

رهیافتی بر اساسی سازی قضایی حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران^۱

محسن صفری*، زهرا مشایخی**

چکیده

خانواده یک نهاد اجتماعی و واحد طبیعی است که در دهه‌های گذشته شاهد تغییرات چشمگیری در تعریف، ساختار و کارکرد آن بوده‌ایم. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، خانواده یک نهاد ایدئولوژیک است که قوانینی در سایه احکام دینی برای تنظیم این نهاد وضع شده است؛ قوانینی که نوعاً امره بوده و اراده افراد در تعیین مناسبات آن محدود و جزئی است. با این حال نباید به دلیل سیطره چنین قواعدی، ساحت‌های فردی زیست بشری در نهاد خانواده را نادیده انگاشت و تعرض به بنیادی‌ترین حقوق و آزادی‌های ایشان را مجاز شمرد. اساسی‌سازی پدیده‌ای است که در سطح قضایی در پی پاسداشت حقوق و آزادی‌های اساسی افراد جامعه است و اساسی‌سازی حقوق خانواده درصدد تعدیل قوانین سخت‌گیرانه‌ای است که اعمال مطلق آن‌ها منجر به محمولی جز بحران‌زدگی و آشفتگی نهاد خانواده در بر نخواهد داشت که هم خانواده را به‌عنوان یک نهاد دستخوش نابه‌سامانی قرار می‌دهد و هم بی‌ضابطه و به‌طور گسترده بر حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضای خانواده دست‌اندازی می‌کند. در این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی با مرور و نقدی بر دیدگاه‌های موافقان و مخالفان اساسی‌سازی حقوق خانواده و با ارائه معیارهای هم‌سو با نظام

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد نویسنده دوم تحت عنوان «اساسی‌سازی قضایی حقوق خانواده» با راهنمایی نویسنده مسئول و مشاوره آقای دکتر عباس میرشکاری در دانشگاه تهران است.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
safarimohsen@ut.ac.ir

** قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی، تهران، ایران
z.mashayekhi@outlook.com

حقوقی ایران نظریه اساسی سازی مشروط را طرح و تبیین کرده ایم تا با محقق دانستن تأثیر افقی قانون اساسی علاوه بر تأثیر عمودی آن، از تجاوز به حقوق بنیادین اعضای خانواده و ارزش های اساسی نهاد خانواده جلوگیری کرده و پرتو نوری بر ذهن و ضمیر قضات روشن فکر خود بتابانیم. **واژگان کلیدی:** خانواده، اساسی سازی، حق بنیادین، رویه قضایی، ارزش های بنیادین خانواده

مقدمه

پیش تر نهضت هایی برای حمایت از حق های اساسی افراد در برابر دولت ها شکل گرفته بود که به نهضت دستورخواهی معروف بود و حکومت ها به سمت تدوین قانون اساسی به منظور رفع نابرابری میان دولت و ملت قدم برداشتند. لکن این دسته از حقوق به حدی اهمیت داشت که نباید در روابط خصوصی هم نادیده انگاشته می شد و امکان دست اندازی و تعرض به آن ها وجود می داشت. در قرن بیستم پدیده اساسی سازی، در یکی از معانی خود، با شناسایی تأثیر افقی حق های اساسی میان شهروندان متکفل تضمین قضایی حقوق اساسی اشخاص در دیگر رشته های حقوق شد و بدین ترتیب حقوق بشر به روابط اشخاص خصوصی راه یافت.

مسئله پیوند حقوق خانواده به عنوان زیرشاخه حقوق خصوصی با حقوق اساسی که در زمره حقوق عمومی است، تا چند دهه گذشته دور از ذهن به نظر می رسید. اگر هم ذکری از خانواده در قانون اساسی کشورها به میان می آمد بیشتر جنبه ارزشی داشت و در قالب یک ایده مطرح بود. با وجود آنکه اساسی سازی، حوزه های قراردادی حقوق خصوصی را با سهولت بیشتری درنوردید، شمول آن بر روابط اعضای خانواده به جهت مختصات و ویژگی های حقوق خانواده اندکی با تردید و تأمل مواجه شد.

از سوی خانواده نهادی است که به سبب کارکردهایش چنان برای جوامع ارزشمند است که حکومت ها درصدد برآمده اند تا با وضع سیاست ها، قوانین و مقرره ها آن را انسجام ببخشند. قوانینی که به راحتی قابل عدول نباشند و به سهولت نتوان بقا و استحکام آن را متزلزل ساخت. این نهاد طبیعی که چهره اخلاقی و جامعه شناسی نیز دارد، از نظارت مذهب هم فارغ نمانده و شارع مقدس احکامی برای آن مقرر فرموده تا متشرعین بدان پایبند باشند و از آن تخلفی نکنند. از سوی دیگر هریک از اعضای خانواده به مناسبت شأن انسانی خود از حقوقی برخوردارند که لازمه انسجام شخصیت ایشان است که بر این اساس نمی توان از اعمال مطلق هنجارهای حقوق خانواده سخن گفت. رویکرد حمایت از حقوق بنیادین، اساسی و انسانی اعضای خانواده در پی شکل گیری اندیشه های برابری و آزادی فردی در قرن نوزدهم زمینه ظهور یافت (Glenden, 1989: 88-89).

از نیمه دوم قرن بیستم در آمریکا یکی از حقوق دانان، انقلابی را که در حقوق خانواده آمریکا بر

اساس یکی از آرای دیوان عالی به وجود آمد بررسی و مطالعه کرد. در این رأی که در دهه ۱۹۶۰ صادر شد، حق بر ازدواج، تولید مثل، تضمین دسترسی به طلاق، پایان دادن به بارداری، زندگی مشترک با اعضای خانواده گسترده و... مطرح شد. بر این اساس حقوق خانواده آمریکا به طور اساسی بازتعریف شد و از اواخر قرن بیستم، زبان حق‌های بشری بر حقوق خانواده آمریکا سیطره یافت، به گونه‌ای که شناسایی و تضمین حقوق افراد مهم‌ترین رویداد خانواده آمریکا تلقی شد. در اروپا نیز اساسی سازی حقوق خانواده با استناد به حقوق اساسی مندرج در قوانین اساسی کشورها و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در محاکم ملی و دادگاه اروپایی حقوق بشر نمودار شده است.

در حقوق ایران تضمین قضایی حقوق بنیادین اعضای خانواده بنا به نظر برخی محمل قانونی نداشته و در تراحم حقوق بنیادین افراد با مقرره‌های حقوق خانواده، این هنجارهای عادی خانواده است که اولویت داشته و مراعی است. از این رو محاکم نیز در مقام حل تراحم میان حقوق بنیادین اعضای خانواده و هنجارهای حقوق خانواده کمتر جانب حق‌های انسانی زوجین و فرزندان را گرفته‌اند. پرسشی که در این راستا مطرح می‌شود آن است که آیا در نظام حقوقی ایران ظرفیت‌های لازم برای ورود حقوق اساسی افراد به حقوق خانواده وجود دارد. به منظور پاسخ‌گویی به پرسش حاضر، نگارندگان سه رویکرد را بررسی می‌کنند: رویکرد رد مطلق اساسی سازی حقوق خانواده، رویکرد پذیرش مطلق اساسی سازی حقوق خانواده و رویکرد اساسی سازی مشروط حقوق خانواده. فرضیه ما در این پژوهش آن است که اساسی سازی حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص در نهاد خانواده به صورت مشروط و با لحاظ معیارهای ۱. تعریف صحیح از نهادهای حقوق خانواده، ۲. منع سوءاستفاده از حق، ۳. رعایت مصالح و ارزش‌های اساسی نهاد خانواده و ۴. پایبندی به موازین اسلامی ممکن است.

بر این اساس پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای به دنبال استخراج و تبیین معیارهایی برای امکان اعمال حقوق بنیادین افراد در حقوق خانواده در دو فصل انسجام یافته است: نخست مفهوم‌شناسی اساسی سازی حقوق خانواده و دیگر امکان‌سنجی اساسی سازی حقوق خانواده.

۱. مفهوم‌شناسی اساسی سازی حقوق خانواده

اساسی سازی عبارت است از فرایند تغییر و تحولی که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های مختلف علم حقوق و در نتیجه آغشتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها حاصل می‌شود (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۴-۱۳۰). بر این اساس، هنجارهای حقوق اساسی نه تنها هنجاری بالادستی و الهام‌بخش در روابط میان دولت و افراد (تأثیر عمودی حقوق اساسی)، بلکه به مثابه یک

هنجار کاربردی و برتر در روابط میان شهروندان (تأثیر افقی) و از جمله اعضای خانواده خواهد بود. اساسی سازی از طریق انطباق هرگونه هنجارهای فرودین با هنجارهای فرازین اساسی و در نتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه دوم و سوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی به وجود می آید (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۰-۱۳۱).

