزادی انجام کسب و کار را مطرح می‌کند.^۲ در محدوده حقوق اتحادیه اروپا، الزام به رعایت چنین حقوقی ممکن است حقوق خصوصی را در مسیرهای جدیدی هدایت کند. دادگاه اتحادیه اروپا اظهار نظر کرده است که آزادی انجام کسب و کار، فرضی را به نفع آزادی قرارداد ایجاد می‌کند، به این صورت که باید دلایل خوب و مناسبی برای هرگونه محدودیت قانونی بر حق مذاکره درباره شرایط قرارداد وجود داشته باشد (Weatherill, 2014, p.167).^۳

تطبیق حقوق خصوصی با حقوق اساسی ممکن است انواع منافعی را که توسط حقوق خصوصی تأمین شده، بازتعریف کند، درحالی‌که حقوق خصوصی تاکنون به‌طور عمده ضررهای مادی مانند صدمه به شخص و دارایی و خسارت مالی را مورد توجه قرار داده است، مداخله حقوق بشر غالباً درباره ضررهای مربوط به شأن، عزت نفس، جایگاه اجتماعی و برابری است. حقوق قراردادهای به‌طور سنتی تمایلی به حمایت از منافع غیر مادی یا غیر مالی نداشته است.^۴ مرز بین منافع مادی و غیر مادی در حقوق قراردادهای، ممکن است به واسطه تطبیق حقوق قراردادهای با حقوق اساسی به چالش کشیده شود. برای نمونه در آلمان پرونده ای^۵ در رابطه با دختری مطرح شده است که ضمانت وامی را نسبت به کسب و کار پدرش بر عهده گرفته است.^۶ باتوجه به اوضاع و احوال دختر، هرگز احتمال تمکن وی جهت تضمین دین وجود نداشت یا دست‌کم اگر برای بازپرداخت وام تلاش می‌کرد، به فقر و تنگدستی برای باقی عمرش دچار می‌گردید. دادگاه قانون اساسی آلمان رأی داد که دادگاه‌های حقوق خصوصی با رها نکردن او از قید این تعهد حقوقی، در احترام شایسته به شأن این دختر قصور کرده‌اند. به‌عبارت‌دیگر او ممکن است با این معامله، بدون

1. CFREU Article 15: Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation.
2. CFREU Article 16: The freedom to conduct a business in accordance with Union law and national laws and practices is recognised.
3. Case C_426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd* [2013] ICR 1116, [2014] 1 CMLR 21; S Weatherill, 'Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of "Freedom of Contract"' (2014) 10 *European Review of Contract Law* 167.
4. *Farley v Skinner* [2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732.
۵. پرونده‌ای که به‌عنوان *بورگه* (ضمانت) از آن یاد می‌شود و اولین موردی است که تحت لوای اندیشه حمایت از حقوق بشر در روابط خصوصی تصمیم‌گیری شده است.
6. *Burgschaft*, BVerfG 19 October 1993, BVerf 89, 214.

اکراه و اعمال نفوذ ناروا موافقت کرده باشد و شروط معامله ممکن است به خودی خود منصفانه باشند، اما همچنان زمینه برای به چالش کشیدن اعتبار این معامله وجود داشته است؛ زیرا این معامله در جامعه‌ای که به شأن انسان احترام می‌گذارد، مناسب نیست.

چندین تصمیم دیگر نیز از جانب دادگاه‌های آلمان به تواتر اتخاذ شده است که تأمین منافع غیر مادی و شخصیتی را در روابط خصوصی تبیین می‌کند. در موردی عکس خواهان که در ارتباط با مواد مخدر منتشر شد، باعث شد که او علیه توزیع‌کننده عکس اقامه دعوا کند. بر اساس حقوق خصوصی آلمان، خواهان در چنین شرایطی در صورتی مستحق دریافت خسارت است که بتواند ثابت کند متحمل ضرر مالی شده است. اگر چه این نوع از ضرر ثابت نشد، دیوان عالی بر این باور بود که خواهان مستحق دریافت خسارت است؛ زیرا حق اساسی اش بر شأن و رشد و توسعه شخصی و خصوصی نقض شده بود (BGHZ 26, 349). همین نتیجه را در حقوق ایران نیز می‌توان به استناد مواد ۱، ۸ و ۱۰ از قانون مسئولیت مدنی (حقوق مربوط به شخصیت) پذیرفت.

هرچند دادگاه اروپایی حقوق بشر، در مواردی، ناقض حقوق بشر را به پرداخت مبالغ متعادل پول محکوم کرده است (Collins, 2014, p.6)، اما، به‌طور کلی، جهت تعیین میزان خسارت وارده در اثر نقض حق‌های بنیادین بشری، ضابطه‌ای دقیق در دست نیست. پیش‌بینی حق فسخ برای متضرر، الزام ناقض حقوق بنیادین به انعقاد قرارداد با زیان دیده و همچنین پرداخت پول به متضرر را می‌توان از روش‌های جبران خسارت دانست. چنانکه در ژاپن، کارفرمایی که به دلایل سیاسی، قرارداد با کارگرس را تمدید نکرد، ملزم به تجدید قرارداد شد. طبق رأی دادگاه تجدیدنظر پرسش‌های کارفرما در ارتباط با فعالیت‌های سیاسی، عبارات ۱۴ و ۱۹ از قانون اساسی ژاپن را که اصل برابری و آزادی بیان را به رسمیت می‌شناسد، نقض کرده است. چون سؤالات غیرقانونی بود، عدم تجدید قرارداد نیز غیرقانونی بود (Trstenjak, 2017, p.10).

۳-۲. بازطراحی ساختار حقوق خصوصی

چالش دوم عمیق‌تری در پیشنهاد اعمال حقوق اساسی در حقوق خصوصی، وجود دارد. این چالش، طرح موجود مربوط به ارکان اصلی نظام حقوقی لیبرال را زیر سؤال می‌برد. در واقع، چالش مذکور هم نسبت به نزاع سنتی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی مطرح می‌شود، هم نسبت به خودمختاری و استقلال نظام‌های حقوقی ملی.

اهداف کلی، شاخه‌های مختلف حقوق خصوصی را در مسیری هدایت نموده که غیر از مدل‌های ساده ناشی از عدالت ترمیمی است. برای نمونه در حقوق خسارت، نگرانی‌ها درباره مسئولیت اجتماعی به توسعه تکنیک‌هایی مانند مسئولیت مؤسسات یا مسئولیت نیابتی،^۱ مسئولیت عینی و بیمه اجباری منتهی شده است. هنگامی که حقوق خصوصی به‌عنوان ابزار دیگر قانونگذاری جهت تأمین اهداف اجتماعی شناخته شود، این موضوع واضح‌تر می‌شود که مانند سایر نهادهای قدرت که توسط عوامل دولت انجام می‌شود باید تابع موانع و محدودیت‌های اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر باشد (Collins, 2011, p.2).

از آنجایی که حقوق بنیادین به‌طور سنتی به‌عنوان بخشی از حقوق عمومی یا حقوق اساسی تلقی شده، الحاق و معرفی آنها به حقوق خصوصی، سؤالاتی را در باب تمایزی که نوعاً بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی طراحی شده است، مطرح می‌کند. پیشنهاد تطبیق حقوق خصوصی بر حقوق اساسی به‌نظر می‌رسد اساسی‌سازی حقوق خصوصی را در این جهت هدایت کند که حقوق خصوصی تابع حقوق اساسی و چه بسا به‌عنوان اقتباس شده از آن و منشور حقوقش تلقی شود. مشروطه کردن حقوق خصوصی به «قانون اساسی جامع» (Total Constitution) ملقب شده است که بر اساس آن هر نزاع حقوقی می‌بایست در نهایت با ارجاع به حقوق بنیادین مرتفع شود (Kumm, 2006, p.341).

۳-۳. تجدیدنظر در نظم لیبرال دارندگان وظیفه

چالش سوم مشروطه‌سازی حقوق خصوصی این است که چه کسی می‌تواند با توجه به حقوق بنیادین، وظیفه احترام به حقوق اساسی را بر عهده داشته باشد؟ در زمینه حقوق عمومی، فرد یا شهروند، دارنده حق است و دارنده وظیفه - نهادی که ملزم به احترام و تأیید حق اساسی است - همواره عضوی از دولت است. در مقابل، در زمینه یک نزاع حقوق خصوصی اگرچه فرد یا شهروند، صاحب حق احترام به حقوق اساسی باقی می‌ماند، اما دارنده وظیفه احترام به حقوق مذکور، شخص حقیقی یا حقوقی طرف دعواست که شخصی خصوصی محسوب می‌شود؛

۱. مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری یکی از ابعاد و آثار اجرای حقوق بشر در روابط خصوصی است که با مسئولیت‌های سنتی پیش‌بینی شده در ساختار حقوق خصوصی متفاوت است و نتیجه مشروطه‌سازی حقوق خصوصی در شاخه حقوق شرکت‌ها محسوب می‌شود.

