

ضرورت تفکیک «رویکرد» از «روش» در نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

عباس میرشکاری* | استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری،

تهران، ایران

امیر زارع

چکیده

هرچند کارکرد سنتی حقوق بنیادین، صیانت از فرد در رابطه عمودی دولت و شهروندان در حوزه حقوق عمومی است، توسعه روزافزون حقوق بنیادین موجب شکل‌گیری گرایشی شده است که تاثیرگذاری و گاهی حاکمیت حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی را دنبال می‌کند. تنقیح نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، مستلزم پاسخگویی سلسله‌مراتبی به سه پرسش در خصوص امکان یا امتناع اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، میزان نفوذ حقوق بنیادین و شیوه اعمال این حقوق در حقوق خصوصی است. توجه افراطی حقوقدانان به «روش» و غفلت محض آنان از «رویکرد»، منجر به نتیجه‌گیری‌های ناصواب و پیشنهادهای قابل انتقاد برای نظام حقوقی ایران شده است. در این مقاله مفهوم رویکرد در کنار روش، مطرح و به این موضوع تصریح می‌شود که آنچه در خصوص اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی اهمیت دارد، نه روش اعمال که رویکرد منتخب است. به دلیل امکان اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی و در عین حال، فقدان نظارت قضایی بر قوانین، رویکرد همگرایی برای حقوق ایران مناسب است و در نتیجه، کاربرد روش‌های اعمال مستقیم و اعمال غیرمستقیم ضعیف، ممکن و استفاده از روش اعمال غیرمستقیم قوی، ممتنع به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: حقوق بنیادین، حقوق خصوصی، اساسی‌سازی حقوق خصوصی،

مفاهیم تفسیرپذیر، نظام حقوقی ایران.

مقدمه

حقوق بنیادین، اساسی‌ترین حق‌هایی است که هر انسان صرفاً از آن‌رو که انسان است، واجد آنهاست^۱ و معمولاً در قانون اساسی هر کشور یا اسناد بین‌المللی و فراملی حقوق بشر از این حقوق سخن به میان می‌آید. البته در نگرش ماهیت‌گرایانه به حقوق بنیادین، درج این حقوق در سند یا اسناد خاص حقوقی ضرورت ندارد؛ بلکه حقوق بنیادین اعم از حقوق مندرج در قوانین اساسی، اسناد بین‌المللی حقوق بشر و حتی حقوق نانوشته‌ای است^۲ که وجود آنها به قوام و نبود آنها به زوال فردیت انسانی منتهی می‌شود.^۳

کارکرد معمول حقوق بنیادین، صیانت از افراد در برابر دولت است و از این‌رو هرگاه در آثار اندیشمندان از نقض حقوق بنیادین یا لزوم صیانت از این حقوق سخن به میان می‌آید، بلافاصله نام دولت‌ها نیز مطرح می‌شود.^۴ گویی تنها دولت‌ها امکان نقض حقوق بنیادین را دارند و صرفاً دولت‌ها متعهد به پاسداری از این حقوق هستند.

با این وجود، امروزه جایگاه حقوق بنیادین در حوزه حقوق خصوصی یکی از مهمترین مسائل شاخه حقوق اساسی و از داغ‌ترین مباحث حقوق اساسی تطبیقی در سطح جهان به شمار می‌رود.^۵ در حقیقت، به‌رغم اینکه کارکرد سنتی حقوق بنیادین، صیانت از افراد در رابطه نابرابر بالا به پایین دولت و شهروندان بوده است و از این‌رو، این فرایند به تاثیر عمودی حقوق بنیادین مشهور شده است،^۶ لزوم صیانت از اساسی‌ترین حقوق انسان‌ها، منادی تفکر جدیدی شده است که بر اساس آن، حقوق بنیادین نه تنها در روابط

۱. محمدعلی موحد، در هوای حق و عدالت، چاپ ۵ (تهران: کارنامه، ۱۳۹۶) ص ۴۲۶.

2. Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law* (Netherlands: Martinus Nijhoff, 2006) at 10.

۳. علی اکبر گرجی ازندریانی، «مینا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، (۱۳۸۳)، ص ۱۴.

۴. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، چاپ ۸۷ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲) ص ۲۴؛ سید محمد قاری سیدفاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد اول، چاپ ۳ (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰) ص ۷۲.

5. Stephen Gardbaum, "The Horizontal Effect of Constitutional Rights", *Michigan Law Review*, Vol. 102, Iss. 3, (2003), at 388.

۶. علی طهماسبی، «فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، (۱۳۹۱)، ص ۱۰۵.

عمودی دولت و شهروندان که در روابط افقی شهروندان با یکدیگر نیز نفوذ دارد و نقش آفرینی می‌کند.^۱ هرچند بسیاری از قواعد حقوق خصوصی در راستای صیانت از حقوق بنیادینی مانند حق مالکیت وضع شده است؛ با این حال، توسعه روزافزون حقوق بنیادین این پرسش را به میان آورده است که اگر از دریچه حقوق بنیادین به قواعد حقوق خصوصی نگریسته شود، این قواعد به اندازه کافی می‌تواند از حقوق بنیادین انسان‌ها پاسداری کند؟^۲ بر اساس این تفکر، قواعد حقوق خصوصی مصون از نفوذ حقوق بنیادین نیستند؛ به طوری که دخالت حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به اثرگذاری حقوق بنیادین در مفاهیم و اصول مبنایی حقوق خصوصی منتهی می‌گردد.^۳

بررسی مساله تاثیر حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، مستلزم طرح و پاسخگویی به حداقل سه پرسش مهم است که البته این سوالات در طول یکدیگر قرار دارند و بر هم زدن نظم این سوالات، به نتیجه‌گیری‌های ناصواب می‌انجامد. در گام نخست، از امکان یا امتناع دخالت دادن حقوق بنیادین در حقوق خصوصی بحث می‌شود که در هر نظام حقوقی، پاسخ خاص خود را دارد و از این‌رو، پاسخ مطلق در این مرحله، نارواست. در صورتی که پرسش نخست با پاسخ مثبت نظام حقوقی یک کشور مواجه شود، نوبت به بررسی سوال دوم در خصوص میزان اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی و تعیین رویکرد مناسب می‌رسد که در این مقطع، از استقلال حقوق خصوصی و سرنوشت آن پس از نفوذ حقوق بنیادین در قواعد حقوق خصوصی بحث می‌شود. در واپسین مقطع، چگونگی اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی که در حقیقت، جنبه فنی نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی است، مورد بحث واقع می‌شود. بررسی شیوه‌های اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، پیش از انتخاب رویکرد مناسب، قدم نهادن در بیراهه است. در حقیقت، نفوذ حقوق بنیادین به شیوه یکسان در دو نظام حقوقی که واجد رویکردهای متفاوتی هستند، به نتایج متفاوت و نه یکسان می‌انجامد.

1. Aurelia Colombi Ciacchi, "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", *European Review of Contract Law*, Vol. 2, No. 2, (2006), at 168.

2. Michael Faure, Andre Van Der Walt, *Globalization and Private Law: The Way Forward* (Northampton: Edward Elgar Pub, 2007) at 367.

3. Verica Trstenjak, Petra Weingerl, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (New York: Springer, 2016) at 8.

در مطالعات صورت گرفته در نظام حقوقی ما، پژوهشگران علاوه بر توجه نکردن به نقش نظریه‌های سیاسی در نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، از جایگاه رویکرد نیز غفلت کرده‌اند و به کلی به بررسی روش اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی پرداخته‌اند.^۱ این در حالی است که دیدگاه‌های سیاسی نقش قابل ملاحظه‌ای در فهم این نظریه و تعیین رویکرد قابل قبول هر نظام حقوقی دارد و بعلاوه دو مفهوم رویکرد و روش، ارتباطی ناگسستنی با یکدیگر دارند و از این رو، نمی‌توان روش اعمال را بدون در نظر گرفتن رویکرد منتخب نظام حقوقی تحلیل نمود. در این مقاله پس از طرح و تقابل آرای موافقان و مخالفان نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی که بخشی از آن به دیدگاه‌های سیاسی اختصاص دارد، دامنه اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به منظور تبیین مفهوم رویکرد مطرح می‌شود و به دنبال آن، شیوه‌های اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی با تاکید بر ارتباط حتمی رویکرد و روش معرفی می‌گردد. در پایان، وضعیت حقوق ایران نیز به صورت اجمالی بررسی می‌شود.

۱. نقد و توجیه نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، جایگاه یکسانی در نظام‌های حقوقی ندارد و حقوقدانان نیز با نگرش‌های گوناگون، نظراتی در راستای دفاع یا انتقاد از این نظریه ابراز می‌کنند که توجه به آرای آنان می‌تواند در فهم بهتر این نظریه موثر باشد. مخالفان معتقدند درک کارکرد حقوق بنیادین، ارتباطی نزدیک با جدایی حوزه عمومی و خصوصی از یکدیگر دارد. در حوزه خصوصی، شهروندان می‌توانند با آزادی کامل، آنچه را درست و عادلانه تشخیص می‌دهند، انتخاب کنند و حقوق خصوصی این امر را امکان‌پذیر می‌کند؛ این در حالی است که در حوزه عمومی، شهروندان مکلف به تبعیت از تصمیماتی هستند که ممکن است مورد قبول آنها نباشد و با این حال، چنین تصمیماتی با معیارهای دموکراسی توجیه می‌شود. با این وجود، اینگونه نیست که هرگاه

۱. برای نمونه ن.ک: مرتضی حاجی پور، «بررسی تطبیقی اعمال حقوق بنیادین بشری در روابط خصوصی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، (۱۳۹۷)، ص ۵۷۶؛ علی طهماسبی، همان، ص ۱۱۰؛ یوسف مولائی، مرتضی حاجی پور، «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۰، شماره ۶۱، (۱۳۹۷)، ص ۲۱۷.

