

تأثیر مصلحت سنجی‌های پدرا نه دولتی مدرن در محدودسازی حیطه حقوق خصوصی
پیمان میرهادی^۱ - محمود شهیدی^۲ - علیرضا انتظاری نجف آبادی^۳
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۵

چکیده:

مصلحت سنجی‌های پدرا نه پدیده‌ای است که در آن حکومت - دولت، نقش محافظ اعضای جامعه را در سایه مراقبت و تصمیمات پدرا نه خویش داشته است. این مسئله مبین این اندیشه است که دولت‌های مدرن در برخی حوزه‌های حقوق خصوصی نظیر قراردادهای کار و حقوق خانواده، به نوعی مدیریت و ابتکار عمل زمینه‌های معین زندگی حقوق خصوصی‌شان را در دست می‌گیرند که نهایتاً ممکن است به کاهش اصول محترمی همچون حاکمیت اراده بیانجامد. در این نوشتار ضمن بررسی مصادیق محدودساز نگرش‌های پدرا نه در حوزه حقوق خصوصی، تقابل اینگونه مصلحت سنجی‌های پدرا نه دولتی مدرن را با مبنای ترویج عدالت توزیعی که سنتا با حمایت از طرف ضعیف در قالب عدالت معاوضی که اغلب در قراردادهای خصوصی مرسوم بوده، بررسی می‌کنیم تا ناسازگاری استقلال و خودمختاری شهروندان با مسئله اصلی مشخص شود. شناسایی تأثیرات نامطلوب این پدیده گامی در جهت برقراری عدالت مطلوب است. **واژگان کلیدی:** مصلحت سنجی‌های پدرا نه، دولت‌های مدرن، عدالت معاوضی و توزیعی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

JPIR-2008-1500

^۱ - دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران

^۲ - استادیار گروه روابط بین‌الملل، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران: نویسنده مسئول

Mahmoodshahidi@yahoo.com

^۳ - استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران

مقدمه

در این نوشتار، تأثیرات نامطلوب نگرش‌های پاترنالیستی (مصلحت سنجی‌های پدران) که توسط دولت تصویب و به منصفه اجرا گذارده شده است به ویژه قوانین قانونی زندگی خصوصی نظیر اغلب در قراردادهای، حقوق خانواده و مسئولیت مدنی بررسی می‌شود.

غالباً دولت موقعیت‌های خاصی را از طریق صدور قوانین و تصمیمات قانونی در زمینه‌هایی مانند قراردادهای خصوصی که حقوق خصوصی اصل آزادی انتخاب را مسلط کرده، حاکم نموده است. از آنجا که پدر یک خانواده بنا به مصلحت و اقتداری که دارد می‌تواند اقداماتی که در زمره تصمیمات خودش بنا به آنچه به صلاح فرزندان است انجام دهد. لذا برآورده ساختن بهترین منافع هدف نهایی‌اش است، حاکمیت نیز اینگونه می‌باشد. حمایت از طرف ضعیف‌تر، امری که به طور معمول تمامی جوامع درصدد دست یافتن به آن بوده‌اند، ولو با تمسک به حقه‌های هوشمندانه روانشناسی در نبود شفافیت برای عموم مردم و دستکاری کردن در امور بخش خصوصی که در بسیاری موارد شهروندان را ناراحت می‌کند.

نگرش پاترنالیستی حاصل موضع اجتماع‌گرایانه، دخالت دولت در تعیین خیر و شر زندگی است از طریق مجموعه‌ای از قوانین حمایتی و پدران، هدف برآورده ساختن بهترین منافع افراد است اما این هدف مقدس را گاهی اوقات با محدود کردن برخی حقوق خصوصی انجام می‌دهد. به عنوان مثال، قانون کار یک پیچ و خم بروکراتیک از قوانین است که ممکن است برخی از رفتارهای حقانی و مشروع را باز دارد و یا رفتارهای متفاوت را تحمیل می‌کند. فرض این است که قراردادهای نماد بیرونی و تجلی خارجی "خود مختاری افراد" هستند.

پاترنالیسم شبیه نظریه حمایت است. با توجه به موضع حمایت‌گرایانه‌ای که توسط دولت تصویب شده است. مقررات و محدودیت‌های قانونی زندگی خصوصی افزایش یافته است، از طرف دیگر قوه قضاییه مبادرت به حل و فصل مسائلی می‌کند که در زندگی روزمره در مدار خصوصی مطرح می‌شود؛ از دید این تحقیق به این دلیل است که تنها یک بازیگر اجتماعی می‌تواند تصمیمات خود را اعمال کند، به نظر می‌رسد نظام‌های حاکمیتی صرف نظر از نوع نظام سیاسی‌شان در مجموع اینگونه باشند.

در این میان اما مفهوم پیچیده عدالت توزیعی با متأثر ساختن بخش وسیعی از حقوق اقتصادی- اجتماعی مقوله‌ای است که به دخالت دولت رفاه در حیطه‌های بازتوزیع ثروت به نفع طبقات محروم مشروعیت می‌بخشد. همچنین تأکید این بحث در برخورداری برابر آحاد جامعه و توزیع عادلانه منافع و مضار در بین اعضای یک جامعه توسط حاکمیت در اعلامیه

جهانی حقوق بشر نیز مطرح گردیده که امروزه دولت‌های مدرن با اعمال روش‌های سیستماتیک و یا به تعبیر ما مصلحت‌سنجی‌های پدرانۀ، سعی می‌کنند تا مقوله عدالت اجتماعی را به بهانه‌هایی نظیر حمایت، مراقبه، افزایش رفاه، تأمین منافع شهروندان و همچنین برقراری عدالت توزیعی به نفع ناب‌خوردارترها، ضعیف‌ترها و به تعبیر بهتر اعضای شکننده جامعه، به اجرا گذارند.

پاترنالیسم را در یک دسته‌بندی کلی به پاترنالیسم دولتی، قانونی و قضائی تقسیم نموده‌اند. می‌توان گفت مشروعیت دولت اقتضا می‌کند که در فرآیند قانونگذاری و اجرای آن از طرف قوه قضاییه و نهادهای متبوع بعضاً پدرانۀ عمل نماید.

در کل می‌توان وضعیت پاترنالیسم دولتی را نوعی پدیده دانست که در آن دولت نقش محافظ و مهیا کننده اعضایش را دارد و در روابط گوناگون این اعضا شکننده تلقی می‌شوند و به نوعی برای مدیریت زمینه‌های معین زندگی خصوصیشان مناسب نیستند. گفته شده پاترنالیسم دولتی دخالت حکومت یا یک فرد در امور فرد دیگر، بر خلاف میل اوست و در دفاع و تشویق این دخالت ادعا می‌شود که شخص مورد مداخله به این ترتیب از گزند در امان می‌ماند و شرایط بهتری پیدا می‌کند. در رابطۀ پدرانۀ باید دو قطب وجود داشته باشد، وقتی یکی از این قطب‌ها در وضعیت برتری قرار می‌گیرد، قطب دیگر شکننده‌تر است و به حمایت خاصی نیاز دارد. برخی از صاحب نظران اعتقاد دارند تحلیل مصلحت‌سنجی‌های پدرانۀ در برگیرنده نوعی محدودیت در آزادی یا استقلال می‌باشد که دلایل خاصی را برای آن برشمرده‌اند.

به این ترتیب، این مطالعه به دنبال تحلیل عواقب احتمالی این وضعیت پدرانۀ نوع دوستانه در حوزه همگانی است. چنین وضعیت اقتدارگرایانه‌ای به طور وارونه‌ای افراد را در معرض آسیب‌پذیری بیشتر قرار می‌دهد و اصول حقوق خصوصی آنها را به حداقل می‌رساند. خلاصه "تنظیم قانون بیش از حد" به زندگی خصوصی لطمه می‌زند و این در نهایت می‌تواند به رغم اهداف نوع دوستانه، نظام‌های دموکراتیک را به اقتدارگرایی سوق دهد.

مسئله‌ی پاترنالیسم با توجه به سختگیری‌های قانونی مانند اجبار در استفاده از ماسک در بحران اخیر کرونا و یا بستن کمر بند ایمنی اتومبیل (البته در حقوق عمومی بیشتر) و یا مثلاً قراردادهای موقت کار در ایران و موارد و مسائل بی شماری که در این پژوهش به آنها اشاره خواهیم به اوج خود می‌رسد.

نقش مناسب پاترنالیسم، قوی یا ضعیف، سخت و ملایم در سیاستگذاری حقوقی موضوع بحث در مقالات متعددی در آمریکا بوده است که در یک کارگروه آموزشی در دانشگاه پورتلند

صورت گرفته است.