حقوق خانواده نیز بخشی از حقوق خصوصی است که قواعد حقوقی شکل گیری، اداره و انحلال و حقوق و همچنین مسئولیت های اعضای خانواده را که دارای نقش های مختلفی هستند معین می کند و تخلف افراد از هنجارهای این سازمان (نظیر روابط نامشروع و طفل ناشی از آن) را نیز به مورد بحث می گذارد (حکمت نیا، ۱۳۹۲: ۴۲). از این رو ورود حق های اساسی به حوزه حقوق خانواده و انطباق مقرره های عادی حقوق خانواده با هنجارهای دسته اول و عالی (حق های اساسی مندرج در قانون اساسی) می تواند اساسی سازی حقوق خانواده را رقم بزند.

به طور معمول اساسی سازی حقوق در دو سطح به کار می رود: نخست، اساسی سازی که توسط دادگاه قانون اساسی صورت می گیرد و عبارت است از «ارتقای قوانین یا هنجارهای عادی به سطح اصول قوانین اساسی». به این مفهوم، «اساسی سازی شکلی» نیز گفته می شود؛ دوم، اگر قانون گذار به هنگام قانون گذاری به عنوان اصول کلی راهنما یا دادرس در هنگام تفسیر قوانین و اتخاذ تصمیم قضایی به حق های اساسی مندرج در قانون اساسی (یا مجموعه قواعد حقوق اساسی) توجه داشته باشد، «اساسی سازی ماهوی» رخ داده است (محمدزاده، ۱۳۹۴: ۲).

نظارت اساسی ماهوی بر مقرره های قانونی در نظام های مختلف حقوقی به دو شیوه پیشینی و پسینی محقق می شود: رویکرد پیشینی و عینی نظارت اساسی بر کنترل اساسی بودن هنجار فرودین متمرکز است که هدف آن تضمین اساسی بودن قوانین مصوب پارلمان است. نمونه چنین نظارتی شورای نگهبان در ایران است که بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی به طور پیشینی نظارت می کند و نیز شورای قانون اساسی در فرانسه است که با هدف ابتدایی تضمین کنترل قانون گذاری پارلمان در حدود صلاحیت های خویش شکل گرفت (کبگانیان، ۱۳۹۷: ۲۰-۱۹).

رویکرد پسینی بر نظارت اساسی بر تضمین حقوق بنیادین افراد متمرکز است. در کشورهایی که دادرسی اساسی تحت تأثیر چنین رویکردی است، قانون اساسی صرفاً معیاری جهت کنترل اساسی بودن مصوبات مجلس نیست.^۱ به عبارت دیگر، هنجارهای اساسی نه تنها بر قانون گذار

۱. پیش از تصویب قوانین اساسی جدید در کشورهایی مانند آلمان و اسپانیا حقوق بنیادین مصرح در قوانین اساسی

ایجاد حق و تکلیف می‌کنند، بلکه هنجاری است که به‌طور مستقیم برای مردم حق (و تکلیف) ایجاد می‌کند و هم قضات می‌توانند آرای خود را بدان مستدل سازند و هم اشخاص می‌توانند در مقام دعوی یا دفاع به این دسته از حقوق تمسک جویند. ما در این پژوهش اساسی‌سازی حقوق خانواده را از این منظر و در معنای تضمین قضایی حقوق بنیادین اشخاص بحث خواهیم کرد. در بادی امر شاید تشخیص نسبت میان حقوق خانواده، به‌عنوان شاخه‌ای از رشته حقوق خصوصی، با مفهوم اساسی‌سازی، به‌عنوان پدیده‌ای در حقوق عمومی، دشوار باشد، چراکه تمایزهای دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی تا حدی است که بر هر یک قواعد جداگانه‌ای حاکم است؛ مثلاً اصل حاکمیت اراده در حقوق خصوصی در برابر اصل حاکمیت قانون در حقوق عمومی.

اصل حاکمیت حقوق بنیادین بر روابط دولت و ملت در گذشته از قواعد خاص حقوق عمومی بود. اکنون این رویکرد در حال ظهور است که در روابط اشخاص حقوق خصوصی نیز این دسته از حقوق مراعی است و افراد نمی‌توانند، به استناد آزادی قراردادی یا حقوق قانونی خود، حقوق بنیادین یکدیگر را نقض کنند (مولانی و حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ۲۱۰). از جمله حق بر آزادی ازدواج و حق بر مسکن و زندگی خانوادگی که در آن از افراد خانواده برای داشتن مسکن و عدم تجاوز به آن، داشتن روابط گرم خانوادگی، امنیت در اقامتگاه و آزادی رفت‌وآمد، در امنیت بودن خانواده از زمره حق‌های مهم بشری و مرتبط با حریت انسانی‌اند که سلب آن‌ها ولو به‌طور جزئی نیز مبطل عمل حقوقی به نظر می‌رسند (بابایی و ترابی، ۱۴۰۰: ۸۵).

نمونه اساسی‌سازی قضایی حقوق خانواده در دادگاه اروپایی حقوق بشر و حتی محاکم ملی کشورهای اروپایی بسیار است. برای مثال در هلند خانمی در سال ۱۹۳۵ در خانواده تک‌والد به دنیا آمد. از مؤسسه‌ای که نام پدرش را می‌دانست خواست اطلاعات مربوط به هویت پدرش را که مادرش در آن زمان به آن مؤسسه داده بود، فاش کند. این مؤسسه امتناع ورزید؛ زیرا فکر می‌کرد که در مورد مادر، که هنوز زنده است و اجازه افشای اطلاعات را نداده است، مسئول است و باید رازپوشی کند. دیوان عالی کشور هلند حق شناخت والدین را به‌عنوان یک حق اساسی رسمیت شناخت، که بخشی از «حق شخصیت عمومی» بود. دیوان عالی بر این عقیده بود که حق کودک در شناخت پدر بر علاقه مادر در محرمانه نگه‌داشتن اطلاعات غلبه دارد. خصوصاً با توجه به این

صرفاً زمانی قابلیت استناد داشت که توسط قوه قانون‌گذاری در قالب قانون تصویب می‌شد (Llorente, 1997: 4).

واقعیت که مادر به طور کلی مسئولیت وجود کودک را نیز به عهده دارد.^۱ به نظر می‌رسد کاربست این امر در نظام حقوق خانواده ایران امر محالی نباشد، لذا در ادامه با تحلیل ویژگی‌های اساسی‌سازی و ظرفیت‌های حقوق خانواده به بررسی امکان نفوذ هنجارهای اساسی در نظام حقوق خانواده ایران خواهیم پرداخت.

۲. امکان‌سنجی اساسی‌سازی حقوق خانواده

بحث اساسی‌سازی در حقوق خصوصی عمدتاً در حقوق قراردادها، مسئولیت مدنی و حقوق اموال مورد توجه قرار گرفته است، لکن شمول آن بر حقوق خانواده به علت ارتباط تنگاتنگش با نظم عمومی محل تردید است (طهماسبی، ۱۳۹۱: ۱۰۸). برای مثال اگر در انعقاد عقد اجاره مؤجر محدودیت‌هایی بر رفت‌وآمدهای فرد یا حق دسترسی وی به اینترنت مقرر کند، نهایتاً حقوق بنیادین مستأجر در تقابل با آزادی قراردادی ایشان قرار می‌گیرد که می‌توان حکم به محدودیت قلمرو آزادی افراد در انعقاد قرارداد به نفع حقوق اساسی کرد. لکن اگر زوج همسرش را از اشتغال به مشاغل منافی مصلحت خانواده منع کند، حق بنیادین اشتغال زوجه در تراحم با نظم عمومی ریاست مرد بر خانواده و حکم تمکین قرار می‌گیرد که بر دشواری موضوع می‌افزاید. در این گفتار ضمن سه رویکرد، امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده تبیین و تحلیل می‌شود.

۲-۱. رد مطلق اساسی‌سازی حقوق خانواده

در این رویکرد، اساساً امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده نفی می‌شود. بر اساس این نظریه، اساسی‌سازی مفهومی است بدیع که هنوز پذیرش اصل آن در دکترین حقوق عمومی محل تردید است. همچنین اساسی‌سازی حقوق خانواده با انتقاداتی در خصوص مشروعیت و کارایی ورود حق‌های اساسی در عرصه حقوق خانواده مواجه شده است. نگرانی اصلی مخالفین در گسترش حق‌های اساسی در خانواده این است که اساسی‌سازی اساس مشارکت در خانواده را تضعیف می‌کند، تعارض‌های درون خانوادگی را به جای تطابق اعضای آن افزایش می‌دهد، افراد را به انحلال خانواده به جای حفظ دوام آن برمی‌انگیزد و در نهایت قضات را از انعطافی که نیاز دارند تا راه حل مناسبی برای تطبیق واقعیات با هر مورد خاص به دست آورند محروم می‌سازد (Meyer, 2008: 530).

۲-۱-۱. توجیه نظریه

در این رویکرد به طور اجمالی با دو دسته ادله، امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده انکار می‌شود: نخست، نفی پدیده اساسی‌سازی از حیث حقوق عمومی و دیگر ظرفیت‌نداشتن حقوق

1. The Netherland. Hogg Raad, 15 April 1994, NJ1994,608 – Valkenhorst

خانواده برای پذیرش اساسی سازی.