در نتیجه اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی نیز ملزم خواهند بود در روابط خود با اشخاص خصوصی دیگر، حقوق بنیادین را رعایت کنند؛ بنابراین مشروطه‌سازی حقوق خصوصی، با ملزم کردن اشخاص خصوصی به تأیید و احترام به حقوقی که پیش از این فقط در مقابل دولت اجرا می‌شد، ولی اکنون در مقابل اشخاص دیگر نیز می‌تواند اجرا شود، وظایف آنها را افزایش می‌دهد و به صورت بالقوه در آزادی یا استقلال آنها مداخله می‌کند. علاوه بر این، مکلف نمودن یک شخص به احترام گذاشتن به حقوق اساسی دیگری، ضرورتاً موجب محدود نمودن آزادی و استقلال او خواهد شد؛ زیرا، اگر فردی ملزم باشد آزادی اراده دیگری را محترم بشمارد، ضرورتاً آزادی خودش نیز محدود می‌شود، چرا که رعایت آزادی دیگران مستلزم محدودیت آزادی دارنده وظیفه است.^۱

تحمیل وظیفه بر فرد، جهت رعایت و چه بسا حفاظت حقوق اساسی، به نظر می‌رسد بیانگر تغییری چشمگیر در محاسبات الگوی لیبرال درباره رابطه بین شهروندان باشد. چرا که، مفهوم سنتی آزادی یا آزادی منفی، بر این باور است که ما می‌توانیم آنگونه که می‌خواهیم زندگی کنیم، مشروط به اینکه به دیگران به طرق مختلف مادی، ضرر وارد نکنیم. اگر ما ملزم هستیم که به نوعی رفتار کنیم که به حقوق اساسی دیگران احترام بگذاریم، در این صورت به معیارهای کمال‌گرایانه‌تری ملزم خواهیم بود.

۴. تأثیر مستقیم و غیرمستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

مؤلفان، چند مدل مختلف در مورد نحوه‌ی تأثیر و نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی مطرح کرده‌اند که مهم‌ترین آنها دوروش تأثیر مستقیم و غیرمستقیم است که در ادامه به صورت موجز تبیین می‌گردد.

۴-۱. روش تأثیر مستقیم

تأثیر حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی می‌تواند عمودی^۱ یا افقی (موازی)^۲ باشد. تأثیر موازی

۱. آزادی هر کس محدود به آزادی دیگران است و تلافی آزادی اشخاص با یکدیگر، لزوماً محدودیت آن را در پی خواهد داشت

۲. روابط بین دولت و مردم.

۳. روابط بین اشخاص خصوصی با یکدیگر.

حقوق بنیادین می‌تواند مستقیم یا غیرمستقیم باشد. بر اساس مدل تأثیر مستقیم، حقوق بشر نه تنها از فرد در مقابل دولت، بلکه در مقابل اشخاص غیر دولتی نیز حمایت می‌کند. در این شیوه از تأثیر، حقوق اساسی به‌طور مستقیم اشخاص خصوصی را ملزم می‌سازد و آنها می‌توانند در روابط فیما بین به این حقوق استناد کنند و چنانچه یکی از طرفین، حقی اساسی را نقض کند، طرف دیگر می‌تواند مستقیماً بر مبنای این حق، اقامه دعوا کند یا به دفاع از خود برخیزد (Cherednychenko, 2007, p.5).

۴-۲. روش تأثیر غیرمستقیم

تأثیر موازی غیرمستقیم مشتمل بر قابلیت اعمال یک حق بنیادین از طریق تأثیر بر تفسیر قواعد حقوق خصوصی است؛ بنابراین قواعد حقوق خصوصی مانند عبارات کلی «اخلاق حسنه» و «حسن نیت» در پرتوی یک حق بنیادین تفسیر و اعمال می‌شوند (Kumm, 2006, p.29). به عبارت دیگر حقوق بشر اساسی به خودی خود در حقوق خصوصی نفوذ نمی‌کند، بلکه این مهم، با اعطای مفهومی نوین و بدیع به اصول و قواعد حقوق خصوصی محقق می‌شود؛ برای مثال اگر «الف» از فروش محصولاتش به «ب» به‌عنوان یک زن امتناع کند، ممکن است در مقابل آن زن به‌علت فقدان حسن نیت در انجام مذاکرات، مسئول باشد؛ زیرا، حسن نیت در معاملات، ایجاب می‌کند فروشنده، محصولات خود را، همان‌طور که در معرض دید همگان قرار داده، به هر خریداری فارغ از جنسیت، مذهب و نژاد او بفروشد.

۵. توجیه چالش‌ها در نظام‌های حقوقی اروپایی با استناد به روش تأثیر غیرمستقیم

در پاسخ به سه چالش مورد نظر در حقوق اروپا، معمولاً گفته می‌شود این مشکلات جدی نیستند؛ زیرا در عمل، در رابطه با حقوق خصوصی، دادگاه‌ها همواره از روش تأثیر غیرمستقیم موازی استفاده می‌کنند. بر اساس این روش، نقش حقوق اساسی صرفاً راهنمای جهت و مسیر تفسیر قوانین و اصول مشترک حقوقی است که انطباق آنها را با حقوق اساسی تضمین کند. بر اساس این الگو، حقوق اساسی بیشتر جهت‌مسیر را به حقوق خصوصی نشان می‌دهد تا الزام برای یک بازسازی یا تجدیدنظر اساسی.

بنابراین بر اساس روش تأثیر غیرمستقیم، این چالش که الزامات مشروطه‌سازی حقوق خصوصی، منحل به قواعد و اصول مسلم حقوق خصوصی خواهد بود، کم رنگ می‌شود؛ زیرا اصولاً این روش، ایجاد اسباب جدید دعوا را تجویز نمی‌کند و صرفاً تکامل اسباب موجود دعوا را سبب می‌شود. در واقع، در روش تأثیر غیرمستقیم، بازنویسی قانون از طریق حذف مقررات قانونی و تصویب مقررات جدید موافق با قانون اساسی مجاز نمی‌شود، همچنانکه به دادگاه‌ها اجازه نمی‌دهد در جایی که تا پیش از این اساساً سببی برای دعوا نبوده است، اسباب جدید برای دعوا خلق کنند. رعایت این خط قرمز توسط محاکم، خطر اختلال جدی نسبت به مقررات حقوق خصوصی در نتیجه مشروطه‌سازی را کاهش می‌دهد.

در ارتباط با چالش دوم، یعنی نگرانی درباره بازسازی حقوق خصوصی یا از بین رفتن تمایز بین حقوق عمومی و خصوصی، روش تأثیر غیرمستقیم، حفظ مرز ظریف بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی را تضمین می‌کند. بر اساس این دیدگاه، حقوق اساسی هرگز وارد قلمرو حقوق خصوصی نمی‌شود. بلکه صرفاً دادگاه‌ها، به‌عنوان یک شخص عمومی، به تفسیر مقررات مطابق با حقوق اساسی می‌پردازند. جهت تأمین این امر ضروری، دادگاه‌ها نه تنها باید الزامات شکلی مانند حق بر محاکمه منصفانه را رعایت کنند، بلکه باید تضمین کنند که تفسیر آنها از قانون، مطابق با الزامات حقوق اساسی است.

شیوه تأثیر غیرمستقیم، به چالش مربوط به شهروندان خصوصی به‌عنوان دارندگان وظیفه در ارتباط با حقوق اساسی نیز پاسخ می‌دهد. بر اساس نظریه تأثیر غیرمستقیم حقوق اساسی، افراد و سازمان‌های خصوصی هرگز تابع وظیفه رعایت حقوق اساسی در روابط بین خود نیستند. تنها وظیفه آنها این است که موافق حقوق خصوصی عمل کنند. بر اساس الگوی تأثیر غیرمستقیم، دادگاه‌ها تنها دارندگان وظیفه هستند. بر این اساس، حقوق اساسی ممکن است به گونه‌ای ضعیف بر محتوای حقوق و تکالیف مقرر در حقوق خصوصی تأثیر بگذارد، ولی این به معنای ملزم نمودن اشخاص خصوصی به رعایت حقوق اساسی در روابط خصوصی نیست، بلکه صرفاً راهنمای عمل دادگاه‌ها در تصمیمات قضائی است.

۶. تبیین مسئله در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه

آنچه تا کنون مطرح شد، راجع به جایگاه مسئله‌ی مورد نظر در حقوق غرب و اروپا بود، و لازم

است جایگاه این مسئله در حقوق ایران و صبغه ی فقهی آن، که هدف از پژوهش حاضر می باشد، نیز روشن شود.

۶-۱. فقه مقاصدی و نظارت حکومت اسلامی بر مقاصد شریعت

یکی از شاهراه‌هایی که با استناد به آن می‌توان ارزش‌های حقوق بشری را در نظام حقوقی اسلام وارد و حاکم کرد، توجه به مقاصد شریعت یا همان فقه مقاصدی است. علم مقاصد شرعی، علمی است که در پیوند با تشریح قرار دارد و از اهداف کلی یا هدف‌های عمومی مورد توجه آن در عموم یا انواع بسیاری از این احکام، سخن می‌گوید. از اهداف این علم می‌توان به کمک به شناخت حکم مسایل نوپدید، اشاره کرد (تسخیری، ۱۳۸۸، ص ۱۱). برخی پژوهشگران معتقدند مسئله حقوق بشر «محور مقاصد شریعت» به شمار می‌رود و تأکید می‌کنند که بزرگ‌ترین ارزش حقوق انسان در احترام به «اراده آزاد» و «خرد شاخص» اوست و سلب اراده [آزادی]، از سر بردن نیز بدتر است (عمر عبید حسنه، ص ۱۸، به نقل از: تسخیری، ۱۳۸۸، ص ۱۱). به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین وظایف حکومت اسلامی نظارت بر مقاصد شرع و تضمین آن است. به طور مثال اگر معلوم شود، «حفظ کرامت انسانی» و «شان انسانی» و مواردی از این دست، در زمره اهداف عالی‌ه و راهبردی شریعت اسلامی قرار دارد، حاکم اسلامی باید حراست از این دسته حقوق اولیه و بنیادین را ذیل مقررات و احکام فرعی نیز تضمین و در همین راستا، از زیان دیده حمایت کند.