منافع عمومی اقتضا کند، دولت مجاز به هر نوع دخالت و اتخاذ هر نوع تصمیمی باشد؛ چرا که حقوق بنیادین، مانع از تصمیم‌گیری‌های ناروای دولت می‌شود. به دیگر سخن، کنترل قدرت دولت در طبیعت حقوق بنیادین قرار دارد و از این رو، نمی‌توان توجیه کارکرد حقوق بنیادین در روابط دولت با شهروندان را به حوزه خصوصی و روابط شهروندان با یکدیگر نیز تسری داد.^۱ به علاوه، معقول نیست که شهروندان را به اندازه دولت در خصوص رعایت حقوق بنیادین مسئول بدانیم. نتیجه این پندار نادرست این خواهد بود که بعنوان مثال، همانگونه که دولت مکلف است رفتار یکسانی با شهروندان داشته باشد، شهروندان نیز باید رفتار یکسانی با هم‌نوعان‌شان داشته باشند و برای نمونه نمی‌توانند صرفاً بر مبنای علائق خود، دوستانی را انتخاب کنند، چرا که این آزادی عمل، منجر به تبعیضی ناروا علیه سایرین خواهد شد!^۲

موافقان پاسخ می‌دهند که به لحاظ تاریخی، حقوق خصوصی پیشتر از حقوق عمومی در زمینه صیانت از حقوق بنیادین گام برداشته است و بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه مدرن، ریشه در سنت‌های حقوق خصوصی دارد.^۳ در سیستم‌های حقوقی اروپای قاره‌ای طی یک دوره طولانی، قواعد حقوق خصوصی قواعدی عام محسوب می‌شدند و حقوق خصوصی بر حقوق عمومی اولویت داشت. اگر در زمانه ما از نفوذ حقوق اساسی در حقوق خصوصی صحبت به میان می‌آید، در آن روزگار سخن بر سر تاثیر حقوق خصوصی بر حقوق اساسی بوده است.^۴ به علاوه، هنگامی که بنیادین بودن حقی به اثبات رسید، این مسئله که دولت حق بنیادین موصوف را نقض کرده است یا شهروندان، نباید در نتیجه‌گیری تأثیری داشته باشد.^۵ از این روست که امروزه استناد به حقوق بنیادین نه تنها در روابط دولت و شهروندان، که بسیار بیشتر از آن، در روابط خصوصی شهروندان با یکدیگر مورد استناد قرار می‌گیرد.^۶ البته این موضوع نمی‌تواند

1. Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, op.cit. at 19.

2. Hugh Collins, "Private Law, Fundamental Rights, and the Rule of Law", West Virginia Law Review, Vol. 121, Iss.1, (2018), at 10.

3. Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, op.cit. at 83.

4. Olha O Cherednychenko, (A), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2007) at 22-23.

5. Martijn Hesselink, "The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law", Europa e diritto privato, No.1, (2003), at 4

6. Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, op.cit. at 45.

نافی این حقیقت باشد که معنی و کارکرد حقوق بنیادین در حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی، متفاوت است.^۱

همچنین مخالفان می‌گویند دخالت دادن حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به دلیل ایجاد مسئله تراحم حق‌ها نمی‌تواند در حل و فصل دعاوی راهنمایی کافی ارائه دهد، چرا که در حوزه حقوق خصوصی بر خلاف حقوق عمومی، هر دو طرف رابطه واجد حقوق بنیادین هستند و به عنوان مثال، اگر یک طرف به حق بنیادین خود بر حریم خصوصی استناد کند، دیگری نیز حق آزادی بیان دارد. حال، پرسش این است که کدام حق را باید بر دیگری ترجیح داد، وقتی هر دو شهروند عادی شمرده شده و دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست.^۲

پاسخ موافقان این است که صرف وجود آمدن مساله تراحم حق‌های بنیادین، مجوز پاک کردن صورت مساله را به کسی نمی‌دهد، چرا که در حقوق خصوصی خالص و مصون از اعمال حقوق بنیادین نیز مساله تراحم حق‌ها پیش می‌آید که از آن جمله می‌توان به تراحم اصل تسلیط و قاعده لاضرر در حقوق مدنی ایران اشاره کرد. در نظریه مورد بحث نیز می‌توان به جای صرف نظر کردن از اصل موضوع، معیارهایی برای حل تراحم حقوق بنیادین ارائه داد و در رفع تراحم کوشید. به عنوان مثال، در حوزه حقوق شخصیت که ارتباط نزدیکی با نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی دارد، می‌توان به تراحم حق آزادی بیان و اطلاعات با حق حریم خصوصی شهروندان اشاره کرد که مطابق نظر بسیاری از حقوقدانان، صرفاً در صورتی آزادی بیان بر حریم خصوصی ترجیح داده می‌شود که نفع عمومی معقولی در زیر پا نهادن حریم خصوصی اشخاص وجود داشته باشد و در غیر این صورت، صیانت از حق حریم خصوصی، اولویت خواهد داشت.^۳

یکی دیگر از انتقادات مخالفان، مربوط به ابهام و نقص نوعی حقوق بنیادین است که در نتیجه این ابهام و نقص، اعمال آنها در حوزه حقوق خصوصی، اختیارات بی حد و

1. Michael Faure, Andre Van Der Walt, op.cit. at 376.

2. Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, op.cit. at 16-17.

۳. عباس میرشکاری، حقوق شخصیت و حقوق مسئولیت مدنی در اروپا (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶) ص ۴۱.

حصری در زمینه قانونی یا غیرقانونی دانستن یک رفتار به قضات می‌دهد.^۱ موافقان به نمونه‌های درخشان رویه قضایی استناد می‌کنند و معتقدند حقوق بنیادین مخصوصاً هنگامی که حقوق موضوعه مطابق با مقتضیات زمانه پیش نمی‌رود و بقدر کافی روزآمد نیست، می‌تواند بعنوان یک منبع غنی در استدلال‌های حقوق خصوصی نقش‌آفرینی کند.^۲

نگرش‌های سیاسی نیز به مخالفت‌ها و موافقت‌ها در این خصوص دامن می‌زند. تردیدی نیست که اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی موجب دخالت بیشتر دولت (دادگاه‌ها بعنوان بخشی از بدنه حاکمیت) در روابط خصوصی شهروندان می‌شود و این امر باب میل لیبرال‌هایی که نسبت به دولت و اقداماتش خوشبین نیستند و صرفاً از باب شرّ ضروری دولت را تحمل می‌کنند، گران می‌آید. بعنوان مثال، سنت حق‌ها در ایالات متحده آمریکا بر مسئولیت فردی، آزادی فردی و بی‌اعتمادی بیشتر به دولت در قیاس با اروپا مستقر شده است.^۳ بدیهی است تأکید بر آزادی‌های فردی در کنار بدبینی به دولت، اگر موجب امتناع دخالت حقوق بنیادین در روابط خصوصی شهروندان نشود، می‌تواند دامنه اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را به شدت کاهش دهد.

در نقطه مقابل، برخی اندیشمندان که موافق دخالت حداکثری دولت به منظور استقرار عدالت اجتماعی هستند، از نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی دفاع می‌کنند. به عقیده این گروه اگر در نگاه سنتی، صیانت از حقوق بنیادین در گرو انفعال و مداخله حداقلی دولت بود، امروزه انفعال دولت قبیح شمرده می‌شود و از این‌رو دولت‌ها مکلف به ایفای برخی تعهدات مثبت هستند. دولت نه تنها از دامن زدن به بی‌عدالتی و افزودن به نابرابری‌ها ممنوع است، بلکه تعهد دارد که در عدالت گستره و رفع نابرابری‌ها بکوشد. این تفکر از تعالیم سوسیالیستی نشات می‌گیرد^۴ و در نقطه مقابل تفکرات لیبرال قرار دارد. در حقیقت، بازتعریف حقوق بشر، به گونه‌ای که دربرگیرنده حقوق مدنی-سیاسی و

1. Dorota Leczykiewicz, "Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Review*, Vol. 38, No. 4, (2013), at 489.

2. Michael Faure, Andre Van Der Walt, *op.cit.* at 372.

3. Jonathan Miller, "The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, Iss.1, (2014), at 135.

۴. محمدعلی موحد، همان، ص ۳۸۱.

حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی باشد، در کنار تعهدات منفی، تعهدات مثبتی را نیز بر دولت تحمیل می‌کند و این ایده سنتی را که جامعه مدنی سهمی در محقق نمودن حقوق بشر ندارد، به چالش می‌کشد.^۱ رسیدگی فوری و موثر به موارد نقض حقوق بنیادین شهروندان، حتی در صورتی که اشخاص خصوصی ناقض حقوق بنیادین شهروندان باشند، یکی از مصادیق تعهدات مثبت دولت‌هاست و این امر از موازین کاملاً تثبیت شده حقوق بین‌المللی بشر محسوب می‌شود.^۲ در نتیجه، تعهد دولت در حراست از منافع قانونی شهروندان، علاوه بر اثرگذاری در مرحله تقنین و اقدامات اجرایی، در تصمیم‌گیری‌های قضائی محاکم حقوقی نیز تاثیرگذار است.^۳

تاثیر دیدگاه‌های سیاسی در دفاع یا انتقاد از نظریه اعمال حقوق بنیادین، آبخور دیگری نیز دارد و آن حفظ جایگاه دولت‌ها در عرصه بین‌المللی است، چرا که یکی از مهمترین منابع حقوق بنیادین، معاهدات حقوق بشری است و از این رو، دخالت حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، بعنوان مصداقی از جهانی شدن از مرز کشورها عبور می‌کند.^۴ این در حالی است که کشورهای قدرتمند جهان، تمایل چندانی به متعهد ساختن خویش و پیوستن به آن دسته از کنوانسیون‌های بین‌المللی که با همه کشورها رفتار یکسانی دارد و جایگاه بالاتری برای ابرقدرت‌ها در نظر نمی‌گیرد، ندارند. به عنوان مثال، ایالات متحده آمریکا تاکنون کنوانسیون‌های حقوق کودک، لغو تمامی اشکال تبعیض علیه زنان، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و همچنین کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر را تصویب نکرده است.^۵ تاخیر فراوان در تصویب و درج حق تحفظ‌های اساسی در اندک کنوانسیون‌های حقوق بشری که این کشور به آنها ملحق شده است، همچون کنوانسیون جلوگیری از نسل‌کشی و مجازات آن، قابل قیاس با

1. Savitri Goonesekere, "Human Rights as a Foundation for Family Law Reform", *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 8, Iss. 2, (2000), at 85.

2. Yutaka Arai-Yokoi, "Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21, No. 3, (2003), at 398.

3. Christian Starck, "State Duties of Protection and Fundamental Rights", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 3, No.1, (2000), at 1.