درک مفهوم مصلحت سنجی‌های پدرانه

واژه "پاترنالیسم" را اغلب، با واژه‌های دیگری چون "پاتریکال" یا "پاتریمونیل" تفاوتی قائل نشده‌اند و به همان معنا و مفهوم به کار می‌برند. پاترنالیسم نگرش اجتماعی به معنای پدرانه عمل نمودن بوده که در سیر تحولات تاریخی دچار تغییراتی گردیده و ما در این نوشتار از معادل فارسی "مصلحت سنجی‌های پدرانه" نیز استفاده می‌کنیم. اولین معنایی که از این واژه به ذهن خطور می‌کند، گونه‌ای از رفتار پدر در خانواده است که سلطه و اقتدار بر اعضای خانواده اعم از همسر و فرزندان دارد. برای فهم کلمه پاترنالیسم، لازم است ریشه آن را بشناسیم. به نظر ما برخی محققین در ایران به اشتباه معادل "پدرسالاری" را به کار برده‌اند که در بررسی‌های صورت گرفته این نتیجه را گرفتیم که این ترجمه و معادل سازی واژگان دست‌کم در سایر رشته‌های علوم انسانی نظیر علوم اجتماعی به بررسی شناخت تأثیرات ولو مطلوب این نگرش کاربرد داشته است. تا جایی که به لغت شناسی مربوط می‌شود، طبقه بندی‌های گوناگونی برای آن استفاده شده است. پاترنالیسم خالص از ناخالص و پاترنالیسم ضعیف و قوی و اقسام دیگر طبقه بندی که در این مقوله نمی‌گنجد. پاترنالیسم حقوقی گونه‌ای از مداخله دولت و رفتار قانونگذار و حمایت از شهروندان در محاکم برخلاف اراده ایشان است.

بررسی تأثیرات ایدئولوژی‌ها و فلسفه سیاسی

ایدئولوژی‌های سیاسی در واقع پیشنهادهایی برای شیوه سازماندهی به دولت در عصر مدرن برای دستیابی به اهداف خاصی مانند آزادی، عدالت، برابری، رفاه، امنیت فکری و غیره هستند. ایدئولوژی‌های سیاسی گرچه به توصیف پدیده‌ها و واقعیت‌های سیاسی نیز می‌پردازند، لیکن نهایتاً تجویزی هستند و نوع خاصی از نظم سیاسی را برحسب ارزش‌های مورد پذیرش خود پیشنهاد می‌کنند نظام‌های سیاسی تا اندازه زیادی بازتاب تحقق ایدئولوژی‌های سیاسی هستند هر چند در شکل‌گیری آنها عوامل بسیار دیگری چون سنت، فرهنگ، تاریخ و نظام اقتصادی مؤثر است. (بشیریه، ۱۳۶۹: ۱۲۱)

اما بحث اصلی ایدئولوژی، لیبرالیسم است. شاید به دلیل اینکه پیشینه‌ای درازتر از دیگر ایدئولوژی‌های دیگر سیاسی نظیر سوسیالیسم دارد و البته در این نوشتار چون بحث بر سر دولت-های مدرن می‌باشد اصولاً ایدئولوژی حاکم بر مباحث ما همین مکتب لیبرالیسم نیز می‌باشد که با مختصر توضیحاتی که خواهیم گفت که بسیاری از جوامع بنابر خواسته‌ها و نیازهایشان چرخه‌های گوناگونی را طی می‌کنند و در نتیجه دخالت دولت‌ها صرف‌نظر از خط و مشی

ایدئولوژی‌هایشان در روابط آشکارا خصوصی افراد گاهی کم و گاهی بیشتر می‌شود. در مکتب سوسیالیسم از سرمایه‌داری و بازار آزادی که دستاورد لیبرال‌ها می‌باشد به سبب افراد منزوی و خودخواهی که می‌پروراند انتقاد می‌شود و به آدم‌های دیگری که یا نامربوط به حیطه خصوصی شخص به حساب می‌آیند و یا ارزش توجه واقعی ندارند و یا رقیب محسوب می‌شوند و بنابراین خطر هستند شاید به دلیل شعار ایشان در تساوی طلبی و برابری کمترین اهمیتی داده نم‌شود. آناتول فرانس می‌گوید؛ "قانون در تساوی طلبی بزرگوارانه خویش اغنیا را نیز همانند فقرا از خوابیدن زیر پل گدایی در خیابان و دزدیدن نان منع می‌کند. برخی نظریه پردازان مکتب سوسیالیسم قانون را دستمایه و حاصل فکر بزرگان و پدران خویش دانسته‌اند که حقوق قانونی همان تعاریف حقوقی و وظایفی که بنیاد یک دولت و تعیین رابطه حکومت کننده و حکومت شونده بر پایه آن استوار می‌گردد. از طرفی چون بحث اصلی ما تاحدودی در تعدیل و معرفی خودمختاری در برابر پاترنالیسم می‌باشد و مسئله آزادی که در حقوق خصوصی معادل آزادی قراردادی است و چون صفت اصلی لیبرال‌ها قرن‌ها بر مشرب آزاداندیشی و مدارا دلالت می‌کرده است به طور طبیعی بحث بیشتر به سمت مکتب لیبرالیسم کشیده خواهد شد.

خصوصیت اصلی دولت‌های لیبرال قرن نوزدهم دخالت حداقلی آنها در روابط میان افراد بود و حوزه اصلی ایدئولوژی لیبرال، آشتی دادن آزادی رسمی و امنیت با هم بود، چرا که در آن زمان این دو بنیاد اصلی قانون بخش خصوصی را تشکیل می‌دادند. عقیده استقلال بخش خصوصی دقیقاً بر این دو بنیاد نهاد شده بود. فضایی مشروع که مجوز ظهور اراده را می‌دهد. این فضا اساساً با قراردادهایی در روابط میان افراد ظاهر می‌شود. به علاوه چون لیبرالیسم یک نظریه اقتصادی نیز برپایه ارتقا بازار آزاد است و به این منظور قراردادهای مهم به حساب می‌آمدند. در عوض مشارکت دولت در امور بخش خصوصی به حداقل می‌رسید. به نوعی دولت غایب و بیننده غیر فعال در بازی بازار سرمایه تا حافظ قوانین باشد (دارایی و قراردادهای ستون‌های سیستم را تشکیل داده‌اند که دولت‌های لیبرال رویکردی حمایتی از آنها دارند). اما به مرور زمان، لیبرالیسم در محافظت و اطمینان از آنچه به ایده‌آلش تبدیل شده بود شکست خورد چرا که این آزادی در عمل به نفع طبقه حاشیه‌ای یعنی آنچه طبقه بورژوازی و نجبا خوانده‌اند گردید و در طرف دیگر دستگاه‌های قضایی هم بنا به ژست مصلحت سنجی پدرا نیشان حمایت و دفاع از آزادی را به شکل تشریفاتی انجام دادند. به همین دلیل علی‌رغم غیر انسانی و وحشیانه بودن سرمایه‌داری حاکم در آن عصر، خودمختاری خصوصی به شکلی فزاینده تخفیف پیدا کرد

و نهایتاً علائم تغییراتی در مکتب لیبرالیسم با عناوینی چون لیبرالیسم میانه و محافظه کار و بعداً دولت‌های رفاهی پدید آمدند.

- دولت در اندیشه‌های سیاسی فلاسفه کلاسیک و مدرن

رکن اولیه اندیشه افلاطون این است که فرد هرگز خودکفا نیست و مبنای ساختارهای زندگی مشترک، نیاز است. به نظر افلاطون، کشور و دولت برای این وجود دارد که در خدمت نیازهای انسان باشد. در مدینه مورد نظر افلاطون خیر و مصلحت عموم منظور اصلی است و بدین منظور وجود حکومت و قانون ضروری است. در جهان امروز بدون تردید دو ایدئولوژی از نظر قدرت نفوذ گسترده‌تری و کارآمدی در رأس آموزه‌های سیاسی قرار دارند که عبارتند از لیبرالیسم و افلاطونیسم (نخبه‌گرایی)^۱؛ گرچه کاربرد واژه افلاطونیسم چندان رایج نیست، اما خمیرمایه اصلی اندیشه افلاطون همان نخبه‌گرایی است که مترادف با افلاطونیسم است. بنابراین دولت مردان با تشخیص مصلحت واقعی شهروندان و تعیین غایات برای آنها مکلف و محق به هدایت آنها هستند. از چنین شهروندانی نمی‌توان انتظار داشت که درک کنند چرا به اطاعت از قوانین پدرانهای که برای تبدیل آنها به انسان‌های عقلانی مقرر شده است، اجبار می‌شوند.