۶-۲. نقش قاعده لاضرر در جذب حقوق بنیادین در روابط خصوصی

مهم‌ترین قاعده فقهی که از طریق آن می‌توان به جذب و حتی حاکمیت ارزش‌های حقوق بشری در نظام حقوقی اسلام، نائل شد، قاعده «لاضرر» است.^۱ زیرا معنای ضرر در این قاعده و همچنین مبنای وضع آن، در راستای حفظ ارزش‌های بنیادین انسانی تکوین یافته است. علاوه بر این، طرفین رابطه‌ای که بستر وضع این قاعده است، اشخاص خصوصی هستند و طرف خطاب پیامبر، شخص خصوصی است نه حکومت، که این وضعیت، اعمال حقوق بشر در روابط

۱. در مورد روایت پیامبر گرامی اسلام در خصوص قضیه سمره که منشأ قاعده لاضرر محسوب می‌شود ر.ک: کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامية)، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۵، ص ۲۹۴.

خصوصی در ساختار حقوقی اسلام را تقویت می‌کند.

فارغ از مطالبی که در کتب فقهی در مورد معنای «لا» در این قاعده بیان شده، آنچه در این مجال مطمح نظر است، معنای ضرر و گستره آن است. آیا ضرر صرفاً شامل ضررهای مادی و بدنی است یا ضررهای مربوط به سلب شخصیت و نفی آزادی و اعتبار و تحمل درد و رنج و تحقیر را نیز شامل می‌شود؟ در پاسخ، نباید تردید کرد که مفاد ضرر در این قاعده به زیان‌های معنوی نیز تسری می‌یابد و حتی می‌توان قائل به اولویت زیان‌های معنوی نسبت به ضررهای مادی در این قاعده شد؛ زیرا، ملاحظه معانی لغوی ضرر^۱ و بررسی شأن صدور این قاعده، نشان می‌دهد آنچه مطمح نظر شارع مقدس بوده، در واقع، تأمین آبرو، اعتبار و حفظ حریم خانوادگی متضرر بوده است.^۲ در نتیجه حفظ حریم خصوصی که خود از ارزش‌های اساسی و حقوق بنیادین بشری محسوب می‌شود، مبنای منشأ تأسیس «قاعده لاضرر» است (قنوتی و جاویر، ۱۳۹۳، ص ۱۳۶)؛ بنابراین قاعده لاضرر از منشأ و مبنایی کاملاً حقوق بشری برخوردار است و دایره شمول این قاعده علاوه بر صدمه‌های مادی، به طریق اولی، به زیان‌های معنوی و «هتک عرض» نیز گسترش می‌یابد.^۳

۶-۳. اولویت حقوق بنیادین بر دیگر حقوق به استناد قاعده لاضرر

باتوجه به مطالبی که عنوان شد، می‌توان عنوان ضرر در «قاعده لاضرر» را درگاهی برای جذب حقوق بنیادین در فقه و حقوق اسلامی به شمار آورد؛ بنابراین ارزش‌هایی مانند آزادی، منع تبعیض

۱. در این راستا می‌توان به معانی ضیق و شدت و سوء حال و نقص در مال، جان و آبرو، اشاره کرد (جوهری، الصحاح، ۲، ۱۴۰۷، ۷۲۰؛ فیروزآبادی، القاموس المحيط، ۲، ۱۴۱۲، ۷۵).

۲. در ماجرای سمره، پیامبر گرامی اسلام پس از صحبت با شخص مزاحم و در راستای اقناع او و برقراری مصالحه بین طرفین، نهایتاً به علت عناد و سوء نیت مزاحم، دستور به قلع درخت او از حیاط صاحب خانه صادر می‌کند. یکی از عللی که صاحب خانه هنگام اقامه دعوا نزد پیامبر مطرح می‌کند، مخدوش شدن حرمت خانواده و اعتبار و آبروی او بود که به واسطه سرکشی گاه و بی‌گاه مالک درخت، برای وی ایجاد می‌شد.

۳. برخی صاحب‌نظران دامنه قاعده «لاضرر» را وسیع‌تر از اصل «منع سوء استفاده از حق» دانسته و با وجود نهاد دینی و بومی لاضرر، تأسیس سوء استفاده از حق را عاریتی تلقی نموده‌اند (کریجی و شعبانی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۵). هرچند قاعده لاضرر، اصل منع سوء استفاده از حق را نیز پوشش می‌دهد، اما اصل انگاری آن در قانون اساسی، قابل دفاع به نظر می‌رسد؛ زیرا این اصل، نمود حقوقی یک قاعده فقهی بوده و از معنای روشن‌تری نیز نسبت به قاعده لاضرر برخوردار است.

و حق بر حریم خصوصی، با توسل به قاعده پیش‌گفته در روابط قراردادی نمود می‌یابد، اما صرف امکان جذب و جریان حقوق بنیادین در روابط خصوصی با استناد به قاعده لاضرر، مسئله را حل نمی‌کند؛ زیرا مسئله اصلی، حمایت از حقوق بشر اساسی در روابط خصوصی از جمله قرارداد است؛ برای مثال اگر کارفرما یکی از کارگزارانش را صرفاً بدین جهت که او گرایش سیاسی خاصی دارد که مخالف گرایش سیاسی کارفرماست، اخراج کند، قاضی چگونه می‌تواند حق کارگر را در چنین موردی استیفاء نماید؟ قائل شدن به جریان حقوق بشر، از جمله اصل منع تبعیض، در نظام حقوقی، بدون در اختیار داشتن مبانی نظری و راهکارهای قاعده مند، مشکل را حل نمی‌کند. استدلال و اجتهاد، جزء لاینفک آرای قضایی است؛ بنابراین باید مبانی نظری و تحلیلی مشخصی ملاک اصدار رأی قرار گیرد. لذا ضروری است به این جهت قضیه نیز رویکردی هوشمندانه داشته باشیم و از فحوای قواعد فقهی راهکاری دقیق و ضابطه مند به دست دهیم. در این راستا، به نظر می‌رسد قاعده لاضرر از دو جهت، ظرفیت لازم جهت رفع مسئله مورد نظر را داشته باشد؛

نفی و اثبات حکم با استناد به قاعده لاضرر: مشهور فقهاء نفی حکم ضرری را قبول دارند و بر این نظر هستند که قاعده لاضرر حکمی را که مشتمل بر ضرر برای شخص باشد، مرتفع می‌کند، ولی اثبات حکم با توسل به قاعده لاضرر، اجماعی نیست، بلکه مشهور آن را قبول ندارند. یکی از استادان حقوق مدنی در این رابطه می‌نویسد: «... بیشتر کسانی که حکم ضرری را منفی می‌دانند، قاعده لاضرر را حکم اثباتی نمی‌بینند و برای اثبات ضمان قهری کافی نمی‌شناسند.^۱ با وجود این، به نظر می‌رسد که تدارک ضرری که وارد شده از فروع و لوازم نفی حکم ضرری باشد؛ زیرا، هدف اصلی جبران زیان است و رفع حکم ضرری نیز، به‌عنوان یکی از وسایل جبران ضرر، مورد استفاده واقع می‌شود. باقی گذاردن منبع ضرر نیز در حکم رضای شارع به ورود آن در آینده است؛ امری که در حدیث لاضرر نفی شده است: چنانکه در قضیه سمره‌بن جندب نیز پیامبر قاعده لاضرر را، به‌عنوان مقدمه و دلیل صدور حکم بر قلع درخت خرما، اعلام فرمود. به بیان دیگر، اعلام «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» سبب حکم و دستور قلع درخت، منطوق حکم پیامبر است و این دو جزء باهم ملازمه دارد. در زمینه قراردادها نیز نفی لزوم از پیمان ضرری به حکم استفاده از خیار فسخ

۱. میرزا نائینی و شیخ موسی خونساری، منیه الطالب، ج ۲، ص ۲۱؛ این مؤلفان به صراحت می‌نویسند که اگر قاعده لاضرر بتواند وجود حکمی را ثابت کند، لازم می‌آید که فقه جدیدی تأسیس شود و هر خسارت از بیت المال یا از اغنیاء تدارک گردد (همان کتاب، ۲۹۴؛ به نقل از کاتوزیان، مسئولیت مدنی، ج اول، ۱۴۲).