4. Michael Faure, Andre Van Der Walt, op. cit. at 377.

5. Miller, op.cit. at 140.

هیچیک از کشورهای واجد دموکراسی توسعه یافته نیست.^۱ هنگامی که به دلایل مختلف، یک نظام سیاسی نمی‌تواند کارکرد سنتی حقوق بنیادین که از افراد در برابر دولت دفاع می‌کند را بپذیرد، حقوق بنیادین در حقوق خصوصی نیز جایگاه چندان رفیعی نخواهد داشت.

موافقان از دریچه‌ای دیگر به مسئله می‌نگرند. به عقیده آنان، ایجاد و گسترش شرکت‌های چندملیتی در عصر حاضر، موجب وضع برخی هنجارها و تحمیل آنها بر شهروندان کشورهای مختلف می‌شود که دموکراتیک بودن آنها محل تردید است. در این وضعیت، حقوق بنیادین می‌تواند ابزار موثر و مناسبی در کنار نهادن قواعد ناسازگار و مغایر با معیارهای دموکراسی باشد.^۲

به عنوان نتیجه این بحث، می‌توان گفت که اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، نه تنها تعارضی با مفاهیم شناخته شده حقوقی ندارد، بلکه مزایای مهمی نیز دارد که از آن جمله می‌توان به عادلانه شدن حقوق، همگام‌سازی نظام حقوقی با تحولات اجتماعی و رفع ابهام از مفاهیم تفسیرپذیر حقوق خصوصی همچون نظم عمومی و اخلاق حسنه اشاره کرد.

۲. رویکردهای موافقان نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

مساله مهم حقوق‌دانانی که اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را می‌پذیرند، محدوده این اثرگذاری است. به عبارتی دیگر، مساله مهم این اندیشمندان، این نیست که «آیا» حقوق بنیادین می‌تواند تاثیری در حقوق خصوصی داشته باشد؟ بلکه ذهن آنان متوجه این پرسش است که حقوق بنیادین «چقدر و تا کجا» می‌تواند بر حقوق خصوصی تاثیر بگذارد؟^۳ از این رو، موافقان نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی با توجه به دغدغه‌ای که در خصوص سرنوشت حقوق خصوصی پس از دخالت دادن حقوق بنیادین در قواعد آن دارند، به دو دسته تقسیم می‌شوند. گروهی از موافقان به اندازه‌ای

1. Michael Ignatieff, *American Exceptionalism and Human Rights* (New Jersey: Princeton University Press, 2005) at 148.

2. Michael Faure, Andre Van Der Walt, op. cit. at 378.

3. Olha Cherednychenko, (B), "Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?", *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Iss. 2, (2007), at 2.

مفتون نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی می‌شوند که جایگاه قواعد حقوق خصوصی به کلی در نظرشان رنگ می‌بازد. در نقطه مقابل، برخی از موافقان نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، در عین پذیرش اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، نقش حقوق خصوصی را در تنظیم روابط خصوصی و تعیین نتیجه دعوی حقوق خصوصی از یاد نمی‌برند. رویکرد این دو گروه در ادامه بررسی می‌شود.

۱-۲. وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین

به نظر طرفداران رویکرد وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین، تنظیم روابط حوزه حقوق خصوصی و تعیین نتیجه دعوی برخاسته از این روابط، با حقوق بنیادین صورت می‌گیرد و در این موضوع، نقش حقوق خصوصی بسیار کم‌رنگ است. اولویت مطلق حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی موجب می‌شود که نقطه آغاز استدلال‌های حقوقی نه قواعد حقوق خصوصی که موازین حقوق بنیادین باشد. قواعد حقوق خصوصی نیز صرفاً تا جایی محترم هستند که با موازین حقوق بنیادین سازگار باشند و قضات در صورتی که قواعد حقوق خصوصی را ناسازگار با حقوق بنیادین تشخیص دهند، مکلفند صریحاً یا ضمناً از قواعد موصوف عدول کنند و قاعده جدیدی را که سازگار با حقوق بنیادین است، جانشین قاعده سابق سازند. مقصود از کنار نهادن صریح قواعد ناسازگار با حقوق بنیادین این است که قاضی صریحاً قاعده حقوق خصوصی را به دلیل ناسازگاری با حقوق بنیادین بی‌اعتبار اعلام می‌کند. حتی اگر دادرس، صریحاً قاعده حقوق خصوصی را به دلیل ناسازگاری با حقوق بنیادین بی‌اعتبار نداند، اما مفاهیم حقوق خصوصی را در خدمت حقوق بنیادین قرار دهد و سخنان حقوق بنیادین را از زبان حقوق خصوصی بیان کند، باز هم اقدام او قابل ارزیابی در رویکرد وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین است، چرا که حقوق خصوصی در تعیین نتیجه دعوا استقلال ندارد و هدف دادرس از استفاده از مفاهیم حقوق خصوصی نه تبیین معنای مفاهیم که تحریف معنای واقعی آنهاست تا مفاهیم حقوق خصوصی با یافتن معنای جدید با قواعد حقوق بنیادین سازگار شوند. بر اساس این رویکرد، نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به اندازه‌ای است که از اثرگذاری بر حقوق خصوصی فراتر می‌رود و به تسلط حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی می‌انجامد و کنترل کامل حقوق خصوصی را به دستان حقوق بنیادین می‌سپارد.

البته مراد از وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین این نیست که در یک هرم حقوقی، حقوق بنیادین جایگاه بالاتری نسبت به حقوق خصوصی دارند و از این رو، حقوق خصوصی مادون این حقوق و وابسته به آن است، چرا که در این موضوع اختلافی وجود ندارد. مقصود از وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین، کنترل کامل حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی است که سبب تضعیف کارکرد و جایگاه حقوق خصوصی در تنظیم روابط حوزه حقوق خصوصی می‌شود و قواعد حقوق خصوصی را به ابزاری برای پیشبرد حقوق بنیادین تبدیل می‌کند.^۱ از آنجا که این رویکرد به تغییر ماهیت حقوق خصوصی و نشستن قواعد حقوق بنیادین در جایگاه حقوق خصوصی می‌انجامد، می‌توان آن را «اساسی‌سازی حقوق خصوصی» نام نهاد.

بعنوان نمونه بارز این رویکرد، می‌توان از نظام حقوقی آلمان سخن گفت که بی‌اغراق، سرآمد کشورهای اروپایی در خصوص اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی است. مطابق رویه دادگاه قانون اساسی آلمان، حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی این کشور، نه تنها واجد کارکرد دفاعی از فرد در برابر دولت است، بلکه بعنوان یک سیستم عینی ارزش‌ها در نظر گرفته می‌شود که لازم است در تمام نظام حقوقی و در مرحله قانونگذاری، اقدامات اجرایی و تصمیمات قضائی رعایت شود. نه تنها دولت آلمان که حتی شهروندان این کشور مکلفند ارزش‌های مندرج در قانون اساسی را محترم شمارند. این تلقی از قانون اساسی، موجب اثرپذیری حقوق خصوصی این کشور از حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی می‌شود. چرا که قواعد حقوق خصوصی تاب تعارض با حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی آلمان را ندارند و از این رو، باید در راستای هماهنگی با موازین مندرج در قانون اساسی تفسیر شوند.^۲ به نظر می‌رسد که چنین نگرشی به حقوق بنیادین در سیستم حقوقی آلمان، بی‌ارتباط با تاریخ حقوق این کشور نباشد. با این توضیح که در قرن ۱۹ میلادی اصل حاکمیت قانون در کشور آلمان به رسمیت شناخته شده بود و همین اصل به دولت آلمان نازی این امکان را می‌داد تا عملکردش را در لوای قانون از نظارت عمومی پوشیده دارد. در نتیجه این رویدادها و ترس از سوء استفاده از حاکمیت قانون، قانون اساسی آلمان حقوقی را برای ملت مقرر و

1. Ibid. at p 3; Olha Cherednychenko, (A), op.cit. at 53.

2. Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 4.

قوای سه گانه را به رعایت این حقوق مکلف کرد. شهروندان این کشور می توانند نسبت به نقض حقوق بنیادین مقرر در قانون اساسی به دادگاه قانون اساسی این کشور شکایت برند.^۱ نقشی که حقوق بنیادین در حقوق آلمان ایفا می کند، قابل قیاس با هیچ کشوری نیست و از این رو می توان به درستی مدعی شد که حقوق بنیادین، مرکز تمام نظریات حقوقی و رویه های عملی در این کشور است.^۲

۲-۲. همگرایی حقوق خصوصی و حقوق بنیادین

بنا به گفته برخی از حقوقدانان، اذعان به قابلیت حقوق بنیادین در اثرگذاری بر حقوق خصوصی به این معنی نیست که جایگاه حقوق خصوصی به موضع سخن گویی حقوق بنیادین تقلیل یابد؛ چرا که حقوق بنیادین، یگانه منبع حقوق خصوصی محسوب نمی شود و نظریاتی که با ارجاع به یک ایده خاص، همچون حقوق بنیادین یا افزایش رفاه، در صدد توجیه تمام قواعد حقوقی هستند، به ناچار از مواجهه با پیچیدگی و غنای حقوق عاجزند.^۳

طرفداران رویکرد همگرایی حقوق بنیادین و حقوق خصوصی در عین پذیرش نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، به حفظ استقلال حقوق خصوصی در تعیین نتیجه دعاوی می اندیشند و معتقدند حقوق خصوصی حتی پس از نفوذ موازین حقوق بنیادین در آن می تواند با منطق خاص خود روابط حقوقی را تنظیم کند و از این رو، استقلال حقوق خصوصی حفظ می شود. بر اساس این رویکرد، از آنجا که اشخاص خصوصی ملزم به رعایت حقوق بنیادین نیستند، شکل و ماهیت روابط خصوصی آنها تحت سیطره قواعد حقوق خصوصی است و میزان اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، به اندازه ای نیست که به سلب استقلال حقوق خصوصی منتهی شود و به کنترل کامل حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی انجامد؛ بلکه ابتدا حقوق خصوصی شیوه اثرگذاری حقوق بنیادین را تعیین می کند و سپس حقوق بنیادین، مطابق شیوه تعیین شده توسط حقوق خصوصی بر قواعد آن اثر می گذارد و در نهایت، نوعی همگرایی میان این دو به وجود می آید. بر اساس الزام یا اختیاری که محاکم در خصوص اعمال حقوق بنیادین در حقوق

۱. عبدالحسین شیروی، حقوق تطبیقی، چاپ ۱۴ (تهران: سمت، ۱۳۹۴) ص ۲۳۹-۲۴۰.