ارسطو با بیان این مطلب که وظیفه دولت تحصیل بزرگترین خیر برای اعضای جامعه سیاسی است حکومت را درباره زندگی مطلوب شهروندان مسئول و نیز مستحق می‌پندارد؛ همانگونه که درباره امنیت، رفاه و بهداشت آنها نیز تکالیفی را برعهده دارد. جان رالز این رویکرد را که پیشینه دیرین در اندیشه سیاسی دارد؛ کمال‌گرایی نامید. (راسخ، ۱۳۹۱: ۶۱) آموزه‌ای که به خوبی ارسطو آن را در کتاب سیاست تشریح کرده است. در رویکرد کمال‌گرایی دولت بدون ملاحظه رضایت شهروندان، داعیه قرار دادن آنها را در صراط مستقیم دارد با تعیین اهداف و غایاتی که از منظر خود حکومت کریمانه و خیرخواهانه هستند. امری که می‌تواند به دخالت حداکثری و پاترنالیسم دولتی منجر شود. نقطه مقابل این دیدگاه آموزه بی‌طرفی است که در اندیشه جان استوارت میل دیده می‌شود و تعیین خیر و صلاح خود افراد را دلیل کافی برای مداخله از سوی دولت نمی‌داند. لاک با بنیادین کردن منطق فردگرایانه^۲ و قرارداد گرایانه نظریه قرارداد اجتماعی پیشنهاد سنتی‌ای را که فرد بر اساس آن در خدمت دولت است، رد می‌کند و

^۱ - نخبه‌گرایی (elitism) باور به فرمانروایی نخبگان یا یک اقلیت یا اعمال فرمانروایی آنهاست. بر اساس نخبه‌گرایی هنجاری فرمانروایی نخبگان مطلوب و خواستنی است. برای اطلاع بیش‌تر ر.ک هیوود، اندرو سیاست، همان، ص ۱۱۷

^۲ - فردگرایی: (individualism) باور به اهمیت برتر فرد نسبت به هر گروه اجتماعی یا هیئت جمعیت برای. اطلاع بیش‌تر ر.ک به هیوود، اندرو، سیاست، ص ۲۸۷

با انکار هر نوع قداسستی برای دولت و تعریف دولت و تعریف آن هم چون ابزار ساده‌ای که افراد به وسیله آن از زندگی آزادی‌ها و اموال خود نگهداری می‌کنند، حقیقت متقابل آن، (دولت در خدمت فرد) را می‌پذیرد. (اوزر، ۱۳۸۶: ۱۳۳)

کانت به عنوان آزادی‌خواه اولیه تصور می‌کرد که نقش دولت حمایت از آزادی و حقوق مالی افراد است و مردم باید برای دنبال کردن اهداف خودشان آزاد گذاشته شوند، مادامی که به آزادی دیگر افراد آسیبی برسانند و یا در آن مداخله نکرده باشند.^۱ کانت گفت که مردم از راه قراری اجتماعی، آزادی بی بند و بار و وحشیانه‌ی خود را ترک می‌کنند تا آزادی کامل را به جای آن قرار دهند؛ آزادی‌ای که شکل قانونی دارد. دولت اصلاً شر ضرر یا غیر ضرر یا ابزار سرکوبی و استثمار نیست، بلکه کارگزاری خوب است که وظیفه اخلاقی کردن جامعه را برعهده دارد؛ اما نمی‌تواند این وظیفه را مستقیم پیش ببرد، همه آنچه می‌تواند انجام دهد آن است که شرایط بیرونی مطلوب برای پیش برد آن را، از راه برطرف کردن مانع‌های زندگی خوب فراهم آورد. (عالم، ۱۳۸۲: ۴۶۲-۴۶۱) به عقیده کانت دولت حقوقی، اساساً دولت آزادی است هدفش مجاز نمودن افراد به زیستن، آن‌گونه که خود می‌خواهند، در قلمروی خصوصی است که هیچ کس نمی‌تواند در آن دخالت کند و سزایش را نبیند؛ دولت حقوقی کانت از بنیاد معارض با دولت استبدادی و به ویژه با دولت پدرگونه^۲ است که داعیه تشخیص خوشبختی اتباع خود و خوشبخت کردن آنها حتی اگر نیاز افتد به رغم خودشان و در هر حال بدون اعتنا به وجدان اخلاقی و سیاسی آنها، را دارد.

- دولت‌های سنتی تا دولت‌های رفاه و مدرن

دولت عبارت است از مجموعه مستقلی از نهادهای سیاسی که تحت نام منافع عمومی و در چارچوب قلمرو جغرافیایی معین و گاهی محدود به طور اخص با سازمان یا تشکیلات سلطه سروکار دارد. دولت‌های سنتی مانند امپراتوری‌های پاتریمونیل، ظرفیت اعمال زور و اجبار بیشتر بر شهروندان‌شان را داشته اما توان اجرایی و نظارت مستمر به طور منظم را بر ایشان نداشتند.

^۱ - New world encyclopedia, paternalism, 2007

^۲ - ایمانوئل کانت: حکومتی که بر پایه ملاحظت نسبت به ملت خود استوار است، مثل ملاطفت پدر نسبت به فرزندانش حکومتی پاترنالیسمی است؛ به موجب چنین حکومتی، اتباع مانند کودکان صغیر، ناتوان از تشخیص نفع و ضرر خود، ناگزیرند چشم بسته و گوش به فرمان باشند و در انتظار داوری- ادامه از صفحه قبل - ئیس حکومت بمانند تا ببینند چگونه باید خوشبخت باشند و البته این خوشبختی را ناشی از الطاف کریمانه‌ی او بدانند. چنین حکومتی، به عقیده من خودکامه‌ترین و بدترین حکومتی است که انسان می‌تواند تصور کند. (روسو، ژان ژاک، همان، ص ۶۳) و چنین عملکردی از سوی دولت نه تنها نقض آزادی، بلکه نقض منزلت برابر همه انسان‌ها (اصل احترام کانت) است (New worl encyclopedia, paternalism, 2007)

دولت مدرن بالعکس یک پدیده نوپا و جدید است. ویژگی شاخص هر دولت مدرن عبارت است از: میزان یا دامنه استقلال یا اعمال حق حاکمیت آن، یعنی میزان و دامنه قدرت مطلق و نامحدود آن. هر دولت در بالاترین رده هرم قدرت در جامعه قرار دارد. به عبارت دیگر، دولت از این نظر که فراتر از دیگر نهادها، تشکیلات، مجامع، گروه‌ها و... در جامعه قرار می‌گیرد، قدرت عالی‌ه را در اختیار دارد. بر همین مبنا تمام کسانی که در محدوده یا قلمرو حاکمیت یک دولت به سر می‌برند و به نوعی شهروندان یا اتباع آن دولت محسوب می‌شوند باید در برابر قوانین آن تابع و تسلیم باشند. به عبارت دیگر قوانین، مقررات و حقوق و تکالیف مقرر و وضع شده از سوی دولت باید برای آنان مطاع و لازم‌الاطاعه باشد. شاید این نوع تعبیر و تلقی کلاسیک از دولت را در واقع به بهترین وجه بتوان در تمثیل و تصویری منسجم دید که نخستین بار توماس هابز ترسیم کرد.

بارزترین ویژگی که دولت مدرن را از اشکال قدیمی‌تر جامعه یا تشکیلات سیاسی متمایز می‌کند، دقیقاً به همین اعمال حاکمیت یا حق حاکمیت و استقلال دولت مدرن بازمی‌گردد. دولت مدرن که نخستین بار در قرن پانزدهم و شانزدهم میلادی در اروپا سر برآورد، قالب یا شکل نظام حاکمیت متمرکزی را به خود گرفت که توانست تمام دیگر نهادها و گروه‌ها، اعم از دینی و دنیوی را تابع خود کند و تحت اقتدار و حاکمیت خود درآورد. دقیق‌ترین و نافذترین تعریف درباره دولت مدرن را ماکس وبر ارائه کرده است. ۳ وجه اصلی دولت مدرن از نظر وبر عبارتند از: قلمرو سرزمینی، انحصار تملک قوه قهریه و مشروعیت. به زعم وبر، دولت یک جامعه انسانی است که به گونه‌ای موفقیت‌آمیز داعیه انحصار استفاده مشروع از نیروهای مادی و امکانات و ابزار لازم برای اعمال اختیارات خود در محدوده قلمرو معینی را دارد. منظور وی این است که نه تنها دولت قدرت تضمین اطاعت از سوی شهروندان خود را دارد، بلکه از حق مشروع و لازم برای چنین کاری نیز برخوردار است؛ بنابراین مفهوم انحصار خشونت یا قهر مشروع در حقیقت بیان علمی حق حاکمیت و استقلال دولت به شمار می‌رود. از نظر وبر، مسائل مطرح شده به وسیله لیبرال‌ها در زمینه ایجاد توازن میان حق و تکلیف و قدرت و قانون، از جمله عناصر اجتناب‌ناپذیر مدرنیته هستند. علاوه بر این، وی عقیده داشت که پیشرفت و رشد سازمان بروکراتیک یا تشکیلات دیوان سالارانه، از اجزا و عناصر لاینفک رشد سرمایه‌داری بوده و موجب تضعیف کارایی الگوی دموکراتیک لیبرال می‌شود. به عقیده وبر سلطه نخبگان در دستگاه دولت امری اجتناب‌ناپذیر است.

عدالت - پاترنالیسم

مفهومی است که بشر از آغاز تمدن می‌شناخته و آن را آرمان مطلوب خود می‌دانسته و برای

استقرار آن کوشیده است. در کنار بی‌عدالتی اجتماعی در سطح ملی و بین‌المللی که جهان کنونی و جوامع مختلف انسانی ما را فرا گرفته است، شکل‌های متعدّد بی‌عدالتی حقوقی و سیاسی نیز دیده می‌شود که دولت‌ها بدان دامن می‌زنند و در مواردی، حقوق بنیادین اشخاصی را زیر پا می‌نهند. در این حال باید ارزش عدالت را از نو شناخت؛ بیشتر بدان تأکید ورزید و افزون بر عدالتخواهی، عدالت‌گستر نیز بود.