منتهی می شود و در شفعه به تملک قهری مال شریک از خریدار آن می انجامد. وانگهی، محدود ساختن قلمرو اجرای قاعده لاضرر به نفی احکام، از نقش اجتماعی آن در اجرای عدالت به شدت می کاهد و نهادی را که می تواند پایه اصلی همزیستی در اجتماع و جمع منافع و آزادیها باشد در حصار از احتیاط و سنت گرایی زندانی می کند. پس، از این دیدگاه نیز باید از سیاست مشهور چشم پوشید و از تأسیس فقه جدید نهراسید.^۱ هیچ کس منکر این واقعیت نیست که همه ضررها را نمی توان جبران کرد و عادلانه هم نیست که آثار لغزش و غفلت کسی بیهوده بر دوش دولت یا توانگران نهاده شود. هدف از جبران خسارت، ضرری است که ناروا زده شده و عادلانه است که جبران شود. این چهارچوب در مفاد قاعده به حکم عقل مستتر است و نیازی نیست که برای دستیابی به آن، قاعده را از محتوای خود خالی کنیم...» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲-۱۴۳). علاوه بر مطالب پیش گفته، باید از کسانی که با جنبه اثباتی قاعده لاضرر مخالف هستند، پرسید، چه جایگزینی برای قاعده لاضرر جهت جبران خسارات و ضررهای نامشروعی که مشمول قواعد سنتی مانند اتلاف و تسبیب، نمی شوند، پیشنهاد می کنند، مخصوصاً اگر صرف استناد عرفی ضرر به رفتار عامل زیان بار را مبنای مسئولیت فاعل تلقی کنیم. چنانچه حقوق بنیادین مثل حرمت و کرامت انسانی به وسیله احکام اولیه در معرض هتک قرار گیرد و اجرای احکام و قواعد در تعارض با حقوق یاد شده قرار گیرد، نه تنها این احکام محکوم به عدم اجرا خواهد بود؛ بلکه در صورت اجرا به دلیل بقای ضرر و ضرورت دفع ضرر به وجود آمده، مسئولیت جبران خسارت نیز بر مبنای لاضرر قابل پذیرش است.

حاکمیت قاعده لاضرر بر سایر ادله: مفاد قاعده لاضرر، به ویژه اگر نفی حکم ضرری باشد، بر دلایل سایر احکام حکومت دارد: بدین معنا که، هر گاه بین اجرای حکمی با این قاعده تعارض ایجاد شود، باید لاضرر را حاکم دانست: چنان که، در مقام تعارض تسلیط و لاضرر، باید از اختیار مالک کاست تا ضرری به همسایه نرسد، مگر اینکه تصرف به منظور رفع ضرر یا رفع حاجت مالک باشد (ماده ۱۳۲ق.م.). همچنین جبران ضرر ناروا در قراردادها نیز بر حکم لزوم وفای به عهد چیره می شود و به زیان دیده اختیار می دهد تا گریبان خویش رها سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳-۱۴۴). بنا به تصریح اصولیان، قاعده لاضرر، قاعده نفی حرج و سایر ادله مربوط به عناوین

۱. در تمایل به تأیید این نظر در فقه، ر.ک: سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرر، ص ۱۹۳ به بعد؛ به نقل از همان منبع،

ثانوی، مانند ادله نفی اضطرار و اکراه، بر ادله احکام اولیه مقدم می‌شود و این تقدم از باب حکومت است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۴-۱۵۵).

باتوجه به دو اصلی که در مورد قاعده لاضرر بیان شد و با عنایت به مبانی فقه مقاصدی، می‌توان چنین استنتاج کرد که هر توافقی که در قالب قرارداد نمود یابد و به موجب آن کرامت ذاتی انسان مخدوش شود، اگرچه ممکن است به نظر برسد وجود قرارداد، مجرای قاعده اقدام و مقدم بر جریان لاضرر باشد، اما به دلیل عدم امکان تصرف در حوزه حیثیت معنوی، کرامت و شأن انسانی، امکان دخالت اراده انشایی در این باره وجود ندارد و حسب مورد اصل توافق یا شروطی که متضمن چنین مفادی باشند از درجه اعتبار ساقطاند (قنوتی و جاو، ۱۳۹۰، ص ۱۶)؛ برای مثال چنانچه طرفین قرارداد اجاره توافق کنند که مستأجر حق دعوت کردن خانواده خود را به ملک موضوع عقد اجاره ندارد و مستأجر نیز قبول کند، این شرط نافذ نبوده و از درجه اعتبار ساقط است؛ زیرا در نتیجه آن، علاوه بر اینکه یکی از تبعات حق مالکیت مستأجر بر منافع ملک، نادیده گرفته شده، یکی از حقوق انسانی وی که حق بر تعامل و ارتباط با خانواده خویش است نیز، نقض شده است. به‌عنوان نتیجه، می‌توان گفت که نظام حقوقی اسلام و فقه امامیه با تقویت منشأ اجتماعی قرارداد، محتوای اجتماعی بیشتری به توافقات قراردادی اعطاء کرده و از این طریق، کرامت انسان را تأمین و حقوق بنیادین را در روابط خصوصی و قراردادی جذب می‌کند.^۱

۶.۴. حقوق بشر، معیاری برای حل تزاخم و تعارض حقوق

ممکن است در عمل، بین دسته‌های مختلفی از حقوق و احکام قانونی، تنافی به وجود آید. در جایی که تنافی، حسب تشخیص، ماهیتاً، تزاخم تلقی شود، اگر در احکام متزاخم ترجیحی در کار نبوده و همه برابر و به اصطلاح متعادل باشند، شخص در انتخاب هر یک از آن‌ها مخیر است؛ اما اگر یکی از احکام بر دیگری مرجح باشد، در اجرا بر دیگری مقدم می‌شود و در نتیجه با اجرای آن، محلی برای اجرای دیگری باقی نمی‌ماند. به منظور تشخیص حکمی که در مقام اجرا، مقدم و

۱. باید توجه داشت قواعد دیگری مانند قاعده عدالت، برابری و قاعده تعاون نیز می‌تواند در این راستا مورد استناد قرار گیرد. همچنین مباحثی که فقها و برخی صاحب‌نظران در خصوص نهاد حسبه و کارکرد و مبانی آن در ارتباط با عرصه خصوصی مطرح کرده‌اند، در راستای جذب حقوق بنیادین در روابط خصوصی اشخاص، قابل بهره برداری است. برای مطالعه در این خصوص ر.ک: محمد پزشکی، عرصه عمومی و خصوصی در فقه شیعه، ۱۳۹۴.

مرجح است، از ضوابطی استفاده می‌شود و این ضوابط و معیارها کمک می‌کند تا یکی از دو حکم متزاحم برای اجرا انتخاب شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۱۴۳). بیشترین معیارهایی که به منظور تشخیص حکم مرجح در باب تزاحم بیان شده است، در مباحث فقهی کاربرد داشته و در تزاحم احکام، حقوق موضوعه قابلیت بکارگیری و حل مسئله را ندارند، اما ضابطه اصلی در این باب، ضابطه اهمیت بوده که بر اساس آن در تزاحم میان دو حکم، آن که مهم‌تر است بر دیگری مقدم شده و به اجرا در می‌آید که در تزاحم احکام موجود در قوانین موضوعه نیز قابل استفاده است؛ یعنی اگر یکی از دو حکم متزاحم، مهم‌تر از دیگری باشد، باید حکم اهم را بر مهم مقدم داشت. این قاعده حکم عقل است (مظفر، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۵ / خویی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۴۳۵) و در فقه و حقوق نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

البته منظور از اهمیت در اینجا، اهمیت در نزد عرف یا اهمیت در جامعه و غیره نیست، بلکه منظور از اهمیت تکلیف‌ا‌هم، آن است که از دید قانونگذار آن تکلیف مهم‌تر باشد و در هنگام ناممکن شدن اجرای همزمان دو قانون، آن تکلیف را بر دیگری مقدم کند (عشایری منفرد، ۱۳۹۲، ص ۵۷)؛ یعنی در تزاحم مورد بحث، باید معلوم شود، از دید قانونگذار، کدام یک از این دو نسبت به دیگری از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و باید برای اجرا مقدم داشته شود. به طور طبیعی، در مقام تنافی بین حقوق اساسی و بنیادین و سایر جلوه‌های حق، حقوق بنیادین در این سلسله مراتب، مقدم می‌شود (فتواتی و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۴۷ / قربان‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۲۸-۳۴)؛ در نتیجه چنانچه برای مثال حق مالکیت با حق بر حریم خصوصی تعارض یا تزاحم یابد، در هر صورت، حق بنیادین بشری مقدم می‌شود.

۶.۵. جایگاه نظم عمومی در جذب حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی

یکی از معیارهای مهم نظام‌های حقوقی در توجیه مداخلات دولت در حوزه حقوق خصوصی و کنار زدن حاکمیت اراده، مفهوم «نظم عمومی» است. قانونگذار ایران در ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اجرای قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه یا مخالف با نظم عمومی باشد، ممنوع کرده است. مسئله این است که آیا می‌توان به استناد نظم عمومی، حقوق بشر را در حقوق خصوصی جذب کرد و با ناقض آن به مقابله پرداخت؟ در پاسخ، ابتدا باید تعریفی مشخص و دقیق از این مفهوم به دست داد. این سؤال بدان جهت اهمیت دارد که برخی از صاحب‌نظران داخلی و

خارجی، امکان ارائه تعریفی دقیق از این مفهوم را ممتنع می‌دانند و با استناد به عواملی مانند فقدان بنیان در تعیین مصداق، فقدان ارکان و عناصر، گستردگی و ظرافت مفهوم نظم عمومی، عدم وجود مفهوم ثابت، تعدد و تکثر مصادیق، از تعریف مفهوم مذکور باز مانده‌اند.