2. Christian Starck, op.cit, at 2.

3. Hans Micklitz, *The Constitutionalization of European Private Law*, First Ed (New York: Oxford University Press, 2014) at 28.

خصوصی دارند، دو صورت از همگرایی را می‌توان از یکدیگر تفکیک کرد. از یک سو، محاکم هنگام تبیین قواعد تفسیرپذیر حقوق خصوصی بدون اینکه الزامی به استناد به حقوق بنیادین داشته باشند، از آنها بعنوان یک منبع الهام‌بخش کمک می‌گیرند؛ نوع دیگری از همگرایی حقوق بنیادین و حقوق خصوصی اینگونه تصور می‌شود که محاکم در توسعه حقوق خصوصی ملزم به توجه به حقوق بنیادین و جذب آنها در حقوق خصوصی باشند. این تکلیف محاکم، با نفس توجه به حقوق بنیادین ایفا می‌شود و ضرورت ندارد نتیجه دعوا با حقوق بنیادین مطابقت داشته باشد و تشخیص توسعه حقوق خصوصی در راستای حقوق بنیادین، نه بوسیله حقوق بنیادین که توسط حقوق خصوصی تعیین می‌شود.^۱ به دلیل حفظ استقلال حقوق خصوصی و تاثیرگذاری همزمان حقوق بنیادین بر قواعد آن، می‌توان این رویکرد را «مصوب‌سازی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین» نام نهاد.^۲

بعنوان نمونه این رویکرد می‌توان از حقوق هلند سخن گفت که بر اساس دیدگاه رایج در ادبیات حقوقدانان این کشور بر خلاف قانون اساسی آلمان، قانون اساسی هلند در بردارنده تمام اصول بنیادین حقوقی نیست و از این رو موقعیتی منحصر به فرد در نظام حقوقی این کشور ندارد. بعنوان مثال، مقرر بنیادینی مانند ممنوعیت برده‌داری نه در قانون اساسی این کشور که در قانون مدنی بیان شده است.^۳ در نتیجه به صرف اینکه موضوعی مخالف حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی این کشور باشد، منتهی به نقض حقوق بنیادین نمی‌شود. چرا که ممکن است حقوق مندرج در سایر قوانین نیز واجد وصف بنیادین باشند و از این طریق، دامنه حقوق بنیادین موجود در قانون اساسی محدود شود.

۳. روش‌های اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

پس از پاسخ مثبت به «اصل» اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی و تعیین «میزان» اثرگذاری این حقوق، نوبت به تعیین «روش» اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی

1. Olha Cherednychenko, (A), op.cit, pp 53-54; Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 3-4.

۲. برخی از نویسندگان، اصطلاح (Constitutionalization) را به «مصوب کردن مقررات به قانون اساسی» ترجمه کرده‌اند: حسن جعفری‌تبار، دیو در شیشه (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶) ص ۱۳۹.

3. Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 9.

می‌رسد. در خصوص این مساله، دو روش کلی اعمال مستقیم و اعمال غیرمستقیم پیشنهاد شده است. در روش اعمال مستقیم، اشخاص خصوصی مستقیماً به حقوق بنیادین علیه یکدیگر استناد می‌کنند؛ این در حالی است که در روش اعمال غیرمستقیم، مفاهیم و قواعد موجود حقوق خصوصی به واسطه تفسیر، پذیرای موازین حقوق بنیادین در حوزه حقوق خصوصی می‌شوند.^۱

دقت در نمونه‌های ارائه شده از رویه قضائی کشورهای اروپایی نشان می‌دهد که توجه صرف به روش و رویکردانی از رویکرد منتخب، راهزن فهم دقیق مسائل است و می‌تواند به نتایج نادرستی منتهی شود. چرا که با توجه به رویکرد منتخب هر نظام حقوقی، می‌توان وضعیتی را تصور کرد که دو نظام حقوقی که رویکرد واحدی در قبال حقوق بنیادین ندارند، از روشی یکسان استفاده می‌کنند و به نتایجی متفاوت می‌رسند. این موضوعات در ادامه تبیین می‌گردند.

۱-۳. روش اعمال مستقیم

پیش‌فرض این روش این است که همه شاخه‌های حقوق در نهایت بر حقوق بنیادینی مبتنی هستند که اعمال آنها ضروری است و از این‌رو، اشخاص خصوصی نیز ملزم به رعایت حقوق بنیادین هستند.^۲ به عبارت دیگر، تعرض به حقوق بنیادین چه از جانب دولت و چه از جانب شهروندان، نارواست و در همه حال باید از این حقوق صیانت کرد.^۳ بر این اساس، می‌توان این حقوق را مستقیماً از شهروندان مطالبه کرد یا مطالبات دیگران را به دلیل تعارض با حقوق بنیادین، ناروا شمرد. گویا از بعد آیین دادرسی، استناد به حقوق بنیادین می‌تواند مستقیماً سبب دعوا را تشکیل دهد.

1. Pavel Ondřejek, "A Structural Approach to the Effects of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law", *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, Iss. 2, (2017), at 284.

2. Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (Netherlands: Kluwer Law International, 2008) at 47.

3. Aharon Barak, (1996), "Constitutional Human Rights and Private Law", Yale Law School Legal Scholarship Repository, available at https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4699&context=fss_papers, (last visited on 26/08/2019) at 225.

در ابتدای امر، به نظر می‌رسد که این روش، عمدتاً مناسب آن دسته از سیستم‌های حقوقی است که رویکرد وابستگی حقوق بنیادین به حقوق خصوصی را برگزیده‌اند و از آنجا که اساساً حل اختلافات شهروندان را نه در سطح حقوق خصوصی که در سطح حقوق بنیادین جستجو می‌کنند، از همان ابتدا طرح ادعا یا دفاع و در نهایت، انشاء رای را بر مبنای حقوق بنیادین صحیح و معتبر می‌دانند و در صورتی که حق بنیادین مورد استناد با قاعده حقوق خصوصی در تراحم باشد، حق بنیادین جایگزین قاعده موصوف می‌شود. با این حال، این نتیجه، مطلق نیست؛ چرا که ممکن است کشوری در عین حال که رویکرد همگرایی حقوق بنیادین و حقوق خصوصی را برگزیده باشد، طرح ادعا یا دفاعی را که مستقیماً بر حقوق بنیادین مبتنی است، مجاز شمارد. در این رابطه، می‌توان از کشور هلند سخن گفت که اگرچه رویکرد همگرایی حقوق بنیادین و حقوق خصوصی را برگزیده است و به استقلال حقوق خصوصی در کنار اثرپذیری آن از حقوق بنیادین اهمیت می‌دهد، با این حال همچنان پرونده‌های انگشت‌شماری در رویه قضایی این کشور یافت می‌شود که اصحاب دعوا و دادگاه مستقیماً به حقوق بنیادین استناد کرده‌اند و در عین حال از رویکرد همگرایی تخلف نشده است. چرا که نگاه حقوقدانان این کشور به قانون اساسی مانند نگاه حقوقدانان کشور آلمان نیست و قانون اساسی را بعنوان یک سیستم عینی ارزش‌ها در نظر نمی‌گیرند. بعنوان نمونه می‌توان به پرونده‌ای در رویه قضایی این کشور اشاره کرد که خون یک بیمار متعلق به گروه خونی خاص با خون دندانپزشک طی فرایند درمان تماس پیدا کرد و از آنجا که گروه خونی بیمار، احتمال آلودگی به ویروس اچ آی وی را داشت، دندانپزشک علیه او اقامه دعوا کرد و خواستار الزام بیمار به انجام آزمایش ایدز شد. خواننده، اینگونه استدلال کرد که خواسته دندانپزشک با حق بنیادین بیمار بر تمامیت جسمانی‌اش و همچنین حق بنیادین وی نسبت به حریم خصوصی خود که در اصول یازدهم و دهم قانون اساسی هلند تضمین شده است، مغایرت دارد. دادگاه، ضمن به رسمیت شناختن حق بیمار بر تمامیت جسمانی، بیان کرد که بر اساس موازین حقوق مسئولیت مدنی مندرج در قانون مدنی هلند و همچنین قرارداد خصوصی میان طرفین، دامنه حق بنیادین بیمار بر تمامیت جسمانی محدود شده است. بر این اساس، وظیفه طرفین در مراقبت از یکدیگر حتی پس از خاتمه رابطه قراردادی به قوت خود باقی است. پس از این ملاحظات، دادگاه به ایجاد تعادل میان منافع متعارض دندانپزشک و

بیمار می‌پردازد و اینگونه نتیجه‌گیری می‌کند که حق دندانپزشک بر دانستن این نکته که آلوده به ویروس اچ آی وی شده است یا خیر، به نقض نسبتاً جزئی حق بیمار بر تمامیت جسمانی‌اش رجحان دارد و لذا بیمار را در این پرونده محکوم می‌کند.^۱

همانگونه که مشاهده می‌شود در این پرونده با اینکه خواننده در مقام دفاع به حق تمامیت جسمانی و حق حریم خصوصی که هر دو از حقوق بنیادین هستند، استناد می‌کند و دادگاه نیز حداقل، حق بر تمامیت جسمانی را صریحاً به رسمیت می‌شناسد؛ با این حال همین که امکان نقض حق بیمار بر تمامیت جسمانی‌اش در نتیجه خواسته خواهان برای دادگاه مسجل می‌شود، به انشای رای به نفع خواننده نمی‌پردازد. بلکه نتیجه دعوا را همچنان در سطح حقوق خصوصی جستجو می‌کند و به منابع حقوق خصوصی و قرارداد منعقد شده میان طرفین بعنوان منبع درجه اول در تعیین نتیجه دعوا می‌نگرد. بنابراین، اگرچه روش اعمال مستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی اصولاً مناسب کشورهای است که جایگاه بسیار بالایی برای حقوق بنیادین در حقوق خصوصی در نظر می‌گیرند و رویکرد منتخب‌شان به وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین می‌انجامد؛ با این حال، امکان استفاده از روش اعمال مستقیم حقوق بنیادین در هر دو رویکرد وجود دارد. از این رو دو سیستم حقوقی که از روش اعمال مستقیم حقوق بنیادین در حوزه حقوق خصوصی استفاده می‌کنند، الزاماً جایگاه یکسانی برای حقوق بنیادین در حوزه حقوق خصوصی قائل نیستند. چرا که ممکن است رویکرد یکسانی در قبال جایگاه حقوق بنیادین نداشته باشند و اختلاف در رویکرد به نتیجه‌گیری‌های ناهمسان منتهی شود.