دلایلی که با احتجاج بدان بر تهدیدگری اساسی سازی برای دموکراسی تأکید می‌شود به شرح زیر است:

الف) ناتوانی هنجاری قانون اساسی: ویژگی هنجاری قانون اساسی و در نتیجه لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی به این معناست که هنجارهای اساسی باید از چنان کیفیتی برخوردار باشند که بتوانند مستقیماً و بدون نیاز به وساطت قوانین و مقررات عادی اثر حقوقی ایجاد کنند. در گذشته نظریه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی همواره در کشورهای مختلف مطرح بوده است. بسیاری از حقوق‌دانان معتقد بودند که بخش زیادی از قواعد و مقررات مندرج در قانون اساسی منابع حقوقی مستقیماً قابل اجرا نیستند، بلکه هنجارهای برنامه‌ریز هستند که کار قوای عمومی را جهت می‌دهند؛ لذا قابلیت اجرایی آن‌ها تابع وضع هنجارهای حقوقی با درجه پایین‌تر است. در حقوق ایران نیز برخی به عدم ارزش هنجاری قانون اساسی باور دارند و به اجرای قانون عادی در صورت مخالفت با قانون اساسی رأی داده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۱).

ب) ناتوانی کارکردی قانون اساسی: حتی اگر ویژگی هنجاری قانون اساسی را بپذیریم، صرفاً در محدوده روابط میان دولت و ملت (اثر عمودی قانونی اساسی) صدق می‌کند، لذا نباید اساس شکل‌گیری قوانین اساسی را از یاد ببریم. در نیمه قرن هجدهم در اروپا ملهم از نظریه قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو اندیشه تدوین قانون اساسی با هدف تجدیدنظر در رژیم سیاسی کشور و به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌هایی برای شهروندان در برابر حکومت شکل گرفت. لذا تنظیم روابط ملت با دولت در اکثر تعاریف حقوق اساسی رکن اساسی است (قاسم‌زاده، ۱۳۳۴: ۸؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۴؛ بوشهری، ۱۳۸۴: ۲۰) و اساسی سازی به معنای تنظیم روابط میان افراد جامعه از رهگذر مقرره‌های قانون اساسی تخصصاً از مباحث و موضوعات رشته حقوق اساسی خارج است.

ج) عدم صلاحیت محاکم در تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی: برخی از منتقدین اساسی سازی معتقدند که در قانون اساسی سازوکاری برای اساسی سازی پیش‌بینی نشده است و به همین جهت فاقد ضمانت‌اجراست. همچنین اصل اولیه برای نهادهای قضایی عدم صلاحیت است و از این رو محاکم هیچ صلاحیتی در رسیدگی و ورود به بحث اساسی سازی نخواهند داشت. ایشان بر این مبنا استوارند که تفسیر و حل تعارض میان قوانین عادی و قواعد اساسی منجر به مداخله قوه قضائیه در شئون مربوط به قوه مقننه می‌شود و این برخلاف اصل تفکیک قواست (جعفری‌بوشهری، ۱۳۸۴: ۳۱ و ۳۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۳۴: ۲۴۲-۲۳۸؛ امامی، ۱۳۴۷: ۱۵؛

متین‌دفتری، ۱۳۷۸: ۲۶ و ۲۷).

یکی از قضات کامن‌لا (قاضی اسکالیا) نیز معتقد است بدون وجود ضمانت‌اجرائی در قانون اساسی، مداخله قضایی خطر ذهنی شدن و فراتر از قانون رفتن را ایجاد می‌کند. وی می‌افزاید که من باور ندارم که قانون اساسی به من به‌عنوان یک قاضی چنین حقی داده باشد تا اثر حقوقی قانونی را که فکر می‌کنم در تعارض با حقوق احصانشده است نقض کنم. از این‌رو در یک پرونده که سایر قضات حق مادر برای کنترل ارتباطات فرزندش با دیگران را اساسی شمردند، او با این حق مخالفت کرد. بنابراین این رویکرد تمایل به شناسایی برخی از مرزبندی‌هایی دارد که اختیار قضایی را در شناسایی و اجرای حق‌های اساسی محدود می‌کند (Meyer, 2008: 552-553).

سطح دیگر ادله بر اثر سوء اساسی‌سازی بر حقوق خانواده متمرکز شده‌اند. بر این پایه اساسی‌سازی، مسیر زندگی خانوادگی و حقوق خانواده را به‌شکل آسیب‌زایی منحرف کرده و باعث ناتوان‌سازی اعضای خانواده شده است که مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق خانواده که مانع از تحقق اساسی‌سازی می‌شود به شرح زیر است:

الف) نهادی‌بودن خانواده: سازمانی‌بودن خانواده در برابر قراردادی‌بودن آن است. به این معنا که خانواده سازمانی حقوقی است که قانون‌گذار با توجه به اهدافی آن را طراحی کرده است و اختیار زن و مرد فقط در پیوستن یا نپیوستن به آن است؛ لذا حقوقی از پیش تعیین‌شده بر افراد خانواده حکومت دارد و ایشان صرفاً در محدوده ناچیزی حق دخل و تصرف در قواعد آن را دارند؛ لذا باید به حقوق خانواده در برابر قراردادهای و تعهدهای مدنی اصالت بخشید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶ و ۱۷). نهادی‌بودن حاصل نگرش اجتماعی به نهاد خانواده است که لازمه آن کاستن از آزادی‌های فردی در قبال مصلحت نهاد خانواده و به عبارت دیگر ترجیح مصالح جمعی بر مصالح فردی است. اساسی‌سازی به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین حقوق خانواده می‌تواند تهدیدکننده این ویژگی خانواده باشد و مصلحت خانواده به‌عنوان یک نهاد مستقل را به حاشیه رانده و کمرنگ سازد.

ب) شرعی‌بودن احکام حقوق خانواده: وفق اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. این اصل بر تقدم موازین اسلامی بر تمامی قوانین و از جمله قانون اساسی اشاره می‌کند. حقوق خانواده از سویی به اخلاق اسلامی و از سوی دیگر به احکام اسلامی گره خورده است. برخی از حقوق‌دانان حقوق خانواده را آمیزه‌ای از حقوق و اخلاق معرفی کرده‌اند و توسل به همین مفاهیم اخلاقی را ضامن بقای خانواده برشمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲). اصل تقدم اخلاق بر حقوق در حوزه خانواده در اصل دهم قانون اساسی تأکید شده و حتی برخی از

مقرره‌های قانون مدنی^۱ رنگ اخلاقی به خود گرفته‌اند و درخصوص ضمانت اجرای آن‌ها که مهم‌ترین خصیصه یک مقرره حقوقی است میان حقوق‌دانان اختلاف است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۷۱؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۱۳۲). با این همه، حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضای خانواده می‌تواند نقش اخلاقیات میان ایشان را تضعیف کند و با وقع نهادن به امیال و خواسته‌های فردی، مفاهیمی نظیر ایثار، تعاون و حسن معاشرت را کم‌رنگ سازد.

در حوزه احکام اسلامی نیز خانواده و نکاح، به جهت آثار مهمی که بر آن مترتب می‌شود (از جمله حرمت نکاح و امتزاج نسل)، در شرع مقدس از اهمیت برجسته‌ای برخوردار بوده و با سخت‌گیری بیشتری در رعایت احکام مواجه است. تا جایی که فقها اشتراط لفظ در ادای صیغه نکاح را شرط دانسته‌اند و قانون مدنی نیز به پیروی از مشهور فقهای امامیه لفظ در نکاح را لازم شمرده است (ماده ۱۰۶۲). از این رو نمی‌توان با تمسک به حق اساسی آزادی و حق اساسی دسترسی به ازدواج به ازدواج معاطاتی نظر داد. از این رو ویژگی شرعی بودن حقوق خانواده مانع از اعمال حقوق بنیادین افراد خواهد شد؛ چراکه منطبق بر شرع است و توان معارضه با آن را نخواهد داشت.

ج) آمره بودن قواعد ناظر بر خانواده: لازمه ویژگی سازمانی بودن نهاد خانواده و شرعی بودن آن آمره بودن قواعد حقوق خانواده است. حداقل در برخی از قواعد اساسی طرفین اختیاری در تعیین قواعد حاکم بر نهاد خانواده را نخواهند داشت. حقوق خانواده چنان با نظم عمومی گره خورده است که نسبت به سایر قراردادها از چهره خاصی برخوردار است و اصل بر آمره بودن قواعد آن است. این ویژگی سبب گشته است که بسیاری از شروط ضمن عقد نکاح تاب مقاومت در برابر احکام را نداشته باشد و باطل شوند؛ از جمله نمی‌توان با شرط ضمن عقد، ولایت را از پدر ساقط کرد یا آنکه ریاست خانواده را به زن سپرد. وقتی از زاویه حکم و نه حق به قواعد حقوق خانواده نگریسته می‌شود، حقوق بنیادین افراد نیز نمی‌توانند ناقض احکام حقوق خانواده باشند.