در همین راستا، برخی پس از طرح مباحث مختلف و بیان ادله مخالفان و موافقان امکان تعریف مفهوم نظم عمومی، با تبیین رویکرد تکوینی (نظریه نوعی) و رویکرد تشریحی (نظریه شخصی یا نظم اخلاقی) به مفهوم نظم عمومی و نسبی دانستن مفهوم آن، در نهایت قائل به امکان و ضرورت تعریف نظم عمومی شده و نظم عمومی را همان حالت ترتیب موجود در نهادهای حقوقی جامعه دانسته‌اند که حقوق موضوعه برای آن ضمانت اجرا تعیین کرده است (مدنیان و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۱۳۳-۱۵۰). برخی دیگر از صاحب‌نظران، نظم عمومی را مفهومی اجتماعی معرفی کرده و برآیند و نتیجه همه قواعد، نهادها و سازمان‌های اجتماعی را نظم عمومی تلقی نموده‌اند (کریم‌پور و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۳۲). به نظر اینان، نظم عمومی بر خلاف تصور برخی، نهاد یا کارکرد نیست؛ بلکه یک تعادل است که همه نظامات و نهادها باید به آن نائل شوند. به‌همین دلیل باید گفت، نظم عمومی یکی از ویژگی‌های اصلی نظام اجتماعی است. برخی از استادان حقوق مدنی نیز قوانین مربوط به «نظم عمومی» را قوانینی دانسته‌اند که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، برهم زند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۱-۵۲).

به نظر می‌رسد، مفهوم نظم عمومی، ظرفیت لازم جهت جذب حقوق بنیادین در حقوق خصوصی و مقابله با ناقض این حقوق را ندارد. چنانکه ملاحظه می‌شود، تعریف دقیق و جامعی از مفهوم نظم عمومی در دست نیست و این وضعیت، زمینه را برای اعمال نظرات شخصی قضات فراهم می‌کند تا مصادیق نظم عمومی را با تشخیصی سلیقه‌ای تعیین کنند. گذشته از این، در اغلب مواردی که ممکن است حقوق بشر اساسی در حقوق خصوصی نقض شود، مصالح اجتماعی یا منافع عمومی مخدوش نمی‌شود. مثال‌های ابتدای بحث را در نظر بگیرید؛ ضامنی که به علل احساسی ضامن یکی از اعضای خانواده اش شده و نهایتاً بانک، به دلیل نقض عهد مدیون، به طرفیت ضامن اقدام کرده و اجرائیه علیه او صادر شده است. سپس ضامن دادخواستی تقدیم دادگاه کرده و ابطال اجرائیه را به استناد مخالفت با نظم عمومی خواستار شده است. آیا دادگاه می‌تواند در این مورد، به نظم عمومی استناد کرده و عملیات اجرایی و قرارداد مبنای آن را باطل اعلام کند؟

کدام مصلحت یا نفع اجتماعی در اینجا مخدوش شده است؟ یا در مورد شرط عدم رقابت برای دوره‌ای چند ساله، آیا نامشروع بودن چنین شرطی، به جهت نادیده گرفتن منافع عمومی یا اخلاق حسنه است؟ به سختی می‌توان به این سؤالات، پاسخ مثبت داد. البته، تحت لوای روش تأثیر غیرمستقیم و اعطای مفاهیمی نوین به تأسیسات سنتی حقوق خصوصی، از جمله نظم عمومی، می‌توان حقوق بشر را در حقوق خصوصی جذب کرد و برای نمونه قرارداد ناقض حقوق بشر را که منجر به سلب مصالح عمومی و اجتماعی گردد (مانند قراردادهای کار و اجاره در برخی موارد)، باطل دانست، اما یقیناً نمی‌توان به استناد این مفهوم، ناقض حق‌های بنیادین را ملزم به انعقاد قرارداد با متضرر یا پرداخت خسارت به او کرد. هرچند عده‌ای، تلاش کرده‌اند الزام ممتنع به انعقاد قرارداد را با توسل به مفهوم نظم عمومی توجیه کنند، ولی باید توجه داشت که کاربری «نظم عمومی» در نقش مانع بروز می‌کند و نمی‌توان اثر ایجابی بر آن بار کرد؛ بنابراین باید ضابطه‌ای مشخص و دقیق ارایه شود که فارغ از مصالح عمومی و اجتماعی، حقوق بنیادین بشری را در روابط خصوصی جذب کرده و علاوه بر نقش سلبی، جنبه ایجابی نیز در برداشته باشد. همان‌طور که پیش‌تر بحث شد، قاعده فقهی «لاضرر» و همچنین اصل «منع سوء استفاده از حق» مقرر در اصل چهارم قانونی اساسی ج.ا.ا. واجد هر دو کاربری مذکور است و علاوه بر جذب حق‌های بنیادین بشری در نظام حقوقی ایران، از ظرفیت لازم جهت مقابله کامل با ناقض حقوق بشر در حقوق خصوصی نیز برخوردار است.

۶-۶. توجیه چالش‌های سه‌گانه در نظام حقوقی ایران

باید به این نکته توجه کنیم که این چالش‌ها در سطح قانونگذاری نمود کمتری داشته و اغلب در سطح قضایی مطرح می‌شود. در واقع، در سطح انتزاعی قانونگذاری نمی‌توان به سادگی به سؤالات راجع به نقش حقوق بنیادین در حقوق خصوصی پاسخ داد و پاسخ‌گویی در این زمینه مستلزم راه حل قضایی است (Mak, 2007, pp.15-16)؛ بنابراین راست است که مهم‌ترین وظیفه شورای نگهبان، انطباق قوانین عادی از جمله قوانین مربوط به حقوق خصوصی با قانون اساسی است، اما مسئله این است که قضات در مواجهه با دعاوی و مواردی که متضمن نقض یا محدودیت حقوق بنیادین طرفین رابطه خصوصی است، باید با استناد به اصول و قواعد حقوقی و با در نظر داشتن مبانی نظری نظام حقوقی کشور، اتخاذ تصمیم کنند و نهایتاً، در صورت نیاز، از

تفاسیر شورای نگهبان در خصوص اصول مورد نظر در قانون اساسی نیز استفاده نمایند؛ در نتیجه هر چند برخی به بررسی نقش شورای نگهبان در رابطه با چگونگی تضمین حقوق بنیادین اشخاص خصوصی پرداخته‌اند (محمدزاده، ۱۳۹۴، ص ۲۵۱-۲۵۶)، اما این بحث، معطوف به سطح قانونگذاری بوده و کمک چندانی به حل مسئله نمی‌کند.

۶-۶-۱. توسعه قلمرو مفاهیم حقوق خصوصی و تفسیر حقوق قرارداد در پرتو توجیه چالش اول

مشروطه‌سازی حقوق خصوصی ایران منجر به بازتعریف حقوق و تعهدات مدنی نمی‌شود، چرا که اصولاً نمی‌توان الزام یا قاعده‌ای را در حقوق خصوصی یافت که بر مبنای اصول قانون اساسی ج.ا.ا. دگرگون شود. با وجود این، تسری اصول حقوق اساسی به روابط خصوصی می‌تواند در مواردی منجر به توسعه قلمرو مفاهیم حقوق خصوصی برای طرح دعوا شود که با استناد به الزامات و اصول حقوق خصوصی در دسترس نبوده است؛ برای مثال در صورتی که هر یک از طرفین یک رابطه خصوصی، ارزش‌هایی از قبیل برابری، حق بر حریم خصوصی، توقیف غیرقانونی و سایر ارزش‌هایی را که در قانون اساسی تضمین شده است، رعایت نکنند و از این رهگذر به شخصیت انسانی طرف مقابل لطمه‌ای وارد شود یا بر اثر آن، منفعتی از وی سلب شود، شخص متضرر حق خواهد داشت جهت مطالبه خسارت اقامه دعوا نماید. در خصوص شق اخیر، می‌توان به تعبیر «عدم اکتساب» در فقه امامیه اشاره کرد که به موجب آن توقیف غیرقانونی شاغل به کار، موجب مسئولیت توقیف‌کننده به جبران تفویت منفعتی است که مقتضی وجود آن حاصل شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۱۸-۱۷).^۱ در حوزه مسئولیت مدنی نیز قطعاً رفتارهای اشاره شده، به‌عنوان سبب مسئولیت قابل شناسایی خواهد بود و دامنه مصادیق و موضوعات خسارت را گسترش خواهد داد. همچنین مطابق اصل برابری، خسارت و دیه باید بدون تبعیض به اشخاص پرداخت شود. یکی از آثار اندیشه مشروطه‌سازی در حوزه مسئولیت مدنی، تصویب ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰ است که مطابق آن شرکت بیمه مکلف است دیه و ارش را بدون لحاظ جنسیت و دین

۱. باید توجه داشت آنچه به‌طور خاص مد نظر است، حمایت از شخصیت انسانی است، فارغ از اینکه منفعتی مادی از انسان سلب شده باشد یا نه.

پرداخت نماید.