۲-۳. روش اعمال غیرمستقیم

این روش مفید این معناست که با وجود الزام آور نبودن حقوق بنیادین بر شهروندان، به دلیل بیگانه نبودن حقوق خصوصی و حقوق بنیادین با یکدیگر، در صورتی که قواعد حقوق خصوصی در پرتو حقوق بنیادین تفسیر شوند یا دادگاه‌ها در تبیین عبارات تفسیرپذیری همچون نظم عمومی، اخلاق حسنه و حسن نیت از موازین حقوق بنیادین استفاده کنند، حقوق خصوصی تحت تاثیر حقوق بنیادین قرار می‌گیرد.^۲ با بکارگیری این

1. Olha Cherednychenko, (A), op.cit. at 10.

2. Nuno Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe: The Case of Tort Law and Children* (London: Routledge, 2011) at 25.

روش، حقوق بنیادین مستقیماً بر اشخاص تحمیل نمی‌شود؛ بلکه صرفاً قواعد موجود حقوق خصوصی را تحت تاثیر قرار می‌دهد^۱ و بر این اساس، قاعده قابل اعمال بر یک رابطه حقوق خصوصی، در راستای بیشترین هماهنگی با حقوق بنیادین تفسیر می‌گردد.^۲ با توجه به میزان اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی، می‌توان این روش را به دو شاخه روش اعمال غیرمستقیم قوی و روش اعمال غیرمستقیم ضعیف تقسیم کرد.

۱-۲-۳. روش اعمال غیرمستقیم قوی

پیش‌فرض این روش این است که شهروندان الزامی به رعایت حقوق بنیادین یکدیگر ندارند و از این رو نمی‌توان مفاهیم و قواعد حقوق خصوصی را به کلی به کناری نهاد و مستقیماً در طرح دعوا، دفاع و یا انشای رای، به حقوق بنیادین استناد کرد. در نتیجه؛ ادعا یا دفاع، مطابق سنت‌های حقوق خصوصی و در قالب مفاهیم و قالب‌های تثبیت شده این شاخه حقوقی بیان می‌شود و در مقام تحکیم ادعا یا دفاع، از حقوق بنیادین در راستای تبیین مفاهیم حقوق خصوصی استفاده می‌شود. دادگاه نیز نتیجه نزاع را با ادبیات حقوق خصوصی بیان می‌کند. عبارات کلی و تفسیرپذیری مانند اخلاق حسنه و حسن نیت، همچون دروازه‌ای پذیرای حقوق بنیادین در حقوق خصوصی می‌شود و بیشترین نقش را در نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی ایفا می‌کند. قوی خواندن روش مذکور به جهت میزان نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی است که بر اساس این روش هر چند در مقام نظر، شهروندان تکلیفی به رعایت حقوق بنیادین ندارند و این قواعد حقوق خصوصی است که بر روابط آنها اعمال می‌شود؛ با این حال عملکرد این روش به گونه‌ای است که از مقام تاثیرگذاری بر حقوق خصوصی فراتر می‌رود و به درجه فرمانروایی بر آن می‌رسد. با این توضیح که ابتدا نتیجه دعوا در سطح حقوق بنیادین تعیین و سپس تلاش می‌شود تا این نتیجه در قالب مفاهیم حقوق خصوصی بیان شود و از این رو، ذکر مفاهیم حقوق خصوصی صرفاً جنبه ظاهری دارد و قواعد حقوق خصوصی به ابزاری برای ترویج موازین حقوق بنیادین تبدیل می‌شود. در نتیجه ممکن است رویدادی واحد در

1. Gavin Phillipson, Alexander Williams, "Horizontal Effect and the Constitutional Constraint", *Modern Law Review*, Vol. 74, No. 6, (2011), at 880.

2. Eleni Frantziou, "The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality", *European Law Journal*, Vol. 21, No. 5, (2015), at 662.

یک پرونده مطابق اخلاق حسنه و در پرونده‌ای دیگر، مغایر اخلاق حسنه جلوه کند! چرا که اساسا هدف، تبیین معنای اخلاق حسنه نیست. هرچند این روش بر خلاف روش اعمال مستقیم، ایجاد کننده سبب دعوا نیست؛ با این حال تردیدی نیست که در این روش، حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی اولویت مطلق دارد و در نهایت، حقوق خصوصی با زوال استقلالش به حقوق بنیادین وابسته می‌گردد.^۱

روش اعمال غیرمستقیم قوی را می‌توان در راستای مکتب تفسیری مقاومت در برابر قانون ارزیابی کرد که بر اساس آن، مفسر آنچه را که عادلانه و درست می‌داند به قانونگذار نسبت می‌دهد تا از اتهام سرکشی مصون بماند.^۲ در این روش نیز قاضی، حقوق بنیادین را در تعیین نتیجه دعوا صالح‌تر از حقوق خصوصی می‌داند و با این حال، موازین حقوق بنیادین را در دهان حقوق خصوصی می‌نهد و در عین سلب استقلال از حقوق خصوصی در تعیین نتیجه دعوا، پوشش حقوق خصوصی را حفظ می‌کند. در این قیاس معکوس، فکر از نتیجه آغاز به حرکت می‌کند و غرض از مقدمه‌چینی نه رسیدن به حقیقت که توجیه نتیجه است.^۳

با اینکه نظام حقوقی آلمان نمونه‌ای برجسته در وابسته نمودن حقوق خصوصی به حقوق بنیادین و زوال استقلال حقوق خصوصی در تعیین نتیجه دعوی است، در حقوق این کشور از روش اعمال مستقیم استفاده نمی‌شود.^۴ بعنوان نمونه، می‌توان به پرونده مشهور "ضامن" در رویه قضایی این کشور اشاره کرد. در این پرونده، بانک اعطای وام سنگینی را به یک تاجر مشروط بر اینکه دختر تاجر ضامن وی شود، پیشنهاد می‌کند و کارمند بانک برگه‌ای را به دختر می‌دهد تا آن را امضا کند و به دختر می‌گوید که این امضا برای او تعهدی ایجاد نمی‌کند و صرفا آن را برای تکمیل پرونده لازم دارد. ضامن که یک دختر ۲۱ ساله، درس نخوانده و بدون شغل و فاقد درآمد قابل توجه بود، ضمانت پدرش را عهده‌دار می‌شود و هنگامی که پدرش از تادیه دیون عاجز می‌گردد، بانک برای دریافت اصل وام و بهره آن به دختر رجوع می‌کند. سنگینی مبلغ وام و درآمد اندک دختر، وضعیتی را ایجاد می‌کند که دختر تا آخر عمر توانایی رها شدن از قید آن

1. Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 15-16 & 23.

۲. شهرام کیوان فر، مبانی فلسفی تفسیر قانون، چاپ ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵) ص ۲۲.

۳. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد سوم، چاپ ۵ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳) ص ۵۲.

4. Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 5.

را ندارد. دادگاه بدوی، رای به محکومیت دختر می‌دهد و دادگاه استیناف با این استدلال که بانک تعهد مربوط به دادن اطلاعات را نقض کرده است، ضمانت دختر را باطل تلقی می‌کند. دادگاه عالی فدرال آلمان نیز با این استدلال که هر کس در آن سن و سال از خطرات ضمانت کردن به خوبی اطلاع دارد، تعهد بانک مبنی بر دادن اطلاعات را منتفی می‌داند. البته این پایان ماجرا نیست. ضامن از رای دادگاه فدرال آلمان به دادگاه قانون اساسی این کشور شکایت می‌کند و رای دادگاه مذکور را به دلیل مغایرت با کرامت انسانی خویش و نقض استقلال خصوصی که در راستای اصل دولت اجتماعی است و این حقها در قانون اساسی فدرال آلمان به رسمیت شناخته شده است، مغایر قانون اساسی می‌داند و البته در این دادخواهی موفق می‌شود. به نظر دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در مواردی که میان طرفین قرارداد، نابرابری ساختاری وجود دارد و تحمل نتایج قرارداد بر طرف ضعیف بسیار گران می‌آید، مقتضای قانون اساسی این است که حقوق خصوصی نظاره گر نباشد و در نتیجه، محاکم حقوقی مکلف به استفاده از عبارات کلی و تفسیرپذیری مانند اخلاق حسنه و حسن نیت هستند.^۱ از این رو، پس از رای دادگاه قانون اساسی، دادگاه عالی فدرال آلمان در تصمیم جدیدش، قرارداد ضمانت را به دلیل مغایرت با اخلاق حسنه، باطل اعلام کرد.^۲

به‌رغم اینکه در این پرونده، حقوق بنیادین مستقیماً بر دعوا اعمال نمی‌شود و ادبیات حقوق قراردادها بکار گرفته می‌شود، حقیقت این است که نتیجه این دعوا نه در سطح حقوق خصوصی که در سطح حقوق بنیادین تعیین شده است. دادگاه قانون اساسی، در مقام ایجاد تعادل میان حق‌های در حال کشمکش، حق استقلال خصوصی ضامن را که در راستای اصل دولت اجتماعی است، بر حق استقلال خصوصی بانک^۳ ترجیح می‌دهد و سپس دادگاه حقوقی، مفاهیم حقوق خصوصی را بعنوان یک ابزار برای بیان نتیجه‌ای که

1. Olha Cherednychenko, "The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8, Iss. 1, (2004), at 3.

2. Michael Faure, Andre Van Der Walt, op.cit. at 370.

۳. اشخاص حقوقی نیز می‌توانند از حقوق بنیادین بهره‌مند باشند! بعنوان مثال، مطابق ماده یک پروتکل نخست کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، هر شخص حقیقی یا حقوقی حق بهره‌مندی مسالمت‌آمیز از دارایی خویش را دارد.