به نظر افلاطون، عدالت آرمانی است که فقط تربیت یافتگان دامان فلسفه به آن دست می‌یابند و به یاری تجربه و حس نمی‌توان به آن رسید. عدالت اجتماعی در صورتی برقرار می‌شود که هرکس به کاری دست زند که شایستگی و استعداد آن را دارد و از مداخله در کار دیگران بپرهیزد.

اگر جامعه عادل مستلزم بحث با یکدیگر درباره زندگی خوب باشد، باید این پرسش را مطرح کرد که چه نوع گفتمان سیاسی ای ما را به این سمت هدایت می‌کند. (سندل، ۱۳۹۶: ۳۳۸) امروزه در دولت‌های مدرن اکثر استدلال‌های سیاسی و در ورای آن مصلحت‌سنجی‌های پدرا نه آن دول جهت رسیدن و به بهانه رفاه بیشتر، فضیلت و خیرهمگانی و البته آزادی و توزیع ثروت ملی است. این در واقع یادآور دوران سنتی است که رهبران و محافظه‌کاران دینی که به ایشان می‌گفتند که چگونه زندگی کنند. سیاست جدید خیر همگانی سابقا در دولت جان اف کندی رئیس جمهور فقید ایالات متحده آمریکا و بعدا در دولت باراک اوباما نیز در راستای احیای عدالت اجتماعی و توزیع ثروت همگانی با بهانه رسیدن به فضیلت مدنی و خدمت، زدودن نابرابری‌ها، همبستگی و خلاصه خیرهمگانی صورت می‌گرفت. (همان: ۳۳۸-۳۴۲)

- عدالت معاوضی در دولت‌های سنتی تا عدالت توزیعی در دولت‌های مدرن

لفظ "عدالت معاوضی"^۱ برای اولین بار در سخنان ارسطو و در باب تدبیر منزل جاری شد. وی عدالت معاوضی را به تعادل عوضین در قراردادهای تعبیر می‌کرد. یعنی هرکس معادل آنچه که در قرارداد می‌پردازد، دریافت کند. بر همین مبنا، حقوقدانان قرون وسطی، رعایت انصاف و برابری در عوضین را لازم و ضروری می‌دانستند.

تا قرن ۱۷ میلادی تقریباً همین مفهوم بر عدالت معاوضی غالب بود و عرف به عنوان مهمترین ملاک تشخیص عادلانه بودن یک قرارداد، مطرح بود. اما در قرن ۱۹ میلادی با ظهور نظریه "منع مداخلات دولت در قراردادهای خصوصی"، امنیت و ثبات قراردادهای خصوصی نسبت به ملاحظات اجتماعی، برتری یافت. وظیفه دولت به تأمین و تضمین شرایط برابر جهت رقابت

^۱ - Commutative Justice

در عرصه بازار، تحدید شد.

نظریه عدالت معاوضی یا قاعده موازنه یا عدالت قراردادی یکی از نظریه‌های حقوقی است. این نظریه برای تفسیر به روز مواد قانون مدنی راجع به حقوق تعهدات با نیازهای روز جامعه ضروری است. عدالت معاوضی را به زبان ساده می‌توان چنین تعریف نمود: رعایت موازنه در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی یا هر عقد دیگری که موازنه حقوق از انگیزه‌های طرفین عقد است خواه عقد معوض باشد یا نباشد؛ اقتضای این دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو باهم برابری نمایند. این برابری را در عقود معوض "عدالت معاوضی" یا عدالت قراردادی و در عقود غیر معوض "موازنه حقوق قراردادی" می‌نامند.

حال اگر این موازنه حقوق قراردادی مخدوش گردد باید به وسیله قانون و اصول معتبر حقوقی و قواعد فقهی جبران گردد. مثلاً وقتی یکی از طرفین در معامله مغبون می‌شود این موازنه بر هم می‌خورد و با فسخ عقد یا تراضی به گرفتن تفاوت قیمت، تعادل حقوق قراردادی برقرار می‌شود (مواد ۴۱۶ و ۴۲۱ ق م) و دیگر اینکه مثلاً در بحث تعارض قوانین یا حقوق انتقالی قاعده این است که قرارداد از اثر فوری قانون استثناء شده است و بر طبق قاعده، قانون جدید وقتی اجرا می‌شود، آثار قراردادهای گذشته را هم باید در بر گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۳۴) به بیان دیگر دولت‌های مدرن با وضع مقررات و دستکاری در قوانین فزاینده در بعد تقنینی مسئله ممکن است حقوق خصوصی را در اینجا محدود کنند، مثلاً تغییرات ایجاد شده در قوانین روابط مالک و مستأجر و قراردادهای اجاره نشینی. به ادعای برخی حقوقدانان، ورود در مصادیق مختلف این نظریه مانند غواصی در اعماق اقیانوس است که یک عمر حقوقی می‌طلبد.

هرگاه شخصی به اراده خویش خود را در معرض تعهدات آگاهانه قرار دهد، نگرانی از اینکه آیا قرارداد عادلانه‌ای شکل گرفته یا نه وجود ندارد و چنین قراردادهایی، از هر جهت عادلانه است. هابز که به نوعی بیش از دیگران در اندیشه‌های خود به عدالت معاوضی متمایل است؛ می‌گوید: "عدالت دقیقاً عبارت است از وفای به عهد و پیمان در صورتی که دیگران هم به قول و پیمان خود وفا کرده باشند". (هابز، ۱۳۷۶: ۱۱۴) بر همین اساس برداشت از عدالت معاوضی، کانت معتقد بود اگر کسی در مورد دیگری تصمیم بگیرد، ممکن است عدالت رعایت نشود و تجاوزی رخ دهد؛ اما وقتی کسی در مورد خودش تصمیم می‌گیرد، نگرانی از اینکه عدالت از بین برود وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۸)

در حقوق فرانسه قرارداد، قانون طرفین محسوب می‌شود و بسیاری از نویسندگان فرانسوی معتقدند هرچه قرارداد بگوید عادلانه است و این به ضرب‌المثلی بین آنها تبدیل شده است و یا

در حقوق انگلستان می‌گویند هر جا قراردادی نباشد زیان هست.

با دقت در آنچه در بالا گفته شده می‌توان دو رکن مهم را در مفهوم عدالت معاوضی، استنباط کرد. رکن اول؛ مبتنی است بر این دریافت که مفاد هر نوع توافقی عادلانه است و یا به عبارتی تحقق عدالت در پرتو احترام به آزادی فردی و اصل آزادی قراردادی. چرا که صرف توافق، حاکی از آن است که طرفین قرارداد با مدیریت عقلایی منافع خویش، تن به چنین قراردادی داده‌اند و اصلاً چه بسا که زیان دیده نیز رأساً برای دفع ضرر بالاتر و از روی اضطراب به قرار دادی اینگونه رضایت داده باشد. بنابراین کافی است که آزادی عهد بستن و سلامت اراده طرفین قرارداد تأمین شود، عدالت خود بخود رعایت می‌شود و جایی برای شکایت باقی نمی‌ماند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۸)

رکن دوم اینکه؛ دولت‌ها حق مداخله در مفاد قراردادهای خصوصی به بهانه مسئله بحث ما (مصلحت سنجی‌های پدرا نه) ندارند و می‌بایست نقش اراده فرد را در تنظیم قراردادهایشان با پذیرش حداکثری ایفا نمایند. بر اساس این رکن وظیفه دولت تنها تأمین و تضمین آزادی و شرایط مناسب رقابت است. دولت در تمام عرصه‌های اقتصاد، در خدمت فرد است و تابع اراده او، عدالت در وجه مبادله‌ای خودجوش بازار به وجود می‌آید و دولت نباید متعرض مفاد قراردادهای خصوصی گردد. دولت هیچ سهمی در توزیع ثروت و سنجش لیاقت‌ها ندارد. تنها وظیفه دولت توزیع عادلانه فرصت‌های اقتصادی و نظارت بر روابط قراردادی افراد جامعه است. پس از تحولات منتهی به انقلاب صنعتی، دولت‌های مدرن به ویژه دولت‌های مبتنی بر آموزه‌های مکاتب لیبرالیستی شروع به دخالت‌های گسترده در حیات اقتصادی و اجتماعی و بالتبع حیطه بخش خصوصی افراد جامعه خود کرده و با وجود عقب نشینی‌های ناشی از موج مقررات‌زدایی که سابقاً با وضع مقررات فزاینده بخش مدنی و خصوصی همراه بوده است و امروزه با پیگیری‌های انجام شده به طور کاملاً مشخص و واضح بر اندیشمندان و فلاسفه حقوق روشن است که همچنان گستره این مداخلات به بهانه‌هایی نظیر حمایت و مراقبه از طرف ضعیف‌تر و در پس آن اجرای عدالت و خیر همگانی، در ساحت‌هایی نظیر قراردادهای کار و مصرف بیش از پیش رشد و نمو یافته است. از نمونه‌های بارز اینگونه مداخلات میتوان به مواردی چون تعیین قیمت کالا، حق سنوات یا مزایای پایان کار و تعیین حداقل دستمزد توسط دولت و هیات‌هایی مربوطه در حقوق کار، پایان قرارداد کار نیز اشاره کرد. حال سوال اینجاست که آیا ادامه این دخالت‌ها که سابقاً در دولت‌های سنتی و بعضاً مدرن مبتنی بر عدالت معاوضه‌ای و تصحیحی بوده، امروزه الگویی جدیدند که برمبنای عدالت توزیعی و از طریق قواعدی با ماهیت حقوق