در حوزه قراردادهای نیز، اعمال هر یک از ارزش‌های بنیادین می‌تواند در تفسیر قواعد حقوق قرارداد مؤثر باشد.^۱ در این راستا قراردادهای ناشی از روابط کارگر و کارفرما و قرارداد ضمانت خانوادگی که ضامن و مدیون از اعضای یک خانواده هستند و ضمانت به جهات احساسی منعقد می‌شود، همچنین قرارداد اجاره، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار هستند. دولت‌ها با وضع قوانین مختلف، حاکمیت اراده طرفین مخصوصاً کارفرماها و موجران را تا حد زیادی محدود کرده‌اند. حق ازدواج، حق آزادی بیان (اصل ۲۸ و بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی ج.ا.ا.) و پیش‌بینی حق برابری و منع تبعیض (ماده ۳۸ قانون کار)، حداقل دستمزد (ماده ۴۱ قانون کار)، حداکثر ساعات کار (مواد ۵۱ و ۵۲ از قانون کار)، توجه به حقوق مذهبی (ماده ۶۷ قانون کار) ممنوعیت به کارگیری اطفال و بانوان در مشاغل سخت و زیان‌آور (ماده ۷۵ قانون کار)، از جمله الزامات امری است که به منظور حمایت از کارگران منظور شده است. در سیستم‌های قضائی اروپایی، مشروطه‌سازی حقوق خصوصی در روابط قراردادی مابین کارگر و کارفرما نمود برجسته‌ای دارد؛ برای مثال حق بر حریم خصوصی که از مقررات اساسی نشأت گرفته شده است (Basic Law, SS1 and 2)، در قانون مدنی آلمان (تس) به رسمیت شناخته می‌شود و این قانون از افراد در مقابل ضرر نامشروع و غیرقانونی عمدی

یا سهوی حمایت می‌کند (BGB, S823). برای نمونه در جایی که اعتبار اخراج یک کارگر با الزام «دلیل کافی از نظر قانون» یا «مبنای شایسته» محدود می‌شود، اخراجی که به دلیل اعمال حق آزادی بیان کارگر، صورت گرفته، غیرقانونی تلقی شده است (1 BAG 185). همچنین در رابطه با موردی که یک کارگر به‌علت نمایندگی از جانب سایر کارگران علیه مدیریت اخراج شد، دادگاه‌های اسپانیا رأی دادند که لغو استخدام در جایی که متضمن نقض مقرر اساسی باشد که نمایندگی کارگر را تضمین می‌کند، غیرقانونی است. علاوه بر این، دادگاه به این نکته توجه کرد که غرامت

۱. مشروطه‌سازی حقوق قرارداد، مبحثی متمایزی محسوب می‌شود که نیازمند پژوهشی مستقل است و نگارنده مقاله نیز در رساله دکتری با عنوان «جایگاه و تأثیر حقوق بشر در حقوق قرارداد» در فصل سوم به‌صورت مبسوط و مفصل به ابعاد مختلف این مقوله پرداخته است. همچنین برای مطالعه در این خصوص ر.ک: یوسف مولایی، ابراهیم شعاریان، نفوذ حقوق بشر در حقوق قراردادهای پرتورویه قضایی اروپایی، ۱۳۹۳ و مرتضی حاجی پور، تأثیر حقوق بنیادین بشری بر آزادی قراردادی، ۱۳۹۶.

مناسب در این مورد، اعاده به وضع سابق است نه صرف جبران خسارت مالی ساده.^۱ همچنین پرونده ضمانت در حقوق آلمان که سابقاً اشاره شد، از دیگر مواردی است که بر اساس جریان حقوق بنیادین در روابط خصوصی تصمیم‌گیری شده است.^۲

اصول مترقی قانون اساسی ج.ا.ا. در باب حقوق ملت از جمله تضمین ارزش‌هایی اساسی مانند حق بر «حفظ حریم خصوصی» و «آزادی شغل» و اصل «منع سوء استفاده از حق» و همچنین برخورداری از قواعد فقهی غنی و پویا مانند «قاعده لاضرر» و برخی قوانین موضوعه، از جمله مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی،^۳ این ظرفیت را فراهم نموده تا قضات در مواجهه با چنین مواردی، حقوق بنیادین طرف ضعیف رابطه قراردادی را تأمین کنند و حسب مورد تصمیم مناسبی در راستای حفظ حقوق اولیه کارگر و ضامن اتخاذ نمایند.

۶-۶-۲. توجیه چالش دوم در بستر نفوذ اندیشه حقوق بشر در حقوق خانواده

در خصوص چالش دوم، یعنی آشفتگی و درهم ریختگی ساختار حقوق خصوصی در نتیجه مشروطه‌سازی، باید گفت مشروطه‌سازی حقوق خصوصی منجر به ابهام در تمییز حقوق عمومی و خصوصی نمی‌شود و ساختار حقوق خصوصی و حقوق اساسی را نیز دگرگون نمی‌کند؛ زیرا نقش حقوق اساسی در فرآیند مذکور نقشی تبیینی و تفسیری است و از طرفی، ماهیت این فرآیند، تسری اصول و ارزش‌های اساسی به حوزه خصوصی است نه بالعکس. همچنین جریان حقوق اساسی در حقوق خصوصی، استقلال سیستم حقوق ملی از نظام بین‌المللی را مخدوش نمی‌کند؛ زیرا، مبانی قانون اساسی ج.ا.ا. از شریعت اخذ شده و با مبانی و منابع حقوق خصوصی یکسان است؛ بنابراین تسری حقوق اساسی به روابط خصوصی، مانند حقوق غرب، به معنای تابع کردن اراده طرفین رابطه خصوصی به الزامات برآمده از منشورهای بین‌المللی نیست؛ زیرا الزامات مذکور از شاهراه قانون اساسی وارد سیستم حقوقی کشور می‌شوند.

۱. ر.ک:

Moreno, El Proceso de Amparo Constitucional (1987.)

۲. از این نوع قراردادها به‌عنوان ضمانت‌های خانوادگی یاد می‌شود.

۳. ماده ۹۵۹ از قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». ماده ۹۶۰ از قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند یا در حدودی که مخالف قوانین یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید».

مهم‌ترین حوزه‌ای که در راستای چالش دوم در نظام حقوقی ایران قابل طرح می‌باشد، حقوق خانواده است. تأثیر مشروطه‌سازی حقوق خصوصی بر قرارداد ازدواج در نظام حقوقی ایران با چالش‌های جدی مواجه است و این چالش‌ها نیز در بستر توجه به اصل «برابری و منع تبعیض» نمود می‌یابد. یکی از مصادیق مهم این اصل، برابری جنسیتی است که در اسناد و منشورهای حقوق بشری از آن حمایت شده است.^۱ در نظام حقوق خانواده در ایران، مجاز بودن تعدد زوجات، امکان ازدواج دختران زیر سن بلوغ، منوط بودن ازدواج باکره رشیده به اذن ولی قهری، جواز ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب و ممنوعیت ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان و مواردی دیگر از این قبیل، از یک طرف، حاکمیت اراده شارع را بر حاکمیت اراده و آزادی طرفین رابطه خصوصی غالب کرده و از طرف دیگر، گرایش به برتری مردان بر زنان را دامن زده است.

یکی از دلایل مهم توجه به نفوذ حقوق اساسی در حقوق خصوصی، که سابقاً نیز اشاره شد، تبدیل عرصه حقوق خصوصی، از جمله حقوق خانواده، به محمل و اهرمی به منظور اعمال سیاست‌های عمومی و اجتماعی است. جایگاه خانواده به‌عنوان نهادی بنیادی، در اصل دهم قانون اساسی ج.ا.ا. تضمین شده است. بند ۱۴ اصل سوم و اصل بیستم و همچنین اصل بیست و یکم قانون اساسی، تساوی همگان در برابر قانون و برخورداری یکسان زن و مرد از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تأمین حقوق زن را حرمت نهاده است؛ بنابراین مطابق قوانین و اسناد بالادستی نظام جمهوری اسلامی ایران، زن همانند مرد، از همه انواع حقوق به‌صورت مساوی برخوردار است و چنانچه محدودیتی در این زمینه وضع شده، باید در بستر و چهارچوب نظام حقوقی کشور توجیه شود. و الزامات حقوق بشری هم در فرض پذیرش، از مسیر قانون اساسی وارد قلمرو سیستم حقوقی کشور می‌شود. تفاوت‌های پیش‌گفته را هم، منطقی‌اً باید در مواردی به‌عنوان استثناهایی تلقی کرد که ماهیتاً حکم شرعی‌اند و از دسترس تصرف طرفین رابطه و محاکم حقوقی خارج هستند (قنوتی و جاور، ۱۳۹۰، ص ۱۶) و در حقیقت، خود بر اساس مصالح دیگر و تمایز شخصیتی ناشی از تمایز جنسیتی و نظایر آن ناشی می‌شود که بحث از این قبیل تمایزها، نوشتار دیگری را می‌طلبد.

تهایتاً باید توجه کرد که برخی از محدودیت‌های پیش‌گفته که در بدو امر، منافی اصول آزادی و

۱. ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر. کنوانسیون مربوط به رضایت به ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج‌ها مصوب ۱۹۶۲.

برابری به نظر می‌رسد، در قالب حمایت از طرف ضعیف قرارداد، قابل توجیه است.^۱ یکی از این موارد، ازدواج بالغه رشیده است که منوط به اذن ولی قهری است. باید دانست که نظر مشهور فقهای امامیه در مبحث نکاح بالغه رشیده، عدم لزوم اذن ولی قهری است،^۲ اما قانون مدنی در این مورد، نظر مشهور را رها کرده و در ماده ۱۰۴۳ نکاح باکره - اعم از رشید و غیر رشید - را موقوف به اجازه ولی قهری نموده است.