قبلا در سطح حقوق بنیادین و توسط دادگاه قانون اساسی اتخاذ شده است، بکار می‌گیرد و قرارداد ضمانت را به دلیل برخورد با اخلاق حسنه، باطل اعلام می‌کند.^۱

۲-۲-۳. روش اعمال غیرمستقیم ضعیف

پیش‌فرض این روش نیز مانند روش اعمال غیرمستقیم ضعیف حقوق بنیادین این است که شهروندان تعهدی به رعایت حقوق بنیادین یکدیگر ندارند و تنظیم روابط خصوصی آنها با قواعد حقوق خصوصی است که مبنای تصمیمات محاکم حقوقی را تشکیل می‌دهد. از این رو نمی‌توان ادعا یا دفاع را مستقیماً بر بنیادین حقوق بنیادین استوار کرد و از این رو اشخاص نمی‌توانند مستقیماً به حقوق بنیادین استناد کنند؛ بلکه خواسته آنها باید متکی به قواعد موجود حقوق خصوصی باشد. با این حال، بر خلاف روش اعمال غیرمستقیم قوی، حقوق بنیادین صرفاً بر حقوق خصوصی تأثیر می‌گذارد و به مرحله فرمانروایی بر آن نمی‌رسد؛ این حقوق خصوصی است که شیوه و میزان اثرگذاری حقوق بنیادین را تعیین می‌کند و بر این اساس در حل اختلافات اشخاص خصوصی نقش اصلی را ایفا می‌کند.

در حقیقت، تفاوت اصلی این روش با روش اعمال غیرمستقیم قوی در مفهوم تکلیف دادگاه بعنوان بخشی از بدنه حاکمیت به انجام اعمالی است که در راستای هماهنگی با حقوق بنیادین ارزیابی شود. در حالی که در روش اعمال غیرمستقیم قوی، دادگاه‌ها مکلف به تصمیم‌گیری کاملاً منطبق با حقوق بنیادین هستند و از این رو ابتدا در سطح حقوق بنیادین تصمیم‌گیری می‌کنند و نقش حقوق خصوصی صرفاً سخنگویی حقوق بنیادین است، در روش اعمال غیرمستقیم ضعیف، دادگاه‌ها تکلیفی به انطباق کامل تصمیمات‌شان با موازین حقوق بنیادین ندارند و صرفاً مکلفند در مقام اعمال و توسعه قواعد حقوق خصوصی به موازین حقوق بنیادین توجه کنند و از این رو پس از آغاز استدلال از قواعد حقوق خصوصی، محاکم حقوقی هر نوع امکان اثرگذاری حقوق بنیادین در پرونده را بررسی می‌کنند.^۲ این روش می‌تواند در حقوق قراردادهای در قالب شروط ضمنی نقش‌آفرینی کند و بعنوان مثال در قراردادهای کارگر و کارفرما، موجر و

1. Olha Cherednychenko, (B), op.cit. at 8.

2. Ibid. at 16-17 & 23-24.

مستاجر، بیمار و پزشک، اینگونه فرض شود که هر یک از طرفین حقوق بنیادین دیگری را به رسمیت خواهد شناخت.^۱

بعنوان نمونه می‌توان به پرونده ای در کشور هلند اشاره کرد. طبق شرط مندرج در ضمن یک قرارداد اجاره، در صورتی که مستاجر تلاش کافی برای نیل کلیسای پروتستان به اهدافش ننماید، قرارداد منحل خواهد شد. هنگامی که مستاجر عقاید مذهبی خویش را تغییر داد و یهودی شد، صاحبخانه (کلیسای کاتولیک) قرارداد اجاره را منحل کرد. دادگاه تجدیدنظر، شرط مندرج در قرارداد را به دلیل منافات داشتن با حق آزادی مذهب مستاجر، مغایر اخلاق حسنه و نظم عمومی اعلام و آن را باطل تلقی کرد. در پرونده‌ای دیگر، دیوان عالی کشور هلند اعلام کرد هنگام بررسی مغایرت یک موضوع با نظم عمومی و اخلاق حسنه، باید به منافع حاصل از قرارداد و اینکه این منافع از چنان اهمیتی برخوردار هستند که دست‌اندازی به حقوق بنیادین را توجیه کنند، توجه شود.^۲

در مقام جمع‌بندی روش‌های اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی می‌توان این‌گونه گفت که صرف‌نظر از برخی استثنائات، بسیاری از نظام‌های حقوقی فرضیه الزام‌آور بودن رعایت حقوق بنیادین توسط اشخاص خصوصی را مردود می‌دانند و از این روش اعمال مستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را نمی‌پذیرند.^۳ به علاوه، این‌گونه به نظر می‌رسد که اعمال مستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی و استناد به این حقوق در روابط میان شهروندان، محصول این نگاه است که «شهروندان»، تعهد به رعایت حقوق بنیادین یکدیگر دارند. این در حالی است که در روش‌های اعمال غیر مستقیم، «دولت»، عهده‌دار نظارت بر صیانت از این حقوق از طریق مفاهیم تفسیرپذیر حقوق خصوصی است. به عبارت دیگر، در هر دو روش، حقوق خصوصی از حقوق بنیادین متأثر می‌شود؛ با این تفاوت که نقطه‌ی ثقل استناد مستقیم شهروندان در روابط خصوصی خود به این حقوق، تعهد اولیه و ذاتی دیگر شهروندان به رعایت این حقوق است؛ این در حالی است که در روش‌های اعمال غیر مستقیم، به‌رغم این‌که در ابتدا شهروندان تعهدی به رعایت حقوق بنیادین یکدیگر ندارند و تصور نقض حقوق بنیادین

1. Ibid. at 21.

2. Olha Cherednychenko, (A), op.cit. at 110.

3. Gonçalo de Almeida Ribeiro, "Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights", 14 May 2013, WZB Berlin Social Science Center, Available at: <https://www.wzb.eu/en/node/22653>, (Last Visited on: 26/08/2019), at 1.

ایشان توسط یکدیگر وجود ندارد، بنا به برخی شرایط عارضی، حقوق بنیادین دیگری به خطر می‌افتد و دولت تعهد می‌یابد با یاری‌جستن از مفاهیم حقوق خصوصی، صیانت از حقوق بنیادین را در دستور کار خود قرار دهد.

۴. وضعیت حقوق ایران

با وجود الحاق ایران به چند کنوانسیون بین‌المللی در خصوص حقوق بشر، این اسناد در خصوص جایگاه حقوق بنیادین در حقوق خصوصی ساکت هستند^۱ و از این رو نمی‌توان با استناد به آنها وضعیت حقوق ایران را تبیین کرد. مخاطب اکثر کنوانسیون‌های بین‌المللی در رابطه با حقوق بشر، دولت‌ها هستند و محدود کنوانسیون‌هایی که اشخاص را نیز مکلف به صیانت از حقوق بنیادین دانسته است از جمله منشور دادگاه نورنبرگ، صرفاً به مسئولیت کیفری اشخاص نظر دارد و به حوزه حقوق خصوصی بی‌توجه است.^۲ مخاطب اکثر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به جز چند اصل انگشت‌شمار از جمله اصل چهارم در خصوص منع سوء استفاده از حق، اصل چهارم و ششم در خصوص آزادی کسب و کار و اصل پنجاه و ششم راجع به حق تعیین سرنوشت، دولت است و این تلقی، قانون اساسی را به میثاق میان دولت و ملت نزدیک می‌کند و پاسخ روشنی در خصوص جایگاه حقوق اساسی در روابط خصوصی به دست نمی‌آید؛ با این حال، برخی از حقوق‌دانان زبان بکار رفته در برخی از اصول قانون اساسی از جمله اصل ۴۰، ۴۶ و ۵۶ را قرینه‌ای بر لازم‌الرعايه بودن این حقوق در هر دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی دانسته‌اند.^۳ برخی از حقوق‌دانان نیز با استناد به اشاره صریح مقدمه قانون اساسی به لزوم صیانت از کرامت انسانی و جایگاه کرامت انسانی بعنوان مبنای برخی حقوق از جمله حق بر حریم خصوصی و با توجه به هنجاری شدن قانون اساسی، معتقدند استناد به حقوق بنیادین در روابط خصوصی حقوق ایران نیز امکان‌پذیر است.^۴ صرف نظر از اینکه

1. Ibid. at 55.

2. Marc Bungenberg et al., *European Yearbook of International Economic Law 2016* (New York: Springer, 2016) at 427.

۳. حشمت‌اله شهبازی و همکاران، «حقوق بشر در حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۹، (۱۳۹۶)، ص ۷۶

۴. مسلم محمدزاده، «تن آدمی شریف است به جان آدمیت؟! پرتوهایی از کرامت انسانی در حقوق خصوصی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲، (۱۳۹۴)، صص ۳۲۷-۳۲۸.

اصول قانون اساسی که از سوی این دسته از حقوقدانان در خصوص ملزم بودن شهروندان به رعایت حقوق بنیادین یکدیگر مورد استناد قرار گرفته است، استثناء یا مطابق قاعده محسوب می‌شود؛ به نظر می‌رسد توجه به منابع حقوق خصوصی ایران در این راستا بیشتر راهگشا باشد. در قوانین حوزه حقوق خصوصی ایران موازینی مانند بطلان اعمال حقوقی مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه، ممنوعیت اشخاص از سلب حریت و سلب کلی حق تمتع خویش، منع محاکم از به اجرا گذاشتن عقود مغایر نظم عمومی و اخلاق حسنه و ممنوعیت توقیف مستثنیات دین و ادای تعهدات از محل آنها مشاهده می‌شود که قرائن روشنی در خصوص به رسمیت شناختن موازین حقوق بنیادین در حوزه حقوق خصوصی توسط مقنن به دست می‌دهد. تبیین مفهوم حقوق مدنی در بین حقوقدانان ایران، زمینه مناسبی برای تحلیل جایگاه حقوق بنیادین در حقوق خصوصی است که حقوقدانان ایران در خصوص مفهوم آن اختلاف نظر دارند. سلب قابلیت دارا شدن حق و حرمان شخص از امکان بدست آوردن حق یا حقوق مذکور در آینده،^۱ هر حق مدنی بدون ارتباط با موضوع معین که در واقع حکم محسوب می‌شود و امکان سلب یا اسقاط آن به طور جزئی نیز وجود ندارد؛^۲ متفاوت دانستن حقوق مدنی با حقوق شهروندی مندرج در قانون اساسی و تلقی حقوق مدنی بعنوان حقوقی که در روابط اجتماعی مردم مطرح می‌شوند^۳ از جمله نظراتی است که در این خصوص بیان شده است. به نظر می‌رسد مناسب‌ترین توضیح در خصوص حقوق مدنی ماده ۹۵۹ از سوی حقوقدانانی ارائه شده است که حقوق مذکور را تعبیر به حقوق و آزادی‌های فردی یا حقوق مدنی مطلق کرده‌اند که برخوردار از آنها مستلزم قرار گرفتن در موقعیتی خاص نیست و همه انسان‌ها به صرف انسان بودن از آنها بهره‌مند هستند.^۴ با این تلقی از حقوق مدنی می‌توان حقوق بنیادین را در حقوق خصوصی ایران واجد اثر دانست.