عمومی صورت می‌گیرند؟ مفهوم عدالت در نظریه حقوق اجتماعی و دولتی، که وجود فرد را خارج از اجتماع قابل تصور ندانسته و هر کس وابسته به گروه انسانی است که در آن به سر می‌برند و عدالت را که در این مکتب هدف قواعد حقوق دانسته‌اند "عدالت توزیعی"^۱ است نه عدالت معاوضی^۲. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۲-۴۳)

جان راولز فیلسوف آمریکایی معاصر با ارائه نظریه مشهور در باب عدالت که در کتاب وی تحت عنوان **نظریه‌ای در باب عدالت** به چاپ رسید، اصول دوگانه‌ای را برای عدالت طرح ریزی می‌کند: نخست؛ "اصل آزادی برابر"^۳، که به موجب آن هر شخصی نسبت به طرحی کاملاً کافی از آزادی‌های اساسی برابر که با طرح مشابهی از آزادی‌ها برای همگان همساز باشد، حق لغو ناشدنی یکسان دارد. این اصل بیش از آنکه به حیطه حقوق خصوصی مربوط باشد به مباحث بنیادین سیاسی و حقوق عمومی نیز مربوط است. اما دومین اصل راولز که "اصل تمایز"^۴ و یا تفاوت، نامیده شده که از قابلیت تعمیم به حقوق خصوصی و ایفای نقش راهبردی در سرفصل‌های آن برخوردار است. در این اصل راولز نه تنها به اموری فراتر از فهرست آزادی‌های اساسی می‌اندیشد بلکه از سنت‌های متداول لیبرالیسم زاویه‌ای وسیع می‌گیرد و قرائتی نوین از لیبرالیسم را در اختیار مخاطبان قرار می‌دهد.

وی در تبیین این اصل بیان می‌دارد؛ نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی با رعایت دو شرط قابل پذیرش می‌باشند؛ نخست آنکه دسترسی به موقعیت‌ها و مناصب مطابق با برابری منصفانه فرصت‌ها برای همه امکانپذیر باشد، دوم آنکه نابرابری‌ها می‌بایست سود را برای کم برخوردار-ترین افراد جامعه به همراه داشته باشد. جان راولز معتقد است بدون در نظر گرفتن نابرابری-هایی که در عرصه واقعیت وجود دارد نمی‌توان به عدالت اجتماعی دست یافت و به علاوه ممکن است در مسیر نیل به عدالت مجبور شویم که خود، نابرابری‌هایی را در تقسیم منافع و مضار اجتماعی ایجاد کنیم. ایشان با طرح اصل دوم نظریه عدالت خویش به مبارزه با ایده‌های لیبرالیسم کلاسیک رفته و با نابرابری‌های موجود در بازار و رقابت آزاد که مطابق آن افراد با استفاده از استعدادهای طبیعی و امکانات خود ممکن است به ثروت و درآمدهای نابرابر دست

^۱ - Distributive justice

^۲ - تفاوت عدالت توزیعی و معاوضی در این است که در قسم نخست، دولت به عنوان اصیل و ذینفع در تقسیم ثروت آمرانه دخالت می‌کند و در قسم دوم وظیفه دولت محدود بر این است که مانند شخص خارجی حقوق افراد را تضمین کند، تا عدالت به خودی خود در روابط معاملاتی مردم و بر طبق قوانین دادوستد محقق شود.

^۳ - Principle of equal liberty

^۴ - Principle of difference

یابند، تا حد توان مقابله نموده. در واقع راولز به مبارزه با چنین تلقی از روابط مردم با یکدیگر و با دولت برمی‌خیزد و دخالت دولت را در راستای دخل و تصرف در عملکرد، اموال و دارایی‌های افراد و حتی ایجاد نابرابری‌هایی به نفع افراد نابرخوردار امکانپذیر می‌داند.

تعارض مصلحت سنجی‌های پدرانۀ با اصول محترم حقوق خصوصی^۱

داشتن اراده قوی در تمامی مراحل زندگی نقشی اساسی در تعیین سرنوشت، هویت یابی و کمال و سعادت انسان دارد. اراده را مظهر شخصیت انسان گفته‌اند. لذا اگر فردی اراده قوی داشته باشد شخصیت او در نظر دیگران شخصیت استوار و شکست ناپذیر بوده و در تحولات و طوفان‌های زندگی، تصمیمات سرنوشت ساز دچار تزلزل نخواهد شد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۲: ۱۰-۹)

خودمختاری را عموماً حق اساسی افراد برای شکل دادن آینده‌شان به شکل خود خواسته می‌دانند. در حقوق خصوصی، آن را معادل آزادی در قرارداد به شمار می‌آورند. خودمختاری در بحث اصلی ما جایگزینی تصمیم‌گیری خودخواسته افراد از تصمیمی که قانونگذار و یا دادگاه برای ایشان مناسب‌تر تشخیص می‌دهد نیز می‌باشد. مثل ممنوعیت تجارت انسانها به عنوان برده و یا کالا و البته فروش اندام‌های انسان در قضایایی مثل فروش کلیه بدن (در ایران) و یا قراردادهای بارداری نیابتی (در آمریکا) و همچنین آزادی در قراردادهای ازدواج مربوط به حقوق خانواده و یا عدم مشروعیت قراردادهای و قرض‌های مربوط به قمار و گرو بندی (تأثیر دستکاری قوانین) و یا مثلاً در قوانینی که در حوزه حقوق مصرف کنندگان کالا تصویب می‌شود.

عده‌ای از متفکرین حقوق غرب معتقدند که خودمختاری با پاترنالیسم، در تضاد است. در حقوق کامن لا دادگاه‌ها در روند تصمیم‌گیری افراد دخالت کرده و در بعد تقنینی، با قانون گذاری این کار را انجام می‌دهند. برخی از لیبرال‌هایی که متأثر از مکتب کانت می‌باشند، اینگونه مداخلات دولت‌ها را در اراده و سرنوشت اشخاص را مغایر با اصل خودمختاری می‌دانند چرا که نگرش کانت این بوده که همیشه باید به فاعلیت عقلانی دیگران احترام گذاشته شود و اینکه انسان خود غایت بالذات است و نمی‌تواند وسیله و ابزاری حتی برای خیر خودش باشد. به عقیده کانت آزادی و خودمختاری در کنار هم صفت اراده را تشکیل می‌دهند، بنابراین اراده آزاد با اراده انسان خودمختار همسان است. یعنی اراده هنگامی آزاد است که علت ایجاد آثار و اعمالی باشد، در حالیکه خود معلول امر دیگری نباشد. وی همچنین معتقد است که معنای سلبی آزادی

^۱ - اصولی همچون خودمختاری، حاکمیت اراده، آزادی قراردادی

به معنای ایجابی آن منتقل می‌شود و قانون حاکم بر آن، خودتحمیلی یا خودمختارانه باشد، یعنی قانون حاکم بر خود را خود وضع نماید. (kant, 1972.128) فائده این بحث در این است که در یک مثال ساده و مختصر خودمختاری با مصلحت سنجی پدرا نه در تعارض است. برخی از متفکرین حقوق این چنین استدلال کرده‌اند که احتمالاً مصلحت سنجی پدرا نه در یک قرارداد فرضی با فرد ریشه دارد و در این قرارداد به طور خاص فرد جائز الخطا بودنش را به رسمیت می‌شناسد و بر این مبنا تصمیم‌گیری را به دیگری واگذار می‌کند. (Ogus, 2011.3)

در امور قراردادهای اگر پاترنالیسم ضعیف^۱ از سوی دولت باشد، وظیفه ایشان اخطار دادن و یا حتی حق داشتن اطلاعات بهینه در تصمیم‌گیری جهت انعقاد قراردادهای شهروندان است. از طرفی اگر پاترنالیسم قوی با دخالت و اقدامات بازدارنده دولت همراه باشد و طی یک فرآیند تشریفات استانداردهای اجباری برای محتوای یک قرارداد افزایش یابند.

بررسی مصادیق محدودساز مصلحت سنجی‌های پدرا نه دولتی مدرن در حقوق خصوصی

دولت‌های مدرن مردم را ملزم می‌کنند تا در یک سیستم بازنشستگی (مثلاً در صندوق تأمین اجتماعی) مشارکت داشته باشند و با سازمان‌های تابعه قرارداد و یا به اصطلاح حقوقی عقد بیمه منعقد گردد، چون باور دارد با این اجبار افراد بیمه شده از بلایا و خطرات احتمالی در امان می‌مانند و دست آخر می‌توانند پس از یک عمر طولانی کارکردن در کارخانجات و اداره‌های ولو بخش‌های خصوصی از مزایای رفاه و شادی‌های آن استفاده کنند. ممکن است با حمایت از مشاغل و بی‌کاری مبارزه کند و در این میان مثلاً اعلام کند آن دسته از کارفرمایانی که در بحران اخیر کرونا کارگران خودشان را اخراج نکنند، وام تسهیلاتی بدان‌ها تعلق می‌گیرد.