برخی صاحب‌نظران با استناد به مفهوم «ولایت» که مختص فقه اسلامی است و با استناد به مقررات مندرج در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مطابق آن، مخالفت ولی با ازدواج دخترش مقید به علت موجه شده، چهره حمایتی اذن ولی را غالب داشته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۷۲). اما، این نوع از حمایت، باتوجه به شرایط اجتماعی امروز جوامع بشری و جایگاهی که زنان به واسطه تحصیل علم و اشتغال به مشاغل گوناگون یافته‌اند، دست‌کم برای دخترانی که سن هجده سالگی را پشت سر نهاده و رشید محسوب می‌شوند، چندان معقول و ضروری به نظر نمی‌رسد. فلذا، به منظور تأمین کرامت انسانی زنان و همچنین حرمت نهادن به جایگاه و مقام پدر، می‌توان راهی میانه برگزید، بدین ترتیب که ازدواج باکره زیر هجده سال (سن رشد) را منوط به اذن ولی قهری نمود،^۳ اما اجازه ولی قهری پس از هجده سالگی را امری شرعی و اخلاقی تلقی کرد و الزام قانونی را از آن زدود.^۴ این وضعیت، از طرفی مبین دیدگاه قانون نسبت به آزادی اراده دختران بالغ و رشید در ازدواج است و از جهت دیگر، اخلاق و شرع نیز نادیده گرفته نمی‌شود؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، لزوم اذن ولی قهری در این باب، امری اختلافی بین فقهاست و حتی نظر مشهور، عدم لزوم قانونی اذن ولی است.^۵

۱. مقوله تأثیر حقوق بشر در حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران چالش‌های نظری و عینی بسیاری را در پی دارد که می‌بایست به صورت مجزا و کامل و با رویکردی هوشمندانه مورد مطالعه قرار گیرد.

۲. علامه حلی، قواعد، نکاح، فخر المحققین، ابضاح، ج ۳، ۱۲۹، محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ۳۶۸، شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ۳۶۸.

۳. سن ۱۸ سالگی، طبق قانون رشد متعاملین، رویه قضایی و اداری و عرف عقلا، به‌عنوان مبنای پیشنهاد شده است و سایر اعداد، فاقد مبنایی مشخص و معقول به نظر می‌رسد.

۴. برخی نیز پس از انتقاد نسبت به موضع قانونگذار در خصوص اذن ولی قهری برای ازدواج باکره رشیده، با لحاظ مفاد سابق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، اصلاح قانون را انتظار می‌کشند (محمدزاده، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، ۳۲۸، ۱۳۹۴).

۵. باتوجه به جایگاه شرعیات در جامعه ایران که مورد احترام اغلب مردم است، حتی با وصف عدم لزوم قانونی اذن

۶-۶-۳. توجیه چالش سوم در بستر تبیین مبانی نظری

توجیه چالش سوم (افزایش وظیفه اشخاص خصوصی و مداخله در استقلال خصوصی آنان) در حقوق ایران، به اختلاف در مبانی نظری باز می‌گردد؛ زیرا اولاً مبنای نظری ساختار حقوقی ایران برگرفته از ارزش‌های اساسی دینی و اسلامی است که مطابق آن، تکلیف به رعایت ارزش‌های اساسی مختص دولت و حکومت نبوده و مخاطب آن عموم مسلمانان هستند و اساساً تفکیک بین قوانین اساسی و مدنی در نظام حقوقی اسلام شناسایی نشده است. برای نمونه زمانی که از ارزشی اساسی بنام «آزادی» سخن گفته می‌شود، به این فرمایش حضرت امیر علیه السلام ممکن است استناد شود که: «لا تکن عبد غیرک و قد جعلک الله حراً» (نهج البلاغه، نامه ۳۱، قسمت ۴۵، ص ۹۲۹). یا در مورد برابری، قرآن کریم در آیه ۱۳ از سوره حجرات، همه انسان‌ها را مخاطب قرار داده و برابر می‌داند. این تعبیر به هیچ وجه صرفاً ناظر به اعمال و رفتار حکومت نبوده و اعم از رفتار دولت و اشخاص حقیقی است؛ زیرا دوگانگی التزام به ارزش‌های اساسی بین رفتار دولت و مردم در ساختار قانون اساسی ج.ا.ا. لحاظ نشده و آنچه به عنوان ارزش‌های اساسی انسانی شناخته می‌شود، ناظر به رفتار همه بوده و اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، دولتی و غیر دولتی، ملزم به رعایت آن می‌باشند.

توجه به مفاد اصول قانون اساسی در خصوص حقوق بنیادین نیز مؤید مطالب پیش‌گفته است؛ اصولی که به عنوان حقوق ملت در قانون اساسی مقرر شده و شامل اصول نوزدهم الی چهل و دوم می‌شود. با عنایت به اینکه ساختار و نوع چینش عبارات در اغلب اصول مذکور، به صورت لازم می‌باشد و شخص خاصی را مخاطب خود قرار نداده است، می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار ایران، این دسته از اصول ارزشی را در روابط خصوصی نیز جاری می‌داند؛ برای مثال اصل نوزدهم که قاعده برابری را انشاء کرده است، مردم را دارای حقوق برابر می‌داند و الزام برآمده از این قاعده را صرفاً ناظر به دولت ندانسته است. همچنین اصل بیست و دوم حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص را مصون از تعرض می‌داند مگر به حکم قانون. این اصل نیز همان طور که ملاحظه می‌شود، به صورت لازم انشاء شده و همه اشخاص موظف به رعایت آن هستند. اصل بیست و سوم

ولی قهری در ازدواج باکره رشیده، باز هم دختران از پدرانشان برای ازدواج اجازه خواهند گرفت، همان گونه که پسران با رفتاری نمادین و اخلاقی چنین می‌کنند. البته در این بین، نباید نظرات مراجع محترم تقلید را از یاد برد که ممکن است علیرغم نظر قانونگذار، مقلدان خود را به رعایت اذن ولی مقید کنند.

نیز بر همین روش استوار شده است و تفتیش عقاید را ممنوع دانسته و تصریح نموده که هیچ کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد؛ بنابراین همان‌طور که دولت نمی‌تواند کارمندش را به صرف داشتن عقیده یا گرایش سیاسی خاص، اخراج کرده یا حقوقش را تقلیل دهد، کارفرمای بخش خصوصی نیز نمی‌تواند کارمند یا کارگرس را به صرف داشتن عقیده‌ای خاص یا گرایش سیاسی مخالف گرایش کارفرما، اخراج کرده یا دستمزد و حقوقش را کاهش دهد. در نتیجه اگر مشروطه‌سازی حقوق خصوصی در حقوق غرب، به مداخله در استقلال اراده و آزادی اشخاص منجر می‌شود و افزایش وظایف اشخاص خصوصی را در پی دارد، اما در حقوق ایران باید گفت که حقوق خصوصی، اصالتاً مشروطه است و حقوق بنیادین مقرر در قانون اساسی، اولاً و بالذات به روابط اشخاص خصوصی نیز تسری می‌یابد. یعنی همان‌طور که الزامات مقرر در حقوق مدنی و حقوق تجارت، نافی اراده اشخاص خصوصی نبوده و نیست، حقوق و ارزش‌های بنیادین نیز استقلال اراده اشخاص را نفی نمی‌کند و فراتر از همه منابع حقوق خصوصی، به‌طور مستقیم، منشأ و منبع الزام و التزام طرفین رابطه خصوصی است.

نتیجه

به‌طور کلی در حقوق اروپا، با نگاهی به همه رشته‌ها، می‌توان دریافت که دادگاه‌ها معمولاً از هر تغییر اساسی و بنیادی نسبت به ماهیت حقوق خصوصی اجتناب کرده‌اند. درخواست‌های تجدیدنظری که تاکنون موفق به ایجاد تغییر در حقوق خصوصی شده‌اند، تغییراتی غالباً متعادل بوده است.^۱ به‌نظر می‌رسد حقوقدانان حقوق خصوصی نباید نگران این احتمال باشند که اصول ریشه دار و سنتی حقوق خصوصی، ممکن است با ارجاع به حقوق اساسی گهگاه به چالش کشیده شود. ارزیابی معیارهای موردی و عینی حقوق خصوصی با استانداردهای حقوق اساسی، فرصتی مطلوب برای قضات فراهم می‌کند که قواعد اولیه را بازنگری کنند و چه بسا حقوق را در مسیرهایی مفید توسعه دهند. همچنین به‌نظر می‌رسد ما نباید نگران درهم شکستن اجتناب ناپذیر تقسیم ظریف بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی باشیم. این تقسیم، هرگز تمایزی ضعیف نبوده است، چنانکه تقسیمی نبوده است که منشأ یک اصل را فراهم کرده باشد. در مورد چالش مربوطه به

1. Redfearn v UK, (2013) 57 EHRR 2; H Collins and V Mantouvalou, 'Redfearn v UK: Political Association and Dismissal' (2013) 76 MLR 909.

دارندگان وظیفه نیز، هرچند برخی صاحب‌نظران، وظیفه رعایت حقوق بنیادین در روابط خصوصی را مختص کارفرمایان، مالکان املاک، هتل داران و مغازه داران نموده و در توجیه آن نیز چنین استدلال کرده‌اند که امثال کارفرمایان، مانند نمایندگان دولت، در وضعیتی ویژه و ممتاز در میان ساختارهای توزیعی و خدمت رسانی جامعه قرار دارند (Engle, 2009, p.11)، باوجوداین، تقسیم بندی پیش‌گفته باتوجه به اصول مربوط به حقوق ضد تبعیض، قابل توجیه نیست و براین اساس، به همان میزان که کارفرمایان و مالکان، ملزم به رعایت حقوق بنیادین کارگران و مستأجران هستند، کارگران و مستأجران نیز ملزم هستند حقوق بنیادین کارفرمایان و موجران را رعایت کنند.