د) خصوصی بودن حریم خانواده: بر اساس آیه قرآن^۲ هر خانواده در داخل خود حریمی دارد که همه ملزم به پاسداشت آن می‌باشند. در اسناد بین‌المللی نیز اصلی پیش‌بینی شده است که خانواده را به‌عنوان مهم‌ترین حریم خصوصی افراد می‌شناسد. این اصل از اهمیت بسزایی برخوردار است.

۱. از جمله تکلیف به حسن معاشرت (ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی)، معاضدت در تشیید مبانی خانواده (ماده ۱۱۰۴)، لزوم اطاعت و احترام به والدین (ماده ۱۱۷۷).

۲. «یا ایها الذین آمنوا لاتدخلوا بیوتاً غیر بیوتکم»

تا جایی که در حقوق کشورهای دیگر حقی با عنوان خودمختاری داخلی^۱ یا حریم خصوصی^۲ برای نهاد خانواده پیش‌بینی شده است. مفهوم حریم خصوصی اختیار دولت برای مداخله در نهاد خانواده را محدود می‌کند. در برابر آن اصل پدرسالاری است که به دولت اجازه می‌دهد در موارد ضروری از اعضای آسیب‌پذیر خانواده حمایت کند.

حکیمان نیز از گذشته تدبیر منزل را از سیاست مدن تفکیک کرده‌اند و مرز قاطع و طبیعی میان دولت و خانواده کشیده‌اند؛ از این‌رو قوای سه‌گانه باید از مداخله در امر خانواده پرهیز کنند و مداخلات خود را به موارد ضروری و اجتناب‌ناپذیر محدود سازند (روشن، ۱۳۹۳: ۴۵)؛ به بیان دیگر مداخله حاد اقلی حکومت در خانواده در سطح قضایی محدود است به احکامی که در قوانین عادی و حقوق خانواده به رسمیت شناخته شده است و دادرسی نمی‌تواند از آن فراتر رفته و حق‌های اساسی افراد، که نشانی از آن‌ها در هنجارهای عادی نیست، به نظم حقوق خانواده وارد کند. چراکه در این صورت به مداخله در حریم خصوصی خانواده متهم خواهد شد.

۲-۱-۲. نقد نظریه

از نظر منتقدین این نظریه، حفاظت از خانواده در برابر نظارت و مداخله خارجی در حریم خصوصی ممکن است باعث نابرابری قدرت شود. به این ترتیب که سلطه شوهر بر همسر یا والدین بر فرزندان را تقویت کند، به‌گونه‌ای که کرامت ذاتی اشخاص حساس خانواده در نهانخانه خانواده در معرض تهدید قرار خواهد گرفت و ایشان با سد حریم خصوصی مواجه خواهند بود که نظام نمی‌تواند فارغ از حقوق خانواده از حقوق اعضای آن نیز حمایت مؤثر به عمل آورد. در این خصوص، هم فمنیست‌ها دکترین حریم خصوصی را به مرنوسی و سوءاستفاده از زنان محکوم کرده‌اند و هم حامیان حقوق کودک حفاظت شدید از حریم خصوصی را باعث افزایش آسیب‌پذیری اطفال دانسته‌اند (Meyer, 2008: 554).

نقد دیگری که به این رویکرد وارد می‌شود آن است که حمایت مطلق از خانواده در برابر اعضای آن، در نهایت به تضعیف نهاد خانواده می‌انجامد، زیرا افراد با تصور اینکه ممکن است با پیوستن به نهاد خانواده حق‌های اساسی ایشان نقض شود، کمتر رغبت می‌کنند که ازدواج کرده و تشکیل خانواده دهند. از این‌رو روابط آزادی که مبتنی بر توافق‌های طرفینی باشد و طرفین خود را از سایه تکالیف و مسئولیت‌های خانواده آزاد ببینند گسترش خواهد یافت و جایگزین نهاد خانواده

1. Autonomy
2. Privacy

خواهد شد. گرایش به مدل‌های زناشویی دیگری که در قالب هم‌زیستی بدون ازدواج یا هم‌باشی شکل گرفته است، فارغ از مسائل فرهنگی، به جهت نقض گسترده حق‌های اساسی در خانواده است که بدون پشتوانه حقوقی و قضایی اشخاص را مغبون خواهد ساخت.

لازمه پذیرش این رویکرد آن است که قانون اساسی به یک سند تزئینی تبدیل شود و به‌رغم شناسایی حقوقی برای ملت از ضمانت‌اجرا و ابزار حقوقی لازم برای نفوذ به حقوق خانواده برخوردار نخواهد بود. بدین ترتیب جایگاه قانون اساسی از هرم هنجارهای حقوقی حذف می‌شود و بیشتر جنبه سیاسی می‌یابد تا حقوقی. ماحصل این امر آن است که حقوق خانواده از حقوق اساسی منتزع خواهد شد.

۲-۲. پذیرش مطلق اساسی سازی حقوق خانواده

بر اساس این رویکرد، در حقوق خانواده می‌توانیم همواره جانب حقوق بنیادین افراد را بگیریم و در تراحم حق‌های اساسی با حقوق خانواده به حقوق بنیادین اعضای خانواده اولویت دهیم. از این‌رو دست قاضی برای استناد بی‌قید و شرط به حق‌های مندرج در قانون اساسی در مقابل حقوق خانواده گشوده است و به عبارتی حقوق بنیادین در برابر سایر حقوق مطلق باقی خواهند ماند و هیچ‌گاه تخصیص‌بردار نیستند.

۲-۲-۱. توجیه نظریه

ادله‌ای که این رویکرد بر اساس آن‌ها تقویت می‌شود به شرح زیر است:

الف) ویژگی هنجاری قانون اساسی: قانون اساسی از ویژگی هنجاری برخوردار است و بدون نیاز به وساطت قوانین عادی قابلیت استناد دارد. به‌علاوه اصل سلسله‌مراتب قوانین و برتری هنجاری قانون اساسی بر تمامی هنجارهای قانونی ایجاب می‌کند که قواعد مندرج در قانون اساسی بر قواعد دیگر حاکمیت داشته باشد. امروزه کمتر کسی است که ویژگی هنجاری قانون اساسی را تکذیب کند؛ چراکه قانون اساسی به‌لحاظ شکلی مطابق با تشریفات وضع قانون تصویب شده است و حداقل، ویژگی هنجاری آن در روابط دولت‌ملت پذیرفته شده است. برخی از اساتید حقوقی، هم‌سو با تحولات نظریه‌های حقوق اساسی، بر هنجاری بودن قانون اساسی تأکید ورزیده‌اند؛ از جمله آقای دکتر آزمایش تردیدی در هنجاری بودن قانون اساسی روا نداشته و بیان داشته‌اند: «شرط ماهوی صحت مقرر قانونی و اطلاق عنوان قانون بر آن این است که مقرر از حدود محیط خط کمربندی که مقررات قانون اساسی در اطراف حقوق یک کشور ترسیم کرده‌اند، خارج نباشد؛ یعنی در حقیقت مقررات مورد بحث در صورتی در محضر قوه قضائیه قابل استنادند و مستند حکم قرار می‌توانند گرفت که مغایرتی با قانون مادر نداشته باشند و مرجع تشخیص این

امر نیز خود قوه قضائیه است.» (آزمایش، ۱۳۵۰: ۱۰)

دکتر کاتوزیان نیز در رفع تعارض میان هنجارهای عالی و دانی، به نفع هنجارهای عالی رأی داده‌اند: «دادرس مأمور اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و هنگامی که در دعوا با دو متن متعارض روبه‌رو می‌شود، باید بر حسب قواعد، یکی از آن دو را مقدم شمارد. حال، اگر فرض کنیم که یکی از این متون مربوط به قانون اساسی و دیگری از قوانین عادی باشد، عقل حکم می‌کند که قاعده عالی‌تر بر مقررات پایین‌تر حکومت کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۷-۱۴۶).

به نظر نگارندگان نیز پذیرش ویژگی هنجاری تمام قواعد قانون اساسی با نظام حقوقی سازگارتر است؛ چه آنکه هم‌اکنون نیز شورای نگهبان بر عدم مغایرت قوانین عادی با اصول قانون اساسی نظارت می‌کند و این مبین رویکرد نظام حقوقی در هنجاری دانستن قواعد قانون اساسی است.

ب) مداخله‌گری قانون اساسی: قلمرو عمل قانون اساسی دیگر محدود به تنظیم قوای عمومی و نهادهای اداری و سیاسی نیست؛ بلکه در عرصه‌های دیگری نظیر حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت نیز ورود می‌کند و از این طریق بسیاری از گرایش‌های حقوقی از جمله حقوق کیفری، حقوق خصوصی و حقوق اداری را کنترل می‌کند و انتظام می‌بخشد.

اساسی‌سازی حقوق خصوصی از ویژگی‌های قانون اساسی تمامیت‌خواه است. در قانون اساسی تمامیت‌خواه نیز حقوق خصوصی تحت سلطه قانون اساسی بوده و باید در سایه قانون اساسی اعمال و تفسیر گردد. بر این اساس، حق‌های اساسی مصرح در قانون اساسی نه تنها حافظ افراد در مقابل دولت می‌باشد، بلکه در روابط خصوصی نیز حقوق اساسی باید محترم شمرده شود و افراد حتی با استناد به اصل حاکمیت اراده نیز توانایی نقض حقوق بنیادین تضمین‌شده در قانون اساسی را ندارند (مولائی و حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ۲۱۲).

قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز با شناسایی حقوق و آزادی‌های ملت در فصل سوم خود، در زمره قانون اساسی‌های مداخله‌گر است. رعایت اصول ۱۹ تا ۴۲ فصل سوم قانون اساسی در روابط عمودی دولت و شهروندان مسجل است و حتی نقض آن به قید مجازات ممنوع شده است.^۱

ج) صلاحیت محاکم در تطبیق قوانین عالی و دانی: برخی از حقوق‌دانان پیرو رویکرد آمریکایی^۲، قوه قضائیه را یگانه مرجع رفع تعارض میان قوانین عادی و اساسی می‌دانند و حتی

۱. ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات

۲. در خصوص دادرسی اساسی میان نظام‌های حقوقی دو رویکرد وجود دارد: رویکرد آمریکایی و رویکرد اروپایی. در روش آمریکایی دادرسی اساسی جزئی از دادرسی قضایی است و وظیفه اعمال دادرسی اساسی به مجموعه

چنین صلاحیتی را اصلی، ذاتی و اساسی شمرده‌اند (آزمایش، ۱۳۵۰: ۱۲). هرچند که شورای نگهبان می‌تواند به صورت پیشینی و ذهنی در حوزه صلاحیت‌های اختصاصی خود، از قانون اساسی صیانت مطلوب و متعادل را به عمل می‌آورد، در هیچ‌یک از اصول قانون اساسی مسئولیت پاسداری از حقوق و آزادی‌های بنیادین به طور مستقیم به این شورا واگذار نشده است. همچنین نظارت شورای نگهبان یک نظارت نوعی است که در سطح قوانین به عمل می‌آید؛ بنابراین می‌توان مسئولیت مستقیم و مؤثر پاسداری از قانون اساسی در زمینه حقوق و آزادی‌ها را متوجه دادگاه‌ها و نظام قضایی دانست. همچنان که اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی نیز به صراحت این وظیفه را بر عهده قوه قضائیه گذاشته و اعلام می‌کند: «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت» بوده و عهده‌دار وظیفه «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» است (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۱۵).

مداخله محاکم در اثربخشی به اصول قانون اساسی اساساً منافاتی با اصل تفکیک قوا ندارد؛ چراکه قاضی هیچ‌گاه حکمی کلی و برای افراد بی‌شمار وضع نمی‌کند و رأی وی موردی و در خصوص موضوع است. وی هیچ قانونی را باطل و لغو نمی‌کند که مداخله در امر تقنین تلقی شود. از سوی دیگر شورای نگهبان می‌تواند از تحقق قانون جلوگیری کند و به نوعی مانع اجرای آن شود. ولی دادرس، تنها حق دارد در دعوی طرح شده قانون اساسی را به عنوان «قاعده حاکم» برگزیند و آن را مقدم بر قانون عادی دارد. پس این دو صلاحیت ارتباط و تعارضی با هم ندارند تا بتوان ادعا کرد که پیش‌بینی شورای نگهبان به منزله نفی صلاحیت قضات است و از اصل نودوهشتم قانون اساسی افاده حصر کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۷).

همچنین در نخستین پیش‌نویس رسمی قانون اساسی ایران (اصل ۱۴۵) تکلیف قضات در مواجهه با قوانین متعارض با قانون اساسی چنین بیان شده بود: «دادرس مأمور اجرای قوانین... در صورتی که تعارض یا تراحمی بین قوانین بیابد، مکلف است اجرای قانون اساسی را مقدم دارد، بی‌آنکه حق ابطال قانون متعارض را داشته باشد.»

دستگاه قضایی سپرده می‌شود و با دادگستری معمولی متمایز نمی‌شود. یعنی تمامی دعاوی، صرف‌نظر از ماهیت آن‌ها با شرایط مشابه در دادگاه‌ها رسیدگی می‌شود. اما الگوی اروپایی، کاملاً متفاوت است. در این الگو، دادرسی اساسی از دادرسی قضایی جدا شده و رسیدگی در دادگاهی که ترجیحاً از دستگاه قضایی مستقل است، صورت می‌گیرد. دادگاه اساسی اصولاً از قوای سه‌گانه مستقل است (فاورو، ۱۳۹۳: ۱-۵).

د) ظرفیت موازین فقهی برای حمایت از حق‌های اساسی: فقه ظرفیت گسترده‌ای برای انعطاف‌پذیری احکام پیش‌بینی کرده است که مبتنی بر امتنان و تساهل بر امت رسول‌الله است. از جمله پیش‌بینی احکام ثانویه است که حکم اولی را به لحاظ عناوین خاصه‌ای که بر آن عارض می‌شود، تغییر می‌دهد. لاضرر، نفی عسرو حرج، اکراه و اضطرار، شرطیت، مقدمیت و حفظ نظام در زمره آن عناوین هستند و حاکم اسلامی می‌تواند از این عناوین برای ایجاد تعادل و توازن در روابط زن و شوهر بر اساس ضرورت‌ها بهره‌برد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۲۷).

برخی معتقدند که دسته‌ای از احکام دایرمدار مصلحت و مفسده است و اگر مصلحت یا مفسده مزبور مرتفع شود، حکم و جوب یا حرمت برداشته خواهد شد. در این رویکرد رابطه علی و معلولی میان احکام اسلامی و مصالح و مفاسد واقعی وجود دارد (مطهری، ۱۳۸۹: ۱۹۳). مثلاً لزوم اذن پدر برای ازدواج گرچه از موانع حق بر دسترسی به ازدواج است لکن شارع بنا بر مصالحی آن را پیش‌بینی کرده است که هرگاه این مصلحت نفی شود و پدر در تشخیص دچار اشتباه شود، باید بنا بر نفی مصلحت موجود در حکم اجازه ولی را ساقط بدانیم.

ترجیح «اهم بر مهم» موضوع دیگری است که از اصول عقلی به شمار می‌آید و ادله نقلی نیز مؤید آن است و برخی آن را در شمار احکام ثانویه دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۶۰). حدیثی به پیامبر منسوب است که فرموده‌اند: «إذا اجتمعت حرمتان طرحت الصغرى للكبرى»؛ توضیح آنکه در تعارض دو امر محترم و مفید کوچک‌تر برای بزرگ‌تر رها می‌شود، لذا هرگاه دو حکم در مقام اجرا در تزامن با یکدیگر قرار گیرند، به حکمی که ملاک آن اهم و اقوی است، عمل می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۳۶)؛ برای نمونه اگر حیات مادری در گرو سلب حیات از جنین وی باشد، حیات مادر که مستقر است بر حیات جنین مقدم می‌شود.

ضمن آنکه کرامت ذاتی انسان‌ها در اسلام از جایگاه رفیعی برخوردار است و در بیانیه حقوق بشر اسلامی قاهره بر لزوم حیات شرافتمندانه همه انسان‌ها که با شریعت اسلامی هماهنگ است تأکید شده است. اگر هم در مکتب اسلامی اصالت به خانواده داده می‌شود، خانواده‌ای منظور است که باعث رشد و تعالی اعضای خود شود، نه آنکه حیثیت، شرافت، کرامت انسانی و حق‌های اساسی اعضای خود را مخدوش سازد.

ه) لزوم تقدم حق‌های اساسی اعضای خانواده بر حفظ حریم خصوصی خانواده: هرچند خانواده از حریم خصوصی برخوردار است و بر این اساس مداخلات دولت و دیگران در این نهاد، تمامیت این حریم را به مخاطره می‌اندازد، لکن اگر حرمت و کرامت انسانی اعضای خانواده به لحاظ روحی و جسمی مورد تهاجم قرار بگیرد، دخالت دولت و حمایت حقوقی از آن را توجیه

می‌کند. برای مثال زوج تعویق در انفاق زوجه یا دین از باب مهریه را در پس پرده خصوصی بودن خانواده تاحدی ادامه دهد که شرافت و کرامت زن از باب حیثیت و نیازهای مادی اولیه به خطر بیفتد، نمی‌توان با ادعای لزوم حفظ حریم خصوصی خانواده دخالت حکومت برای تضمین دسترسی زن به حقوق مادی‌اش را نفی کرد یا آنکه چون سقط جنین، که با کرامت ذاتی جنین (حق حیات) وی منافات دارد، در حریم خصوصی خانواده رخ داده است، حکومت را از مداخله در این امر بازداشت یا پدر نتواند از این بابت علیه مادر طرح دعوی کند.