در قوانین مدنی کلیه معاملات نامشروع حاصل از قمار و شرط بندی ممنوع اعلام می‌شود و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود^۲. در بحث اموال نیز محدودیت‌هایی برای ملکیت خصوصی افراد بموجب قوانین فزاینده مالکیت و قوانین شهرسازی در نظر گرفته

^۱ - مراد از پاترنالیسم ضعیف این است که نفوذ و مداخله در ابزارهایی که فرد برای رسیدن به هدفش برمی‌گزیند، زمانی امکان دارد که این ابزارها احتمالاً آن هدف را محقق نمی‌کنند. برای مثال، اگر یک شخص سلامت خودش را بر آسایش و راحتی اش ترجیح می‌دهد؛ می‌توان او را ملزم به استفاده از کلاه ایمنی کرد. منتهی پاترنالیسم قوی به ما اجازه می‌دهد، حتی در اهدافی که افراد برای خودشان برمی‌گزینند مداخله کنیم، در صورتی که آنها درباره هدف‌هایشان دچار اشتباه شوند. پس امکان دارد به نحو مشروعی آنها را از رسیدن به اهداف نادرست شان باز داریم. اگر در مثال فوق موتورسوار اعتقاد داشته باشد نفوذ باد در میان موها در هنگام رانندگی برای سلامتی مطلوب است، مطابق با پاترنالیسم قوی باز هم می‌توان او را ملزم به پوشیدن کلاه ایمنی کرد چرا که هدف او ناعاقلانه و نادرست است.

^۲ - قمار و گرویندی از مصداق‌های بارز "استفاده بدون جهت" است و، نه تنها دعاوی مطالبه آن مسموع نیست، اگر مالی پرداخت شده باشد، قابل استرداد است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۳۶)

می‌شود.^۱ در حقوق خانواده ممکن است سیاست‌هایی را در جهت ایجاد یک خانواده طراز اول اتخاذ کند. در بحران اخیر کرونا از بیماران حمایت کند و بدینوسیله بتواند به گسترش بیمه‌های همگانی سلامت در راستای اجرای عدالت توزیعی اقدام نماید.

- اجرای عدالت توزیعی در حقوق قراردادهای خصوصی همراه با مصلحت سنجی‌های پدرا نه دولتی

امروزه در اقتصاد دولتهای مدرن، توزیع منابع از طریق معاملات در بازار صورت می‌گیرد. این امر توسط حقوق قراردادهای تسهیل می‌گردد و طبق این قواعد افراد می‌توانند از دانش، مهارت‌ها و قدرت معاملی خود برای کسب سود بیشتر استفاده کنند. از یک سو، ملاحظه‌های مبتنی بر عدالت توزیعی در بسیاری از قواعد حقوق قراردادهای نفوذ کرده است. مثلاً در بسیاری از موارد طرف قوی قرارداد باید اطلاعات لازم مربوط به قرارداد را در اختیار طرف ضعیف یا بی تجربه معامله قرار دهد.

به نظر ما حق داشتن وکیل دادگستری که از حقوق اساسی مصرح در قانون اساسی نیز می‌باشد. دستکم فعلاً در ایران که یک معضل همگانی علی‌الخصوص افشار ضعیف آسیب‌پذیر که معمولاً توان اختیار وکیل و متعاقب آن نداشتن اطلاعات حقوقی و قانونی و نبود شفافیت در بند-های قراردادهای خود نوعی تبعیض است که منجر به بی‌عدالتی و انباشت ثروت‌ها به نفع طبقه خاص و حاشیه‌ای می‌گردد.

تحولات حقوق خصوصی در کشورهای مختلف به این سمت می‌باشد که نقش بیشتری برای حقوق قراردادهای در توزیع عادلانه منابع اقتصادی داده شود. به عنوان نمونه در کشور فرانسه در طرح اصلاحی حقوق تعهداتشان، توجه بیشتر به عدالت قراردادی یکی از دغدغه‌های اصلی نویسندگان آن بوده است. به طوری که در این طرح در بحث اکراه گفته شده که دیگر تنها محدود به فشار جسمی یا روحی^۲ نمی‌باشد، بلکه اکراه مفهوم جدیدی در این طرح یافته و در این معنی جدید^۳، تهدید نامناسب جهت پیش برد یک روند قانونی یا استفاده از یک موقعیت اضطراری و ضعف شدید که در آن یکی از طرفین در وضعیتی است که طرف دیگر با استفاده از

^۱ - مثلاً در طرح مسکن مهر و ملی که اخیراً در ایران اجرا شده، محدودیت‌هایی برای مالکیت دائمی و مطلق بودن اصل مالکیت در نظر گرفته شده.

^۲ - طبق ماده ۲۰۴ قانون مدنی، دادرس باید طبق آن تصمیم بگیرد. در اینجا حمایت از اشخاص مکره طی تصمیمات قضایی مصادق مصلحت سنجی‌های پدرا نه در بعد قضایی می‌تواند باشد که با مبنای عدالت توزیعی قابل تبیین است.

^۳ - اکراه عبارت از فشار مادی یا معنوی است بر شخص تا او را وادار به انجام عملی نماید. اعمال اکراه نسبت به یکی از متعاملین آزادی او را در سنجش نفع و ضرر معامله سلب می‌نماید.

فرصت، مزایای فوق‌العاده و آشکاری کسب می‌کند که اکراه محسوب می‌شود.

بدون شک دلیل اصلی تحولات این چینی در حقوق خصوصی نشانگر نفوذ عدالت اجتماعی و توزیعی در حقوق قراردادها می‌باشد. برخی اکراه را در حقوق خارجی "نفوذ ناروا"^۱ نامیده‌اند و این به اصطلاح نفوذ ناروا در مواردی تحقق می‌یابد که در یک رابطه نزدیک و پنهان، یک طرف ضعیف و یک طرف مسلط وجود دارد و طرف قوی با استفاده از موقعیت خود با اعمال فشار نامشروع، طرف مقابل را به دادن امتیاز مجبور می‌کند.

در روابط بین والدین و فرزندان، وکیل و موکل و پزشک و بیمار ممکن است چنین وضعی پیش آید. (ره پیک، ۱۳۸۵: ۸۸) در واقع در این موارد نیز شرایط مشابه اکراه وجود دارد. در اینجا حمایت از اشخاص مکره طی تصمیمات قضایی مصداق مصلحت‌سنجی‌های پدرا نه می‌تواند باشد که با مبنای عدالت توزیعی قابل تبیین است.

اما مفهوم پیچیده عدالت توزیعی با متأثر ساختن بخش وسیعی از حقوق اقتصادی-اجتماعی مقوله‌ای است که به دخالت دولت رفاه در حیطه‌های بازتوزیع ثروت به نفع طبقات محروم مشروعیت می‌بخشد. همچنین تأکید این بحث در برخورداری برابر آحاد جامعه و توزیع عادلانه منافع و مضار در بین اعضای یک جامعه توسط حاکمیت در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز مطرح گردیده است.

اگر نقش مسئولیت مدنی را در پارادایم فلسفی-حقوقی عدالت توزیعی مورد بررسی قرار دهیم به این معنی خواهد بود که نقش آن را تنها به تنظیم روابط خصوصی زیان دیده و عامل زیان منحصر نکرده‌ایم، بلکه در گامی بلندتر آن را وسیله و یا بهانه‌ای برای اهداف سیاسی و اجتماعی قلمداد می‌کنیم و این به نوعی همان تعبیر ما از پدیده مصلحت‌سنجی پدرا نه دولتی مدرن است. در واقع مسئولیت مدنی خود تبدیل به سازوکار و یا ابزاری می‌شود در دست دولت‌های مدرن تا بتوانند در راستای برقراری عدالت اجتماعی و با ارائه تصمیمات پدرا نه که این در چارچوب ابزارگرایی^۲ تحلیل می‌شود. بنابراین با توجه به نظریات ابزارگرا که مسئولیت مدنی را به مثابه وسیله و ابزاری جهت نیل به اهدافی که از نظر اجتماعی مطلوب تلقی می‌شود، باید گفت اتخاذ چنین دیدگاهی باعث می‌شود تا اندیشمندان مسئولیت مدنی را حقوق عمومی مبدل نموده تا به وسیله آن می‌توان هزینه خسارت را در جامعه توزیع کرد.

^۱- Duress, Coercion, Unlawful .

^۲- Instrumentalism

ابزار تلقی کردن مسئولیت مدنی در راستای تحقق عدالت توزیعی ممکن است حتی در مواردی به عدم جبران کامل ضرر زیان دیده که هدف اصلی مسئولیت مدنی نیز می‌باشد و حتی چشم‌پوشی از ارکان سنتی مسئولیت پیدایش بیمه‌های مسئولیت مدنی و تقسیم بار مسئولیت بین تعداد زیادی از اعضای جامعه، منتهی شود.