۱. حسن امامی، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ ۲۳ (تهران: اسلامی، ۱۳۹۳) ص ۲۰۱.

۲. مهدی شهیدی، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، در: مجموعه مقالات حقوقی، چاپ

۳ (تهران: مجد، ۱۳۹۱) صص ۲۰۷-۲۰۸.

۳. حسین صفایی، اشخاص و اموال، چاپ ۲۰ (تهران: میزان، ۱۳۹۴) ص ۴۱.

۴. فریبرز ایمانیان و همکاران، «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، نشریه مدرس علوم انسانی، دوره ۷، شماره ۱،

(۱۳۸۲)، صص ۱۷-۲۱.

تحلیل مفهوم حقوق مدنی در قانون مدنی ایران می‌تواند وضعیت حقوق ایران را از جهت رویکرد منتخب به حقوق هلند نزدیک سازد و مانند آن کشور، حقوق ایران را پذیرای رویکرد همگرایی نماید؛ چرا که در کنار قانون اساسی، برخی از مصادیق حقوق بنیادین در قانون مدنی ایران مورد اشاره قرار گرفته‌است. به علاوه، از آنجایی که در رویکرد وابستگی حقوق خصوصی به حقوق بنیادین، قواعد حقوق خصوصی تاب برخورد با حقوق بنیادین را ندارد و چنین موضوعی در رویکرد همگرایی حقوق بنیادین و حقوق خصوصی رخ نمی‌دهد، به نظر می‌رسد بهترین معیار برای انتخاب رویکرد مناسب در خصوص میزان دخالت حقوق بنیادین در حقوق خصوصی یک کشور و در نتیجه، زوال یا حفظ استقلال حقوق خصوصی آن کشور، سازوکار نظارت بر قوانین است. در صورتی که در یک نظام حقوقی، دخالت حقوق بنیادین در حقوق خصوصی پذیرفته شده باشد و بعلاوه نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی توسط یک نهاد قضایی صورت گیرد، می‌توان حقوق خصوصی آن کشور را تابع حقوق بنیادین دانست. این در حالی است که در روش کنترل سیاسی انطباق قوانین با قانون اساسی، قضات اساساً اختیار بی‌اعتبار تلقی کردن قوانین را به دلیل تعارض با قانون اساسی ندارند و در رسیدگی‌های قضایی، حقوق خصوصی مستقل از حقوق بنیادین باقی می‌ماند. در حقوق ایران نیز اصل عدم دخالت قوه قضائیه در کار قانونگذاری پیوسته مورد پذیرش بوده است و قضات دادگستری نیز از تمسک به اصول قانون اساسی برای صدور احکام احتراز کرده‌اند.^۱ از این رو رویکرد مناسب حقوق ایران در خصوص نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را می‌توان رویکرد همگرایی این دو شاخه از حقوق دانست.

البته برخی حقوقدانان فرضیه امکان نظارت قضائی بر قوانین در حقوق ایران را نیز مطرح کرده‌اند. از طرفی این عقیده مطرح شده است که دادرسی می‌تواند به استناد تقدم ذاتی قانون اساسی بر قانون عادی، اجرای قانون اساسی را به قانون عادی ترجیح دهد؛ چرا که ممکن است قانون در مقام تشریح با قانون اساسی در تعارض نباشد اما اجرای آن در تزامن با قانون اساسی واقع شود.^۲ برخی نیز معتقدند از آنجایی که در حقوق ایران به دلیل وجود نهاد شورای نگهبان، قانونگذار نمی‌تواند قانونی بر خلاف قانون اساسی وضع

۱. ابوالفضل شریعت پناهی، *حقوق اساسی و نهاد های سیاسی*، چاپ ۱۳ (تهران: میزان، ۱۳۹۳) ص ۱۱۸.

۲. حسن جعفری تبار، همان، ص ۱۳۹.

کند و فرض این است که قانونگذار به وظیفه‌اش آگاه و در برابر آن خاضع است، در مرحله نخست باید قانون را چنان تفسیر کند که همگامی قانون عادی و قانون اساسی تامین شود. اگر جمع این دو قاعده ممتنع جلوه کند، از آنجایی که دادرسی مامور اجرای قانون، اعم از قانون عادی و قانون اساسی است، هنگامی که با دو متن متعارض رو به رو می‌شود، منطقی حکم می‌کند که قاعده عالی بر مقررات پایین‌تر حکومت کند.^۱

بر اساس مباحث پیش‌گفته، آنچه در خصوص اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی اهمیت دارد، نه روش اعمال این حقوق که میزان دخالت حقوق بنیادین و رویکرد منتخب است. برخی از حقوقدانان، پس از اینکه روش اعمال مستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را به دلیل از بین بردن استقلال حقوق خصوصی مناسب حقوق ایران ندانسته‌اند، روش اعمال غیرمستقیم^۲ و حتی روش اعمال غیرمستقیم قوی را برای حقوق ایران پیشنهاد کرده‌اند.^۳ این در حالی است که اولاً امکان حفظ استقلال حقوق خصوصی با روش اعمال مستقیم نیز وجود دارد و ثانیاً، در روش اعمال غیرمستقیم قوی، حقوق خصوصی قطعاً تابع حقوق بنیادین می‌شود. چرا که به اذعان همان حقوقدانان که معتقد به عدم تناسب روش اعمال مستقیم برای حقوق ایران بودند، در روش اعمال غیرمستقیم قوی، تصمیم‌گیری در سطح حقوق بنیادین صورت می‌گیرد و حقوق خصوصی از خود، استقلالی در تعیین نتیجه دعوا ندارد و از آن صرفاً برای بیان نتیجه دعوا استفاده می‌شود.^۴ معنی این فرایند، چیزی جز سلب استقلال از حقوق خصوصی نیست.

در نتیجه، حقوق خصوصی ایران در عین قابلیت اثرپذیری از حقوق بنیادین در تنظیم روابط حقوق خصوصی استقلال دارد و بنابراین، رویکرد منتخب حقوق ایران، همگرایی

۱. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ ۵ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳) صص ۷۸-۷۹ و ۱۶۶-۱۶۷.

۲. حاجی پور، همان، ص ۵۸۸.

۳. عباس اسدی و همکاران، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۳، (۱۳۹۷)، صص ۱۸-۱۹؛ عباس اسدی و همکاران، «نظریه تاثیر حقوق اساسی در حقوق قراردادها و جایگاه آن در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۲، (۱۳۹۶)، صص ۹-۱۰.

۴. عباس اسدی، (۱۳۹۷)، همان، ص ۱۵؛ عباس اسدی، (۱۳۹۶)، همان، صص ۹-۱۰.

حقوق بنیادین و حقوق خصوصی است. استفاده از این رویکرد نیز با دو روش اعمال مستقیم و اعمال غیرمستقیم ضعیف امکان‌پذیر است و روش اعمال غیرمستقیم قوی به دلیل حذف استقلال از حقوق خصوصی در حقوق ایران غیر قابل استفاده بنظر می‌رسد.

برای انعکاس این وضعیت می‌توان رویه قضائی ایران را زیر نظر گرفت. به موجب ماده ۳ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به اشخاص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه، دارندگان وسیله نقلیه مکلف به اخذ بیمه حوادث برای جبران زیان‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه شده‌اند که تعیین میزان حق بیمه آن منوط به تصویب آیین‌نامه شده است. پیش از تصویب آیین‌نامه مذکور، دعوایی به خواسته مطالبه زیان بدنی در شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد مطرح می‌شود و شعبه مذکور، طی دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۷۵۷۶۱۰۰۸۹۴ با تاکید بر معوض بودن عقد بیمه و از آنجا که به دلیل تصویب نشدن آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ امکانی برای اخذ حق بیمه از بیمه‌گذار وجود نداشته است تا شرکت بیمه در مقابل، تکلیف به جبران خسارت داشته باشد، حکم بر بی حقی خواهان صادر می‌کند. با تجدیدنظر از دادنامه موصوف، شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۵۱۵۴۹۰۱۳۵۵ ضمن مرور تحولات قانونگذاری در حقوق بیمه و تبیین حمایت روزافزون مقنن از زیان‌دیدگان، به نسل دوم حقوق بشر نیز استناد می‌کند و تصویب نشدن آیین‌نامه موضوع ماده پیش‌گفته را دلیل محکمه‌پسندی برای گریز از جبران خسارت نمی‌داند. چرا که هم نظر قانونگذار در سیر تحولات، معطوف به حمایت حداکثری از زیان‌دیدگان است و هم بر اساس موازین حقوق بشر، دولت متعهد به کاهش آسیب‌های اجتماعی است. در حقیقت دادگاه تجدیدنظر بر خلاف دادگاه بدوی در حصار حقوق خصوصی مجبوس نمی‌ماند و به نوعی ایجاد «گفتگو» میان حقوق بنیادین و حقوق خصوصی می‌پردازد و ضمن حفظ استقلال حقوق خصوصی، در تفسیر مورد ابهام از حقوق بنیادین مدد می‌گیرد و در نهایت به نتیجه‌گیری قابل دفاعی می‌رسد. مسیر استدلال دادگاه را می‌توان ذیل رویکرد همگرایی و روش اعمال غیرمستقیم ضعیف توصیف کرد. این در حالی است که در صورت گزینش رویکرد وابستگی، دادگاه باید از روش اعمال غیرمستقیم قوی یا اعمال مستقیم حقوق بنیادین استفاده می‌کرد. نخستین روش که صرفاً در رویکرد وابستگی قابل استفاده است، توجهی به گشودن گره ابهام از ماده ۳ ندارد و صرفاً نتیجه از پیش تعیین

شده را در قالب مفاهیم تفسیرپذیر قرار می‌دهد که ضرورتاً در راستای خواسته خواهان نیست. بعنوان مثال، در پرونده کنونی، دادگاه می‌توانست با صرف نظر کردن از استقلال حقوق خصوصی و مرور تحولات حقوق بیمه، استحقاق خواهان نسبت به جبران خسارت را به دلیل پرداخت نکردن حق بیمه، خلاف مفهوم تفسیرپذیر اخلاق حسنه تشخیص دهد. در روش اعمال مستقیم ذیل رویکرد وابستگی نیز دادگاه با بی‌توجهی به موازین حقوق خصوصی و سلب استقلال از آن، صرفاً به حقوق بنیادین استناد می‌کند و در پرونده کنونی، باز هم حقوق خصوصی و تحولات حقوق بیمه و رفع ابهام از ماده ۳ از نظر دادگاه مغفول می‌ماند. این در حالی است که علاوه بر ضرورت حفظ استقلال حقوق خصوصی در میان منابع حقوق ایران، اولویت با قانون و رفع ابهام از آن است و نمی‌توان به بهانه ابهام، به کلی موازین قانونی را به کناری نهاد. از این جهت در صورت استفاده دادگاه از روش اعمال مستقیم ذیل رویکرد وابستگی، رای دادگاه حتی در صورت حصول نتیجه‌ای مشابه با نتیجه کنونی قابل انتقاد خواهد بود؛ چرا که موضع استناد مستقیم به حقوق بنیادین و صرف نظر کردن از موازین قانونی، نه ابهام که سکوت قانون است.