۲-۲-۲. نقد نظریه

از انتقادات وارد شده به اساسی سازی حقوق خانواده کاهش صمیمیت در نهاد خانواده است. از نظر اندیشمندان جمع‌گرا ویژگی‌های اساسی سازی متضاد با سلامت زندگی خانوادگی است که مستلزم استقرار، پیوند و تعهد است؛ چراکه در اساسی سازی حقوق بنیادین تأکید بیش از اندازه‌ای بر فردیت و استقلال افراد می‌شود که پیوند خانوادگی و مسئولیت‌پذیری را تضعیف می‌کند. توسل اعضای خانواده به حقوق بنیادین خود، خانواده را به میدان جنگ تبدیل کرده که مراجعات افراد به محاکم را جهت حل دعاوی که بهتر بود درون خانواده حل شود افزایش می‌دهد. از این‌رو در بدترین حالت خانواده به‌عنوان یک نهاد اجتماعی در معرض نابودی قرار می‌گیرد و در بازار روابط شخصی خانواده دیگر وجه مایزی نخواهد داشت که افراد بدان متمایل شوند (Meyer, 2008: 555-557).

همچنین تمسک بی‌حد و حصر به حقوق بنیادین افراد در خانواده منجر به به حاشیه رفتن نظام حقوق خانواده و فروپاشی آن خواهد بود. در حقوق آمریکا برخی از متخصصین حقوق خانواده معتقدند که اجرای مکرر اصول بنیادین دست قاضی دادگاه خانواده را برای اعمال حقوق سنتی خانواده می‌بندد؛ مثلاً اساسی سازی حقوق فرزند، قاضی را در اعمال مصلحت عالی طفل محدود می‌کند و این قضیه چون طوفانی برای حقوق خانواده آمریکا خواهد بود. اساسی سازی به این گرایش دارد که از ارزش‌های عالی در برابر ارزش‌های دانی حمایت کند و باعث عقب‌نشینی حقوق خانواده از گفتمان اخلاقی می‌شود (Meyer, 2008: 557-559).

مهم‌ترین ایراد این نظریه این است که ایشان خانواده را در عرض سایر پدیده‌های قراردادی تحلیل می‌کنند و با توسعه اجتماع مدنی تصور کرده‌اند که زندگی خانوادگی حساب جداگانه‌ای از زندگی اجتماعی و سایر مناسبات ندارد؛ پس تکلیف و حقوق جداگانه‌ای را ایجاد نمی‌کند، همان طوری که هزاران شرکت و همکاری در اجتماع است، شرکت زن و شوهر، پدر و فرزند یا مادر و فرزند، خواهر و برادر هم از همان نوع است. از این منظر زن و مرد با استعدادها و احتیاج‌های مشابه، در زندگی خانوادگی شرکت می‌کنند و سندهای مشابهی از طبیعت در دست دارند و قانون

خلقت هم برای ایشان تشکیلاتی در نظر نگرفته است و پست‌ها و مسئولیت‌ها را میان ایشان تقسیم نکرده است. در نظام غرب تلاش می‌شود که تفاوت‌های غریزی و طبیعی زن و مرد نادیده انگاشته شود و هر دو از حقوق یکسانی در خانواده برخوردار شوند. در حالی که فرضیه عدم تشابه حقوق خانوادگی نیز مبتنی بر این است که حساب اجتماع خانوادگی از اجتماع مدنی جداست. زن و مرد استعدادها و احتیاج‌های مشابهی ندارند و لذا نظام تکوین تکالیف و مسئولیت‌های مختلفی برای هر یک پیش‌بینی کرده است. نظر اسلام نیز آن است که خلقت و طبیعت زن و مرد مشابه یکدیگر نیست که حقوق و تکالیف یکسانی داشته باشند (مطهری، ۱۳۹۰ [الف]: ۱۵۱).

۲-۳. پذیرش مشروط اساسی‌سازی حقوق خانواده

از سویی مهم‌گذاشتن اساسی‌سازی در حقوق خانواده حقوق بنیادین اعضای خانواده را از کارایی می‌اندازد و از سوی دیگر حمایت بی‌قیدوشرط از اساسی‌سازی می‌تواند حقوق خانواده را در معرض دگردیسی قرار دهد؛ به‌گونه‌ای که حقوق خانواده موجود از کارایی بازماند و تهی شود و نظام حقوقی خانواده جدیدی با توجه به اصول اساسی در نظام قضایی ایجاد شود.

بر اساس آیات قرآن انسان دارای کرامت ذاتی و مسجود فرشتگان بوده است و ملاک برتری ایشان تقوا و عمل صالح است. در اسلام هر یک از افراد بشر فارغ از نوع جنسیت دارای حقوق و تکالیفی هستند که حسب نقش‌های مختلفی که در اجتماع می‌پذیرند این حقوق و تکالیف فرق دارند. بر این مبنا باید قائل به آن بود که نه حقوق بنیادین افراد آن‌چنان مطلق است که بی‌قیدوشرط مبنای تفسیر قضایی قرار گیرد و نه نهاد خانواده می‌تواند بدون توجه به حقوق بنیادین افرادش به حیات خود ادامه دهد. بنیادین‌بودن یک امر با مطلق‌بودن آن ملازمه ندارد و در مطلق‌بودن عمده حقوق و آزادی‌ها نمی‌توان تردید کرد (قربان‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۴). حتی فردگراها نیز حقوق بنیادین را کاملاً مطلق ندانسته‌اند و محدودیت‌هایی برای آن بر شمرده‌اند؛ از جمله دورکین سه دلیل برای محدودکردن یک حق بنیادین می‌شمارد: نخست دلیلی که نشان دهد، نادیده‌گرفتن یک حق در یک مورد خاص، ارزش‌های مبنای حق را در خطر نمی‌اندازد یا خطر آن بسیار ضعیف است؛ دیگر ادله‌ای دال بر اینکه اگر حق در یک مورد خاص محدود نشود، حق رقیب (حق بنیادین دیگر) را محدود خواهد ساخت؛ و در نهایت، دلیلی که نشان دهد تأمین و رعایت حق مستلزم پرداخت هزینه‌ای فوق‌العاده گزاف از سوی جامعه است، امری که حمله به کرامت یا برابری را به‌نحو بسنده‌ای توجیه می‌کند (Dworkin, 1977).

بر این اساس ما نیز معتقدیم که حقوق بنیادین مطلق نیست، اما نه آن‌گونه که فردگرایان گفته‌اند که یگانه عامل کنترل حق‌های اساسی خود آن حق‌ها هستند و حتی نه آن‌طور که جمع‌گرایان با

حمایت مطلق از مصلحت جمعی، حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص را تخصیص اکثر زده‌اند. با مبنایی که از منظر اندیشمندان اسلامی مطرح کردیم، باید میان کرامت ذاتی انسان که مورد حمایت در فرایند اساسی سازی است با ارزش‌ها و مصالح خانوادگی با توجه به آنکه خود نهاد خانواده نیز دارای تشخیص است، تعادل برقرار کرد. در ادامه برخی از ملاحظات و بایسته‌های اعمال حق‌های بنیادین در نهاد خانواده را بر خواهیم شمرد.

۱-۳-۲. تعریف نهادهای حقوق خانواده

تعریف نهادهای حقوق خانواده نقش مهمی در اساسی سازی دارد، تا آنجا که شناسایی حق‌های اساسی جز در محدوده تعاریف نظام‌های حقوقی از آن‌ها میسر نیست. برای مثال اگر ازدواج را به پیوند عاطفی و حقوقی میان زن و مرد بالغ^۱ تعریف کنیم که سبب زوجیت میان آن دو می‌شود، تعریف ازدواج شامل دو همجنس نمی‌شود و اساساً نابالغین را دربرنخواهد گرفت. به تبع موضوع رابطه میان دو غیرهمجنس تخصصاً از شمول حق اساسی بر ازدواج خارج است. در تعریفی از زوجیت آمده است که وضعیت خاص قانونی است و این مفهوم فقط شامل زوج‌هایی با جنسیت مختلف می‌شود که می‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند (Hamilton, 2006: 38). این تعریف نشان می‌دهد که حتی جوامع سکولار نیز در برابر به رسمیت شناختن ازدواج همجنس‌گرایان و اعطای حقوق والدین به شریک هم‌جنس‌گرایی که نسبت نسبی با فرزند ندارد مقاومت کرده‌اند. تا جایی که برخی از منتقدین اساسی سازی حقوق خانواده دلیل مخالفت خود را این‌گونه ذکر کرده‌اند که محاکم در تعیین محدوده حریم خصوصی خانواده به مفهوم مضیق خانواده ره سپرده‌اند و آن را منحصر به مفهوم خانواده مبتنی بر ازدواج و منطبق بر سنت‌های تاریخی دانسته‌اند و از این رو رویه قضایی برگ برنده قوی‌تری به خانواده‌هایی با جنسیت مختلف نسبت به همجنس‌گرایان نشان داده است (Meyer, 2008: 554).

برخی از حقوق‌دانان نیز به اهمیت صغرای قیاس یا موضوع‌شناسی در تفاسیر قضایی توجه داشته‌اند و اشاره کرده‌اند که چنانچه حکم مسئله‌ای در قانون مشخص باشد، هر چند امر به لحاظ حکمی برای دادرس مبرهن است، لکن ممکن است پرونده از نظر موضوعی و صغرای قیاس دشواری‌های داشته باشد که در این مورد قاضی ناگزیر از تفسیر خواهد بود. همچنین در فرضی که تیغ تفسیر دادرسان در منصفانه کردن قواعد غیر عادلانه برآ نیست، به تعبیر آقای دکتر جعفری تبار

۱. بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر به بلوغ زن و مرد برای زوجیت اشاره کرده است.