امروزه اما دولت‌های مدرن مثلاً در کشورهای فنلاند و سوئد قوانینی با رویکرد منصفانه و ملاحظات مربوط به عدالت توزیعی مثلاً با در نظر گرفتن نوع و درجه تقصیر، وضعیت روحی، جسمی و یا اقتصادی وارد کننده زیان اثر مسئولیت مدنی را تعدیل می‌کنند و بالعکس نیز رعایت همین اقتضائات می‌تواند به نفع زیان دیده نیز اعمال شود و البته در گامی بلندتر تأثیر ضرر وارده یا تأثیر جبران آن بر اشخاص ثالث در مسئولیت مدنی لحاظ شود. هدف این است که به هر ترتیب ممکن چه از راه قانونگذاری فزاینده و یا از طریق وحدت رویه قضایی توسط دادگاه‌ها، مسئولیت مدنی بتواند افراد را به سمت نیل بیشتر به عدالت اجتماعی سوق دهد و آن را در راستای توفیق بیشتر برنامه‌های مبتنی بر عدالت توزیعی تنظیم کند.

- جنبه حمایتی و مراقبه پدرا نه حقوق کار

از آنجائیکه نابرابری میان دوطرف رابطه کار در تمام زمینه‌ها کاملاً به چشم می‌خورد و می‌توان گفت این نابرابری در بطن رابطه کار وجود دارد، در اثر دگرگونی‌های اجتماعی و اقتصادی که در پی انقلاب صنعتی پدید آمد و یا عواملی نظیر حمایت از کودکان و زنان کار در مرحله اول، نبود حقوق یکسان طبقه ضعیف و قوی، پیدایش مکاتب نوین فلسفی و حقوقی و اجتماعی و در پی آن افزایش سطح آگاهی طبقات و اقشار ضعیف که اغلب کارگر بوده‌اند و نهایتاً رویکرد جدید دولت‌های رفاهی و مدرن نسبت به حمایت و مراقبت پدرا نه از کارگران، سبب شد تا با تصویب قوانین کار این نابرابری‌ها کمتر شده و یا دست‌کم تعدیل شوند. هرچند برخی معتقدند واقعیت آن است که حقوق کار تنها از کارگر حمایت نمی‌کند، بلکه میان منافع متعارض طرفین تعادل ناپایداری را تحقق می‌بخشد و در دوران‌های بحران اقتصادی (مثلاً در همین بحران کنونی که در پی شیوع گسترده ویروس کرونا دامنگیر محیط کسب و کار شده) بیشتر از کارگاه که منبع اشتغال و کار است، حمایت می‌کند. (عراقی، ۱۳۹۶: ۲۰)

به نظر عده‌ای از حقوقدانان ما رسالت حقوق کار که همان تعدیل وضعیت کارگر و کارفرما است می‌بایست در کنار اصل عدم تساوی میان کارگر و کارفرما در نظر گرفته شود. چون در اغلب کشورها وضع مقررات کار به طور واحد نمی‌باشد تا اینکه به هدف نهایی که همان کاستن از نابرابری‌ها باشد دست یابیم. بدین سان است که هر نوع توافقی در جهت فراهم کردن منافع

بیشتر برای کارگر مجاز است و اگر خلاف این باشد با مقوله (انصاف و عدالت) در تعارض است. در سده‌های اخیر هر دولتی بنا به مقتضیات زمان، شرایط و عوامل گوناگونی نظیر اغلب مسائل اقتصادی، از حق قانونگذاری خود استفاده کرده و مقررات پیشین کار را تغییر داده است که برخی معتقدند اینگونه روش‌های پدرا نه در جهت حمایت از کارگران، نهایتاً حقوق مکتسب ایشان محفوظ نداشته و آنها را کاهش می‌دهد. (معین، ۱۳۹۲: ۸۴) از طرفی به عقیده برخی این تحولات حقوق کار "یک طرفه" نامیده شده است که به تدریج با دور شدن اصول کلیه قراردادهای، از یکی از طرفین که ضعیف‌تر از طرف دیگر است حمایت بیشتر می‌کند (عراقی، ۱۳۹۶: ۲۰) نهایتاً قوانین کار به تدریج از ساعت کار کاسته و به میزان مرخصی‌ها افزوده است و حداقل سن شروع به کار افزایش یافته و سن بازنشستگی پایین آمده. در برخی از کشورها در حال حاضر موجی از مقررات زدایی و بالعکس افزایش بی سابقه این مصلحت سنجی‌های پدرا نه توسط دولت‌های مدرن در حمایت و مراقبت از طبقات کارگری کاملاً مشهود است و عملاً تا جایی که می‌تواند منافع جمعی را دچار آسیب‌پذیری نماید. قوانین فزاینده قانون بیمه بیکاری ۱۳۶۹، قانون تأمین اجتماعی ۱۳۵۴، قانون بیمه همگانی خدمات درمانی ۱۳۷۳، رونمایی از بیمه تأمین اجتماعی کاربران فضای کسب و کار مجازی که اخیراً صورت گرفته، در کنار منابع داخلی حقوق کار شامل قانون اساسی و قانون مدنی و قانون کار مصوب سال ۱۳۶۸^۱.

– تنظیم‌گری بیش از حد حقوقی خانواده و جایگزینی دولت به عنوان پدر

بحث درباره دولت تنظیم‌گر، بحثی ذاتاً بین رشته‌ای یا فرا رشته‌ای تلقی می‌شود و ما در چارچوب این مفهوم پیوندهای نظام‌وار میان رشته‌های علمی اقتصاد، سیاست، حقوق و علوم اجتماعی را شاهد هستیم. دخالت دولت در مسئله خانواده و بررسی جزئی نقدهای مربوطه به آن و توجه به این مهم که "اصالت حقوق خانواده" و نگرش اجتماعی به مصالح آن، سبب افزایش وضع مقررات امری و نسبی شدن حقوق پدری و شوهری و در نتیجه نفوذ دولت به درون این نهاد و پایگاه اخلاقی شده در این بین اما سو استفاده از قواعد سنتی آغاز می‌شود و مسیر را برای مداخله دولت برای حمایت از ناتوان ضروری و بعضاً هموار می‌نماید.

با توجه به اهمیت و جایگاه نهاد خانواده و مخصوصاً اینکه در عصر جدید به علت پویایی و دگرگونی روابط اشخاص در جامعه و حتی در درون خانواده نیز، تنظیم‌گری حقوقی روابط اجتماعی

^۱ – برخی صاحب نظران حقوق کار معتقدند نتیجه حمایت پدرا نه از کارگران به عنوان قطب شکننده و ضعیف در قراردادهای کار نهایتاً تنها عدم استثمار وی است تا اینکه به موجب اینگونه مقررات فزاینده پدرا نه حمایت گردد.

^۲ – مقررات فزاینده حوزه حقوق کار و کارگری.

ایشان نیز بالتبع باید پویا و به نوعی متحول شده باشد. در فرانسه نیز برخی متفکرین معتقدند احساس خطر از دخالت دولت در مسائل خانواده خردمندان را به خطر میاندازد و برخی دیگر گفته‌اند که دخالت پیشرفته دولت در خانواده سبب می‌شود تا بارزترین بخش خصوصی زندگی به صورت نهادی از حقوق عمومی درآید. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۸) مصلحت سنجی پدران در بعد قضایی که سابقاً در بعد تقنینی به‌موجب مواد ۱۰۴۱ و ۱۰۴۳ از قانون مدنی ایران واقع شده به بهانه حمایت از آن دختری اتفاق افتاده که علی‌رغم توافق طرفین در امر ازدواج، به طور حتم در آینده دچار مشکل خواهد شد.

به تعبیر برخی از متفکران، پاترنالیسم دولتی به دلیل ضعف در درک درست واقعیات، تنها در صدد مدیریت دولتی مقوله ازدواج بر می‌آید و در این جهت مداخلاتی می‌نماید که چالش‌های متعددی را برای افراد به همراه می‌آورد. این البته در خصوص فقدان خانواده و تعلیم و تربیت اطفال بی سرپرست کمتر صدق پیدا می‌کند، چون اساساً یکی از تکالیف دولتها با وجود سازمان‌های مجهزی که در اختیار دارد همین است همچنان که این تکلیف و وظیفه دولت مانع آن نخواهد بود که در تثبیت و تقویت مبانی خانواده بکوشد. یعنی علاوه بر اینکه نگهداری اطفال را حق پدر و مادرش دانسته و بهر جهت زن و شوهر عضوی از جامعه هستند و دارای شخصیت خاص و مستقل هستند که کودکی را بوجود آورده‌اند و باید به جامعه تحویل دهند از آن سو تکلیف قانونی مستلزم حمایت به نظر ما قائل شده (بعد تقنینی و قضائی مسئله اصلی که در این مورد با تغییر قوانین در تحول است).

مثل بی اعتباری قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط آن و پرداخت وجه التزام از سوی پدر و مادر طفل و در این مورد چنین استدلال کرده‌اند که حضانت حق پدر و مادر نیز می‌باشد. لذا اگر درباره استفاده این حق قراردادی بسته شود تا جائی که به جنبه تکلیفی آن صدمه‌ای نرساند، نافذ است. در این خصوص قانونگذار ما البته بعضاً شرایطی نظیر حق تقدم پدر و مادر در برابر یکدیگر را به نوعی در سال ۱۳۸۲ دستکاری نموده، همان چیزی که در بالا اشاره شده، یعنی قانون دچار تغییر شده و در خصوص حضانت و نگهداری طفلی که ابوبن او از یکدیگر جدا شده‌اند مادر را تا سن هفت سالگی در اولویت قرارداده است، حال آنکه سابقاً به‌موجب قانون مدنی نگهداری فرزندان دختر تا هفت سالگی و پسرها تا دوسالگی با مادر و پس از آن با پدر است.