نتیجه‌گیری

اهمیت حقوق بنیادین و ضرورت صیانت از این حقوق منجر به توسعه روزافزون جایگاه آن می‌شود. دولت‌ها در قانون اساسی رعایت حقوق اساسی ملت را تعهد می‌کنند و در معاهدات بین‌المللی موظف به پاسداری از حقوق بشر می‌شوند. به تدریج، حقوق بنیادین از نقش آفرینی در روابط عمودی دولت و شهروندان فراتر می‌رود و در حوزه حقوق خصوصی نیز ایفا نقش می‌کند و بر این اساس، رعایت آنها در روابط افقی شهروندان با یکدیگر نیز ضروری قلمداد می‌شود.

در این مقاله استدلال شد که طرح صحیح نظریه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی بدون رعایت سلسله‌مراتب سوالات سه‌گانه امکان‌پذیر نیست. در حقیقت امکان دارد نظام حقوقی یک کشور، بنا به دلایلی اساساً امکان اثرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را منتفی بداند و نوبت به پاسخگویی به پرسش‌های پسین نرسد. با این حال اگر یک نظام حقوقی اصل اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را پذیرفت، مهمترین پرسشی که باید به پاسخگویی آن همت گمارد، تعیین سرنوشت حقوق

خصوصی پس از اعمال حقوق بنیادین است. در صورتی که به استقلال حقوق خصوصی می‌اندیشد، رویکرد همگرایی و در صورتی که مفتون حقوق بنیادین شده است و جز آن چیزی را نمی‌تواند ببیند، رویکرد وابستگی حقوق بنیادین به حقوق خصوصی را انتخاب خواهد کرد و پس از آن متناسب با رویکرد منتخب به انتخاب روش خواهد پرداخت. بر خلاف تأکیدی که بر روش اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی می‌شود، آنچه اهمیت دارد رویکرد منتخب است و تصور روش بدون توجه به رویکرد به نتیجه‌گیری‌های دور از واقع و غیرمنطقی می‌انجامد. از این‌رو روش انتخاب شده توسط هر نظام حقوقی را باید در کنار رویکرد منتخب آن نظام حقوقی نهاد و از مجموع آن دو به نتیجه‌گیری قابل دفاعی رسید.

در خصوص حقوق ایران نیز با توجه به موازین حقوق خصوصی و از جمله مفهوم حقوق مدنی بعنوان حقوق و آزادی‌هایی که هر انسان به صرف انسان بودن از آنها بهره‌مند است، می‌توان به نقش‌آفرینی حقوق بنیادین در حقوق ایران معتقد بود. به علاوه، با توجه به منتفی بودن نظارت قضائی بر قوانین در حقوق ایران، حفظ استقلال حقوق خصوصی ضرورت دارد و بر این اساس، رویکرد منتخب حقوق ایران رویکرد همگرایی است. در کنار این استدلال، باید به حضور مصادیقی از حقوق بنیادین در قانون مدنی ایران نیز اشاره کرد که حقوق ایران را از این جهت مشابه حقوق هلند، پذیرای رویکرد همگرایی می‌نماید. در راستای این رویکرد، دو روش اعمال مستقیم و اعمال غیرمستقیم ضعیف، قابل استفاده و روش اعمال غیرمستقیم قوی، غیرقابل استفاده به نظر می‌رسد. اگرچه هر دو روش قابلیت صیانت هم‌زمان از استقلال حقوق خصوصی و حق‌های بنیادین شهروندان را دارند، با این حال، باید در هر مورد دقت شود که «شهروندان» تعهد اولیه به رعایت این حقوق را داشته‌اند یا «دولت» با توجه به عارض شدن برخی شرایط، تکلیف به صیانت از حقوق بنیادین شهروندان را در حوزه‌ی حقوق خصوصی یافته‌است؛ نخستین وضعیت، مجرای کاربست مستقیم حقوق بنیادین و دومین وضعیت، جایگاه استناد غیر مستقیم به این حقوق است.

منابع

کتاب‌ها

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ ۲۳ (تهران: اسلامیه، ۱۳۹۳).
- جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه (تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶).
- شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، چاپ ۱۳ (تهران: میزان، ۱۳۹۳).
- شیروی، عبدالحسین، حقوق تطبیقی، چاپ ۱۴ (تهران: سمت، ۱۳۹۴).
- شهیدی، مهدی، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، در: مجموعه مقالات حقوقی، چاپ ۳ (تهران: مجلد، ۱۳۹۱).
- صفایی، حسین، اشخاص و اموال، چاپ ۲۰ (تهران: میزان، ۱۳۹۴).
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد اول، چاپ ۳ (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰).
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد های دوم و سوم، چاپ ۵ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).
- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ ۸۷ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲).
- کیوان فر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، چاپ ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵).
- موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، چاپ ۵ (تهران: کارنامه، ۱۳۹۶).
- میرشکاری، عباس، حقوق شخصیت و حقوق مسئولیت مدنی در اروپا (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶).

مقاله‌ها

- اسدی، عباس، پارساپور، محمدباقر و بادینی، حسن، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۳، (۱۳۹۷).
- اسدی، عباس و همکاران، «نظریه تاثیر حقوق اساسی در حقوق قراردادها و جایگاه آن در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۲، (۱۳۹۶).
- ایمانیان، فریبرز، شمس، عبدالله و تفرشی، محمدعیسی، «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، نشریه مدرس علوم انسانی، دوره ۷، شماره ۱، (۱۳۸۲).
- حاجی‌پور، مرتضی، «بررسی تطبیقی اعمال حقوق بنیادین بشری در روابط خصوصی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، (۱۳۹۷).

- شهبازی، حشمت اله، تقی‌زاده، ابراهیم و شهبازی‌نیا، مرتضی، «حقوق بشر در حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۹، (۱۳۹۶).
- طهماسبی، علی، «فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، (۱۳۹۱).
- گرجی‌ازندریانی، علی اکبر، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، (۱۳۸۳).
- محمدزاده، مسلم، «تن آدمی شریف است به جان آدمیت؟! پرتوهای از کرامت انسانی در حقوق خصوصی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲، (۱۳۹۴).
- مولانی، یوسف، حاجی‌پور، مرتضی، «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۰، شماره ۶۱، (۱۳۹۷).

References

Books

- Barkhuysen, Tom, D Lindenbergh, Siewert, *Constitutionalisation of Private Law* (Netherlands: Martinus Nijhoff, 2006).
- Bungenberg, Marc, Herrmann, Christoph, Krajewski, Markus, Terhechte, Jörg Philipp, *European Yearbook of International Economic Law 2016* (New York: Springer, 2016) at 427.
- Faure, Michael, Der Walt, Andre Van, *Globalization and Private Law: The Way Forward* (Northampton: Edward Elgar Pub, 2007).
- Nuno Ferreira, Nuno, *Fundamental Rights and Private Law in Europe: The Case Case of tort Tort Law Law and Children* (London: Routledge, 2011).
- Ignatieff, Michael Ignatieff, *American Exceptionalism and Human Rights* (New Jersey: Princeton University Press, 2005).
- Mak, Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (Netherlands: Kluwer Law International, 2008).
- Micklitz, Hans, *The Constitutionalization of European Private Law*, First Ed (New York: Oxford University Press, 2014).
- O Cherednychenko, Olha O Cherednychenko, (A), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2007)

- Trstenjak, Verica Trstenjak, Weingerl, Petra Weingerl, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (New York: Springer, 2016).

Articles

- Cherednychenko, Olha, “The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8, Iss. 1, (2004).
- Yutaka Arai-Yokoi, Yutaka, “Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21, No. 3, (2003).
- Collins, Hugh, “Private Law, Fundamental Rights, and the Rule of Law”, *West Virginia Law Review*, Vol. 121, Iss.1 (2018).
- Aurelia Colombi Ciacchi, Aurelia, “The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice”, *European Review of Contract Law*, Vol. 2, No. 2, (2006).
- Frantziou, Eleni Frantziou, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 5, (2015).
- Stephen Gardbaum, Stephen, “The Horizontal Effect of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review*, Volume 102, Iss. 3, (2003).
- Savitri Goonesekere, Savitri, “Human Rights as a Foundation for Family Law Reform”, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 8, Iss.2, (2000).
- Hesselink, Martijn Hesselink, “The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law”, *Europa e diritto privato*, No. 1, (2003).
- Leczykiewicz, Dorota Leczykiewicz, “Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, Vol. 38, No.4, (2013).
- Miller, Jonathan Miller, “The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, Iss.1, (2014).
- O Cherednychenko, OlhaOlha Cherednychenko, (B), “Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?”, *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Iss.2, (2007).

- Ondřejek, Pavel Ondřejek, “A Structural Approach to the Effects of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, Iss. 2, (2017).
- Phillipson, Gavin Phillipson, Williams, Alexander Williams, “Horizontal Effect and the Constitutional Constraint”, *Modern Law Review*, Vol. 74, No. 6, (2011).
- Starck, Christian Starck, “State duties of protection and fundamental rights”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (2000).

Internet Documents

- Almeida Ribeiro, Gonçalo de, “Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights”, 14 May 2013, WZB Berlin Social Science Center, Available at: <https://www.wzb.eu/en/node/22653>, (Last Visited on: 26/08/2019).