قاضی می‌تواند با نزدیک شدن به ادبیات و مددجویی از شاعران، در امر موضوعی پرونده دخالت کند و تحقق واقعه را به مجاز نپذیرد و بدین وسیله از اجرای قاعده‌ای غیرمنصفانه برهد (جعفری تبار، ۱۳۹۵: ۱۸۳).

البته تعاریف حسب نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت‌اند که این امر می‌تواند حقوق و تکالیف مربوط به خانواده را نیز دستخوش تحول کند. برای مثال در اسناد بین‌المللی تعریف مشخصی از خانواده ارائه نشده است و به دولت‌ها صلاحیت داده شده است تا با لحاظ کردن شرایط فرهنگی جامعه خود، خانواده را تعریف کنند. کمیته حقوق بشر در نظریه تفسیری شماره ۱۹ ضمن بند ۲ به وضوح در تعیین مفهوم خانواده به دولت‌ها آزادی عمل فرهنگی داده است. بنابراین زمانی که گروهی از افراد بر اساس قانون و رویه یک کشور خانواده به شمار روند، باید از حمایت‌های مصرح در ماده ۲۳ کنوانسیون برخوردار شوند (صفاری‌نیا، ۱۳۹۳: ۵۵).

نمونه دیگری که جایگاه تعریف نهادهای حقوقی و خانوادگی را شفاف می‌سازد، تعریف حیات جنین است که می‌تواند در مجوز سقط جنین مؤثر باشد. موافقان و مخالفان سقط جنین همواره بر سر اختیار مادر به منظور رهایی از حمل به مقابله با یکدیگر برخاسته‌اند. موافقان مبنای نظری خود را بر استقلال و آزادی اراده مادر بر سرنوشت خویش استوار ساخته‌اند و مخالفان نیز از تقدس حیات جنین دفاع کرده‌اند (جاویدی، ۱۳۸۳: ۱۵). حال اگر حمل زیر چهار ماه را جنین و دارای حیات ندانیم بدیهی است که حق اساسی بر حیات هم برای آن قابل تصور نخواهد بود.

۲-۳-۲. منع سوءاستفاده از حق

این امتیاز و اختیاری که قانون برای فرد در برابر شخص دیگر (حق ابوت) یا در برابر اشیاء (حق مالکیت) قائل می‌شود، دارای دو حد است: حد مادی و حد معنوی. حد مادی یا بیرونی، شعاع عمل و حوزه اعتبار یا گستره قلمرو آن را مشخص می‌سازد و حد معنوی یا درونی، ناظر بر کیفیت کاربرد حق داخل قلمرو آن است. فرد تا زمانی که در حدود تعیین‌شده قانونی اعمال حق کند، مجاز و مأذون است. خارج از قلمرو مزبور اصولاً منطقه ممنوعه است و خروج از آن را «تجاوز از حق» نامیده‌اند. حال اگر در همان محدوده، تصرفات وی باعث تجاوز به حقوق دیگران یا جامعه شود یا آنکه در اعمال حق خود سوءنیت به خرج دهد، در اصطلاح حقوق دانان مرتکب «سوءاستفاده از حق» شده است که همانا شکستن مرز معنوی حق است (موحد، ۱۳۹۷: ۲۷).

در نظام حقوقی ایران، تجاوز از حد معنوی حق تحت اصل چهلم قانون اساسی به رسمیت

شناخته شده است.^۱ این اصل ملهم از اصل فقهی لاضرر است که مفاد آن شامل قاعده منع سوءاستفاده از حق هم می‌شود.

این معیار هم تقییدی بر اطلاق حق‌های اساسی اعضای خانواده بوده و هم حدی برای حقوق عادی خانواده است.

در خصوص حق‌های اساسی می‌توان نمونه‌های فراوانی را یافت که اعمال حق اساسی افراد می‌تواند، ضرر نامتعرفی را متوجه غیر سازد. برای مثال آنگاه که مادری از شرایط اخلاقی یا مالی مناسبی برای حضانت برخوردار نیست، اعمال حق اساسی وی برای آزادی بر سرنوشت کودک خود یا حق بر تربیت و پرورش وی اصولاً ضرر نامتعرفی را به کودک وارد می‌آورد. از این رو دولت ورود کرده و چنانچه والدین صلاحیت لازم برای حضانت وی را نداشته باشند، سرپرستی اطفال را از ایشان اخذ و آن را خود متقبل می‌شود یا به اشخاص صالح می‌سپارد. چهره‌ای از مصالح است، چراکه در تعریف مصلحت دفع ضرر نیز پیش‌بینی شده است.

در خصوص اذن پدر در ازدواج دختر باکره نیز در صورت موجه نبودن مخالفت پدر، اذن پدر ساقط می‌شود و اذن دادگاه جایگزین اذن پدر خواهد شد. این حکم بر اساس قاعده منع سوءاستفاده از حق و بر مبنای قاعده فقهی لاضرر استوار است.

بر اساس همین قاعده است که نهاد داوری برای مراجعه زوج به دادگاه برای طلاق دادن همسرش پیش‌بینی شده است تا حکومت بر نحوه اعمال حق طلاق زوج نظارت داشته باشد و طلاق دادن زوج سبب سلب حقوق زوج نشود.

۳-۲-۳. مصالح و ارزش‌های اساسی خانواده

شناسایی ارزش‌ها و مصالح خانوادگی در تصمیم‌گیری‌های قضایی در حوزه خانواده از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ به گونه‌ای که نمی‌توان نهادهای حقوق خانواده و حتی حق‌های اساسی اعضای آن را بدون التفات به این ارزش‌ها تحلیل کرد. بی‌شک قانون‌گذار باید به منافع هر یک از افراد خانواده توجه کند؛ لیکن آنچه در درجه اول اهمیت دارد، نفع خانواده به عنوان یک نهاد و واحد اجتماعی است و استحکام و حمایت از آن باید بیش از هر چیز دیگر مورد نظر باشد. در ایران همواره قانون‌گذار به حمایت از نهاد خانواده نظر داشته است؛ با این حال قوانین حمایت از خانواده، آن طور که از نامشان پیداست، بیش از آنکه معطوف به حمایت از نهاد خانواده باشند،

۱. «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

حقوق زن و اطفال را مدنظر قرار داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۲۱). زمانی که قانون مدنی تصویب می‌شد، روح فردگرایی بر آن حاکم بود. ولی امروزه بیشتر نظریه‌ها متوجه مصلحت خانواده و فرزندان است و حقوق می‌خواهد این نهاد را از گزند خودخواهی‌ها مصون دارد، هرچند به بهای کاستن از آزادی‌های فردی باشد؛ لذا در کنار مفاهیمی چون «ریاست خانواده»، «اختیار شوهر در طلاق»، «ولایت و حضانت بر فرزندان» و نیز حقوق و آزادی‌های فردی اعضای خانواده باید به مصلحت خانواده اندیشید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶).

حفظ قداست و ارزشمندی خانواده، خصوصی بودن روابط خانوادگی، دوام و کیان نهاد خانواده و انسجام روابط اعضای خانواده از جمله ارزش‌های اساسی نهاد خانواده هستند که در نظام‌های حقوقی مختلف بدان پرداخته شده است. تردیدی نیست که این ارزش‌ها گاهی مؤید و حمایتگر حق‌های اساسی می‌باشند و گاهی در تضام با این حقوق قرار می‌گیرند؛ برای مثال حریم خصوصی خانواده اقتضا می‌کند که اعضای خانواده نتوانند با دستاویز قراردادن حق‌های بنیادین خود به طور مطلق در هر موردی با افشای اسرار خانوادگی، تمامیت خانواده را به خطر بیندازند یا آنکه عضوی از خانواده بخواهد رحمت و مودت که اساس انسجام روابط خانوادگی است را قربانی آزادی خود در تظاهر به هر گونه رفتار خودخواهانه قرار دهد. در مقابل گاهی انسجام روابط خانوادگی در گرو کرامت‌مداری و حفظ حق‌های اساسی ایشان است.

برای مثال یکی از اصول شناخته‌شده در بحث اهدای جنین به زوجین نابارور، اصل محرمانگی نسب است که در تبصره ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور بدان اشاره شده است. این اصل با حق اساسی طفل مبنی بر شناسایی نسب منافات دارد.^۱ لکن آیا قانون‌گذار مصلحتی را در نظر داشته است که مراکز باروری را موظف به طبقه‌بندی اطلاعات مربوط به جنین‌های اهدایی در اطلاعات به‌کلی سری کرده است؟

موافقان افشای راز اهدا به کودک به حق طبیعی و اساسی کودک در آگاهی از منشأ وجودی خود متوسل شده‌اند و در مقابل مخالفان آشکار شدن نسب برای کودک مصالحی را بر این امر برشمرده‌اند؛ از جمله آنکه از دخالت‌های احتمالی اهداکنندگان در فضای خانوادگی و تربیتی کودک جلوگیری می‌شود، جایگاه والدینی اهداگیرندگان تثبیت می‌گردد و نظام تربیتی واحدی برای کودک به کار گرفته

۱. بند اول ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک، «تولد کودک بلافاصله پس از به‌دنیا آمدن ثبت می‌شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب تابعیت و در صورت امکان، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی آن‌ها برخوردار می‌باشد.»