حقوق بشر در نظام حقوقی ایران، ارزش‌هایی دستوری به شمار می‌رود که مفید معنای سنتی «حق» نبوده، بلکه از سنخ «حکم» محسوب می‌شود و در بستر هیچ توافقی، قابل اسقاط، اعراض، انتقال یا سلب نیست و اساساً خارج از حیطه اختیار و تصرف طرفین رابطه خصوصی است. قانونگذار ایران در اصول نوزدهم الی چهل و دوم قانون اساسی و مواد ۱۰، ۹۵۹ و ۹۶۰ از قانون مدنی، مواد ۱، ۸ و ۱۰ از قانون مسئولیت مدنی (حقوق مربوط به شخصیت) و قانون کار، این دسته از حق‌ها را تضمین نموده است. مهم‌ترین مبنای حقوقی و فقهی جهت جذب حقوق بشر در حقوق خصوصی، قاعده «لاضرر» و اصل «منع سوء استفاده از حق» مقرر در اصل چهارم قانون اساسی است. نقض حق‌های بنیادین بشری لزوماً منجر به سلب منافع اجتماعی یا اخلاق حسنه نمی‌شود؛ بنابراین نمی‌توان مفهوم «نظم عمومی» را به‌عنوان معیاری جامع جهت جذب حقوق بشر در روابط خصوصی معرفی کرد. استناد به اصول حقوق اساسی در حقوق خصوصی، موجب بازتعریف حقوق و تعهدات مدنی نمی‌شود، چرا که اصول و قواعد حقوق مدنی در راستای ارزش‌های اساسی مقرر در قانون اساسی تدوین شده و مابین آن نیست. توجه به مبانی و منابع مشترک حقوق مدنی و حقوق اساسی، این نظر را افاده می‌کند که تکلیف به رعایت ارزش‌های بنیادین، مختص دولت نبوده بلکه همه اشخاص را شامل می‌شود؛ بنابراین آنچه به‌عنوان «قانون اساسی جامع» در حقوق غرب یاد می‌شود، در حقوق ایران نیز حاکم است، ولی باتوجه به اینکه در حقوق غرب، حقوق بشر اولاً و بالذات جهت تنظیم و تعدیل روابط دولت و مردم تدوین شده و روابط خصوصی را شامل نمی‌شود، لذا، صاحب‌نظران غربی جهت تسری حقوق بشر به روابط خصوصی، ناگزیر از طرح تأثیر غیرمستقیم حقوق بنیادین بر روابط خصوصی هستند، اما در نظام حقوقی ایران، باتوجه به اصول مندرج در قانون اساسی ج.ا.ا. در باب حقوق ملت و ادبیات

استخدامی و مبانی کلامی آن، که همسو با مبانی و منابع حقوق مدنی است، دوگانگی التزام نسبت به حقوق بنیادین در رابطه دولت و ملت از یکسو و روابط خصوصی مردم با یکدیگر از سوی دیگر، شناسایی نشده و قانونگذار ایران، الزام به رعایت حقوق اساسی مانند آزادی، برابری و حفظ حریم خصوصی را خطاب به همگان مقرر نموده است؛ در نتیجه در نظام حقوقی ایران جهت توجیه التزام اشخاص خصوصی نسبت به حقوق بشر، نیازی به استناد به الگوی تأثیر غیرمستقیم نیست و بر خلاف نظر بیشتر مؤلفان داخلی، روش تأثیر مستقیم، در حقوق ایران مناسب‌تر به نظر می‌رسد و با مبنا قرار گرفتن این روش، نه تنها هیچ اصل یا قاعده مسلمی زیر سؤال نمی‌رود، بلکه برخی قواعد فقهی مسلم، مانند «قاعده لاضرر» نیز مؤید آن است.

منابع

۱. اسدی، عباس، محمدباقر پارساپور و حسن بادینی؛ «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۲۳، تابستان ۱۳۹۷، ص ۳۹-۹.
۲. اسدی، عباس، محمدباقر پارساپور، مرتضی شهبازی‌نیا و حسن بادینی؛ «نظریه تأثیر حقوق اساسی در حقوق قراردادها و جایگاه آن در حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۶، ص ۱-۲۷.
۳. الماسی، نجادعلی، عبدالرضا علیزاده و صالح کریم‌پور؛ «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، مجله پژوهش‌های فقهی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۵، ص ۱-۳۶.
۴. پزشکی، محمد؛ عرصه عمومی و خصوصی در فقه شیعه؛ ج ۲، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۴.
۵. تسخیری، محمدعلی؛ «فقه مقاصدی و حجیت آن (با نگاهی به شیوه شهید صدر)»، اندیشه تقریب؛ ش ۱۸، ۱۳۸۸، ص ۱۱-۴۳.
۶. حسینی، سیدعلی و حسین زروندی رحمانی؛ «تحلیلی بر دیدگاه شهید صدر درباره قاعده لاضرر و حق تألیف»، دوفصلنامه علمی ترویجی مطالعات فقه امامیه؛ ش ۴، بهار ۱۳۹۴، ص ۳۲-۴۵.
۷. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح‌الفقاهة؛ تقریر محمدعلی توحیدی؛ ج ۲، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
۸. شریفی، حشمت‌الله و همکاران؛ «حقوق بشر در حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۱۹، ۱۳۹۶، ص ۷۳-۹۶.
۹. شریفی، علیرضا و همکاران؛ «اعمال حقوق بشر در روابط خصوصی»، فصلنامه دانش حقوق مدنی؛ ش ۲، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۶-۲۶.
۱۰. شریفی، علیرضا؛ مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق بشر (رساله دکتری حقوق خصوصی)؛ تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۲.
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک‌الافهام؛ قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۲. عشایری منفرد، محمد؛ قانون اهم و مهم و گستره آن در تراحم احکام و تراحم حقوق

- (رساله سطح ۴): قم: مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه، ۱۳۹۲.
۱۳. قافی، حسین و سعید شریعتی؛ اصول فقه کاربردی؛ ج ۳، چ ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۴.
۱۴. قربان‌نیا، ناصر؛ حقوق بشر و حقوق بشردوستانه؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
۱۵. قنواتی، جلیل و حسین جاور؛ «حریم خصوصی، حق یا حکم»، حقوق اسلامی؛ ش ۳۱، زمستان ۱۳۹۰، ص ۷-۳۲.
۱۶. قنواتی، جلیل، حسین جاور و شاهرخ صالحی کرهرودی؛ «میان کنش لاضرر و حریم خصوصی خانواده»، مطالعات حقوقی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۳، ص ۱۲۵-۱۵۳.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ اعمال حقوقی؛ چ ۱۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
۱۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ چ ۸، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
۱۹. کاتوزیان، ناصر؛ مسئولیت مدنی؛ چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۲۰. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری؛ «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوء استفاده از حق»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب؛ ش ۲، زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۳۵-۱۶۶.
۲۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر؛ «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۸۳، ص ۷-۲۶.
۲۲. محمدزاده، مسلم، حسن بادینی، عباس کریمی و بیژن عباسی؛ تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی (رساله دکتری حقوق خصوصی)؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۲۳. مظفر، محمدرضا؛ اصول الفقه؛ ج ۲، چ ۴، تهران: مؤسسه انتشارات حکمت، ۱۳۷۹.
24. Cherednychenko, Olha, **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party**, Thesis, (University of Utrecht) The Netherlands, 2007.
25. Collins, Hugh, **the Constitutionalisation of European Private Law as a Path to Social Justice? In the Constitutionalisation of European Pravate Law**, ed. Hans - Wolfgang Michlit, 133 – 166. Oxford: OUP, 2014.

26. Collins, Hugh, **The Impact of Human Rights on Contract Law in Europe**, Oxford, OUP, 2011.
27. Collins, Hugh, «On the (In) compatibility of Human Rights Discourse and Private Law», London, LSE Working Papers, 120-165, 2012.
28. Engle, E, «Third Party Effect of Fundamental Rights» (Drittwirkun) *Hanse Law Review* 5: 165 – 173, 2009.
29. Gardner, John, **Liberals and Unlawful Discrimination**, OJLS, 9, 1, 11, 1989.
30. Kumm, Mattias, «Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law» *German Law Journal*, 7, 341 – 370, 2006.
31. Mak, Chantal, «Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherland, Italy and England», *Kluwer Law International*, pp. 281 – 286, 2008.
32. Micklitz, Hans – Wolfgang, Introduction’, in Hans – W Micklitz (ed), **Constitutionalization of European Private Law**, Oxford, Oxford University Press, 2014.
33. Smits, J. M. «Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View. In *Constitutionalisation of Private Law*», ed. Barkhujsn T., and Lindenbeg, S., 9 – 22. Leiden: Brill, 2006.
34. Trstenjak, V&Weingerl, P, **The Influence of Human Rights and Basic Law in Private Law**, Springer, Switzerland ,2017.
35. Weatherill, Stephen, «Use and Abuse of the EU’s Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of Freedom of Contract», *European Review of Contract Law*, 10, 167, 2014.