نتیجه‌گیری

اولین نتیجه‌ای که حاصل یافته‌های محقق است می‌تواند این باشد که ظهور قدرت دولت را

باید با احتیاط و دقت و ظرافت خاص در اینجا تجزیه و تحلیل کرد، چه اینکه صرف نظر از ایدئولوژی-های سیاسی نظیر لیبرالیسم کلاسیک و محافظه کار و رفاهی در شکلگیری و تأسیس دولت‌های مدرن و همچنین توجه به بدیهی بودن مداخلات دولت به عنوان مظهر عدالت و اقتدار به هر جهت تصمیمات و حمایت‌های دولت‌ها می‌تواند منجر به محدودسازی کم و بیش آزادی اراده و استقلال شهروندان بشود. بنابراین مصلحت سنجی‌های پدرانه با توجه به سیر مطالعات تاریخی‌ای آن ولو اینکه در ذات برخی حکومت‌ها از جمله اقتدارگرا و محافظه کار نیز می‌باشد اما نمی‌تواند مولود حکومت‌های ایشان باشد. همچنین که با توجه به استدلال‌هایی که در خصوص پدیده پاترنالیسم تا به اکنون شده، دامنه این گونه حمایت‌های پدرانه عملاً ممنوع نگردیده، علی‌رغم مخالفت‌هایی که با اینگونه رفتارها و مراقبه‌های پدرانه شده به هر جهت بعضاً مفید واقع شده‌اند تا جائیکه به اصول محترم حقوق خصوصی شهروندان لطماتی سنگین وارد نسازد و خودمختاری ایشان را نادیده بگیرد. در عمل نیز در لیبرال‌ترین دولت‌های مدرن که ظاهراً به آزاداندیشی و احترام به فردیت شهره‌اند، موارد بسیاری از این گونه حمایت‌های پاترنالیسمی وجود دارد. بنابراین شناخت تأثیرات نامطلوب این گونه حمایت‌های پدرانه در حقوق خصوصی گامی است در ادامه مسیر تحقیقات علوم اجتماعی با عنوان پدیده نوظهور و بعضاً مغفول مانده پاترنالیسم.

با مطالعه ایدئولوژی لیبرالیسم و ابتدای آنکه بر اصل خودمختاری انسانها و احترام به فردیت شکل گرفته است و حمایت‌گرایی و مراقبه پدرانه از شهروندانشان به مثابه کودکان و صغیرانی در نظر می‌گیرند که نمی‌توانند نیک و بد خویش را از یکدیگر باز شناخته و به تنهایی خیر و صلاح خویش را تشخیص دهند و اصول اقتصاد هم بعداً در اندیشه‌های لیبرال مزید بر علت گشته تا گستره این حمایت‌های پدرانه مردم را وا داشته تا راه انفعال را در پیش گیرند و به دولت‌هایشان چشم داشته باشند تا از ایشان همواره مراقبت نموده و راه سعادت و نیک بختی را به آنان بیاموزد که از نظر بسیاری اندیشمندان این ایده خوبی نیست که مردم وابسته باشند و در واقع نه تنها اصول مسلم حقوق خصوصی شان نظیر آزادی اراده را کم و بیش می‌تواند به حداقل برساند، شاید در عمل جلوی شکوفایی و پرورش خودخواسته مسائلی همچون تنظیم-گری حقوق خانواده را از درون اشخاص بازگیرد و البته می‌تواند حتی تأثیرات معکوس هم داشته باشند. در بحث عدالت - دولت، و حاصل افکار فلاسفه در مقوله عدالت و دولت، می-توان گفت که مصلحت‌سنجی‌های پدرانه می‌تواند ریشه در ذات عدالت اجتماعی (توزیعی، معاوضی، اصلاحی) داشته باشد. ضمن اینکه از احکام و تکالیف الهی که بسیار بر عدالت و حمایت از طرف

مصلحت سنجی‌های پدرا نه دولت مدرن با اصول محترم و شناخته شده حقوق خصوصی نظیر اصل حاکمیت اراده، خودمختاری و آزادی قراردادی در تعارض است. اتخاذ تصمیمات و سیاست‌های پدرا نه توسط دولت‌های مدرن به بهانه حمایت از اقشار آسیب دیده و یا سلامت و بهداشت عمومی، هزینه و بار مالی دارد که در نهایت به دوش کل اعضای جامعه خواهد افتاد. دولت‌های مدرن با تبلیغات گسترده و دادن اطلاعات ولو شفاف از شهروندان می‌خواهند که قراردادهای بیمه تأمین اجتماعی را امضا نمایند و پس از گذشت مدتی شرکت‌های بیمه به دنبال راهی می‌گردند تا دردسر آن را به دوش کل جامعه بیاندازند، مثلاً با کاهش تعرفه پزشکان و یا برنامه بیمه همگانی سلامت به عنوان طرح دولت، قیمت‌های برخی بیمه‌های کلی دیگر را افزایش خواهد داد. در هر دو صورت بار مالی این کار بر دوش جامعه سنگینی خواهد کرد و در برخی موارد حتی ممکن است به شکست بیانجامد. نهایتاً مصلحت سنجی- های پدرا نه دولتی مدرن نمی‌تواند ضامن رفاه و سعادت طرف ضعیف در بخش خصوصی باشد و صرفاً جنبه حمایتی بودن آن می‌بایست مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

منابع فارسی

کتاب

- بشیریه، حسین (۱۳۸۴)، آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی) نشر نگاه معاصر تهران، چاپ پنجم
- (۱۳۷۹)، تاریخ اندیشه‌های سیاسی قرن بیستم (۲)، لیبرالیسم و محافظه کاری، نشر نی، تهران، چاپ دوم
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ سوم
- حائری، مسعود (۱۳۷۰)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی (اصل آزادی قراردادها)، انتشارات کیهان، تهران، چاپ اول
- سنت، ریچارد (۱۳۹۱)، اقتدار، ترجمه باقر پرهام، انتشارات پردیس دانش، تهران، چاپ اول
- سندل، مایکل (۱۳۹۶)، عدالت چه باید کرد؟ ترجمه افشین خاکباز، انتشارات فرهنگ نشر نو، تهران، چاپ دوم
- عراقی، عزت اله (۱۳۹۶)، حقوق کار، انتشارات سمت، تهران، چاپ هجدهم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول
- (۱۳۷۹)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشارات تهران، چاپ بیست و هفتم
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۶)، حقوق اساسی، انتشارات میزان، تهران، چاپ هجدهم

مقالات

- درودگر، عطیه (۱۳۹۴)، عدالت معاوضی در قراردادها، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۶
- رحیمی، حبیب اله (۱۳۹۷)، بررسی ویژگی‌های عدالت مطلوب در ماده اول قانون مسئولیت مدنی ایران در مقایسه با نظریه عدالت توزیعی جان راولز، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۵
- رستمی، ولی (۱۳۹۷)، عدالت توزیعی، کارایی و پایان قرارداد کار، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۱
- زیرک باروقی، اصغر (۱۳۹۵)، نقش عدالت معاوضی در تحدید گستره آزادی قراردادها، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸
- طایفه حسنی، هانی (۱۳۹۸)، عدالت توزیعی و اصلاحی در قراردادها، چهارمین کنفرانس بین

- المللی دستاوردهای نوین پژوهشی در علوم انسانی و مطالعات اجتماعی و فرهنگی
- عراقی، عزت‌اله (۱۳۸۹)، نقش قرارداد کار در تنظیم روابط بین کارگر و کارفرما، نشریه تخصصی حقوق کار، شماره ۴۳
- گیلانی گیچه (۱۳۹۵)، گلشاد، بررسی مبنای فقهی حمایت از طرف ضعیف قرارداد: عدالت معاوضی و تعدیل آن، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶.
- لطفی، حسن (۱۳۹۷)، مبنای دخالت دولت در قراردادها، عدالت تصحیحی یا توزیعی؟ فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۳
- مهدوی زاهد، مهدی (۱۳۹۷)، واکاوی رویکرد دولت جمهوری اسلامی در تنظیم‌گری حقوقی خانواده، فصلنامه پژوهشی حقوق عمومی، شماره ۶۰.
- نصر، مهدی (۱۳۹۷)، ملازمت دولت و عدالت در فلسفه سیاسی، فصلنامه دولت پژوهی شماره ۱۴

English Resources

Book

- Conly, Sarah (2013), **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism** Cambridge University Press
- Coons, Christian (2013), **Paternalism: Theory practice**, paperback
- Dworkin, Gerald, (1971), **Paternalism, "in Morality and the Law"**, Richard A. Wasserstrom, Belmont, California: Wadsworth
- Ogus Anthony (2011), **Juxtaposing Autonomy and Paternalism in private law**, oxford and Portland, Oregon

Article

- Alberto, Salazar (2012), **Libertarian Paternalism and the Danger of Nudging Consumers**, kong's Law Journal
- Julian, Savelscu (1995), **Rational non interventional paternalism: why doctors ought to make judgments of what is best for their patients**, Journal of Medical Ethics