شود و این امر از سرگردانی هویت کودک جلوگیری می‌کند (پوربخش، ۱۳۸۸: ۱۷۹).

۲-۳-۴. موازین اسلامی

وفق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. در نظام حقوقی ایران تمامی احکام اعم از عادی و اساسی باید موافق با موازین اسلامی باشد. در اصل ۶۱ قانون اساسی نیز به لزوم رعایت موازین اسلامی در تصمیمات قضایی نیز اشاره شده است. این اصل یک معیار تعیین‌کننده در قوانین و مقررات است و حتی حق‌های اساسی نیز باید به موازین اسلامی عرضه شوند. برای مثال هرچند که حق دسترسی به نکاح یک حق اساسی است ولی موازین اسلامی ولایت کفار بر مسلمین را برنمی‌تابد و از این رو محدودیتی بر این حق وارد آورده است که همانا منع نکاح مسلمه با غیرمسلمان است.

با این همه، اقوال فقهی در برخی از موضوعات مختلف‌اند که هم این مسئله و هم سایر ظرفیت‌های فقهی نظیر عناوین ثانویه، توجه به مصالح مهم‌تر و مقاصد شرعی (همان طور که پیش‌تر گفته شد) می‌تواند در این خصوص راهگشا باشد.

نتیجه

اعضای خانواده به مناسبت حیثیت انسانی و کرامت ذاتی خود از پاره‌ای حقوق برخوردارند که انسانی، جهان‌شمول و تبعیض‌ناپذیر است و در اسناد حقوقی نظیر قانون اساسی و اسناد حقوق بشری بدان‌ها اشاره شده است. از سوی دیگر اعضای خانواده به مناسبت نقش خود در خانواده دارای حقوق و تکالیفی هستند که با توجه به نهادی بودن ماهیت خانواده به‌سان قواعد آمره بر ایشان حکومت می‌کند.

اساسی‌سازی در فرایند قضایی به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضا در دعاوی خانوادگی در پی تعدیل مقرره‌های عادی حقوق خانواده به نفع این دسته از حقوق و آزادی‌هاست. خانواده به‌رغم نهادی بودن در مراحل مختلف خود با ماهیت‌های حقوقی مختلفی مواجه است که تعریف، ماهیت و قواعد حاکم بر آن‌ها مؤثر در امکان‌سنجی اساسی‌سازی خواهد بود. تحلیل صحیح دادرسی از هریک از این مفاهیم در شناخت مرزهای اعمال حق‌های اساسی اعضای خانواده بسیار راهگشاست. چه آنکه تفاوت در تعریف از هر یک از نهادهای حقوق خانواده می‌تواند به جابه‌جایی مرز حق‌داشتن اعضای خانواده در آن نهاد بینجامد.

در این پژوهش با مروری بر ادله موافقان و مخالفان اساسی‌سازی که در دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خانواده مطرح بود ظرفیت‌های لازم برای ورود مشروط حق‌های اساسی به نظام

حقوق خانواده را ارزیابی کرده و دریافته‌ایم که نظام حقوق خانواده ایران ابزارهای مؤثری در نظام فقهی و حقوقی خود برای راهیابی حق‌های اساسی افراد به حقوق خانواده دارد. با این حال شاید این ادعا گزاف نباشد که اساسی‌سازی برای نظام حقوقی ما آورده‌افزون‌تری ندارد. مگر آنکه اساسی‌سازی را به‌طور مطلق بپذیریم که در آن صورت در هر شرایطی حقوق بنیادین اعضای خانواده باید بر هنجارهای دیگر مقدم شود. لکن دیدیم که ماحصل این اطلاق در پذیرش اساسی‌سازی، فروپاشی نظام حقوق خانواده، تهدید صمیمیت اعضای خانواده و برابری مطلق اعضای خانواده با وجود نقش‌های مختلف ایشان خواهد بود و می‌تواند روح فردگرایی را در خانواده که خلاف ویژگی‌های اخلاقی خانواده است گسترش دهد. حال آنکه در نظام حقوقی ما که مبتنی بر نظام حقوقی اسلام است، اصالت خانواده به‌روشنی پذیرفته شده است و ترجیح بلاقید حق‌های اساسی اشخاص با آن مغایرت دارد.

با این همه در مقام نقد نظریه سوم نیز می‌توان گفت با وجود آنکه ارائه این معیارها دادرس را در موردی‌نگریستن به مقتضیات هر پرونده رهنمود می‌شود و باعث انعطاف‌پذیری قوانین سخت‌گیرانه خانواده و انصاف در حل و فصل دعاوی خانوادگی خواهد بود، پیش‌بینی‌پذیری آرا را کاهش خواهد داد؛ چراکه تشخیص این معیارها بسته به نظر و تشخیص قاضی است و کم‌تجربگی برخی از محاکم می‌تواند مشکل‌آفرین بوده و ناقض عدالت تلقی شود. با این حال در نظر گرفتن قاضی مشاور و مؤثر بودن نظر وی در تصمیم‌های قضایی می‌تواند از خطای تصمیم‌گیری قضات در دعاوی خانوادگی بکاهد.

غایت این پژوهش آن بود که محاکم را با ادبیات اساسی‌سازی در دعاوی خانوادگی و بایسته‌های آن آشنا کنیم تا بر این طریق و با تجهیز شدن به ابزارهای مؤثر حقوقی و فقهی، که اینک در اختیار ماست، آن‌ها را به ملاحظه کرامت انسانی اعضای خانواده در تصمیمات قضایی خود دعوت کنیم.

منابع

فارسی

- آزمایش، علی (۱۳۵۰)، «مسئله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۰.
- بابایی، ایرج و مرتضی ترابی (۱۴۰۰)، «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- پوربخش، سیدمحمدعلی (۱۳۸۸)، «درمان ناباروری و رازداری در اهدای گامت»، فصلنامه اخلاق پزشکی، سال سوم، شماره ۷.
- تقی زاده، جواد، (۱۳۸۶)، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۱۱.
- جاویدی، مصطفی (۱۳۸۳)، «سقط جنین (بررسی تطبیقی در حقوق ایران، حقوق انگلیس، فرانسه و فتاوی فقهی)»، گواه، زمستان ۸۳ و بهار ۸۴، شماره ۲ و ۳.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۵)، دیو در شیشه در فلسفه رویه قضایی، تهران: حق گزاران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری بوشهری، جعفر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، اصول و قواعد، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۹۲)، حقوق زن و خانواده، چاپ دوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- روشن، محمد؛ صادقی، محمد (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوق خانواده، تهران: جنگل، جاودانه.
- صفاری نیا، محیا (۱۳۹۳)، خانواده در اسناد حقوقی بین المللی، تهران: شهر دانش.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (۱۳۹۳)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- طهماسبی، علی (۱۳۹۱)، «فزون خواهی حق های اساسی: درآمدی بر اساسی سازی حقوق خصوصی»، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، تهران: نشر میزان.
- قاسم زاده، قاسم (۱۳۳۴)، حقوق اساسی، چاپ ششم، تهران: انتشارات چاپخانه دانشگاه.
- قربان نیا، ناصر (۱۳۸۵)، «تحدید حقوق و آزادی ها»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۱۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، حقوق خانواده، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
- کبگانیان، محمدحسن (۱۳۹۷)، حق دسترسی به مرجع دادرسی اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران، پایان نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد: دانشگاه تربیت مدرس.
- گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، در تکاپوی حقوق اساسی، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
- متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- محمدزاده، مسلم (۱۳۹۴)، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله برای اخذ مدرک دکتری: دانشگاه تهران.

- مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: انتشارات صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، مجموعه آثار، جلد سوم، تهران: انتشارات صدرا.
- مولائی، یوسف و ناصر حاجی‌پور (۱۳۹۷)، «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۶۱، تابستان: ۲۳۵-۲۰۹.
- موحد، محمدعلی (۱۳۹۷)، حق و سوءاستفاده از آن، تهران: نشرکارنامه.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۲)، عناوین ثانوی و حقوق خانواده، تهران: سازمان پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

عربی

- مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۳۸۰)، بحوث الفقهیه هامة، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

انگلیسی

- DAVID D. MEYER (2008), 'The Constitutionalization of Family Law', Family Law Quarterly, Vol. 42, No. 3, Golden Anniversary Issue (Fall), pp. 529-572, Published by: American Bar Association.
- Dworkin, Ronald (1977), taking rights seriously, Harvard University press.
- GLENDEN, Mary Ann (1989), The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United and Western Uroupe.
- Hamilton, Vivian E (2006), 'Principle of U.S Family Law', Faculty Publications.