

فزون خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی

علی طهماسبی*

استادیار گروه حقوق دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

پذیرش: ۹۱/۹/۲۰

دریافت: ۹۱/۷/۱۸

چکیده

«حق» فردی دارای مصادیق گوناگونی از جمله حق اساسی است که افراد به اعتبار انسان بودن خود از آن برخوردارند. در متون حقوقی کلاسیک، کارکرد این حقوق را در رابطه دولت - فرد دیده، آن را اهرمی برای حمایت از فرد در برابر دولت می‌دانند. این کارکرد سنتی حقوق بنیادین «اثر عمودی» خوانده می‌شود. مدتی است گرایش جدیدی در حقوق بعضی کشورها از جمله آلمان، هلند و انگلستان شکل گرفته که درصدد گسترش قلمرو این حق‌ها به تمام گرایش‌های حقوق از جمله روابط تحت حاکمیت حقوق خصوصی است. از این جریان، عمدتاً به «اثر افقی حق‌های اساسی» یا «اساسی‌سازی حقوق خصوصی» تعبیر می‌شود. در روابط خصوصی این حقوق ممکن است بدون پوشیدن جامه حقوق خصوصی مستقیماً مورد استناد قرار گیرند یا تفسیر عبارات کلی مثل اخلاق حسنه، نظم عمومی، حسن نیت و غیره دروازه ورود آن‌ها به حقوق خصوصی باشد. حسن شیوه اخیر در حفظ حقوق خصوصی و کمرنگ کردن نگرانی‌های مربوط به از بین رفتن استقلال آن است.

واژگان کلیدی: حقوق خصوصی، اثر عمودی، اثر افقی، اساسی‌سازی، حق بنیادین



۱. مقدمه

قبل از پرداختن به اصل موضوع، نگارنده مناسب می‌داند بحث را با ذکر چند مثال آغاز کند تا زمینه‌ای مناسب برای ورود به موضوع اصلی فراهم گردد.

۱. شخصی بعد از مدتی جستجو برای اجاره منزل، مکانی مناسب یافته، اما موجد با این شرط حاضر به اجاره ملک شده که وی بعضی شبکه‌های تلویزیونی مجاز را دریافت نکند و از آن محل به اینترنت متصل نشود. آیا این شرط و قرارداد از نظر حقوقی معتبر است؟

۲. مردی که دو فرزند دارد برای عقیم کردن خود، به پزشک مراجعه می‌کند. پزشک عمل مورد نظر را انجام داده که موفقیت‌آمیز نبوده و همسر این مرد مجدداً از او باردار و آن‌ها صاحب فرزند سوم می‌شوند که کاملاً هم سالم است. آیا این مرد یا زنش می‌تواند از پزشک مذکور مطالبه خسارت کند؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد، چه خسارتی قابل مطالبه است؟ خسارات ناشی از درد و رنج بارداری و زایمان برای مادر یا هزینه‌های بزرگ کردن و تربیت کردن بچه؟

۳. شخصی خانه‌ای را به پسرش صلح می‌کند با این شرط که اگر متصالح ظرف دو سال آینده با زنی غیر از هموطنانش ازدواج کند، قرارداد صلح منحل و خانه به ملکیت مصالح برگردد. حکم وضعی این عمل حقوقی چیست؟ آیا باید در پرتو حق آزادی مطلق افراد برای تصرف در اموال خود، آن را معتبر دانست یا می‌توان اعتبارش را زیر سؤال برد؟

در بررسی این موضوعات می‌توان مطابق مبانی کلاسیک داور و احکام حقوقی را استنباط کرد. به این ترتیب که در مثال اول موضوع در چارچوب توافق طرفین مورد بررسی و حکم به صحت آن داده شود. متقابلاً می‌توان موضوع را در پرتو حق اساسی افراد برای دسترسی آزاد به اخبار و اطلاعات تحلیل کرد و در اعتبار شرط به جهت مغایرت با آن تشکیک کرد.

در مثال دوم می‌توان گفت تولد فرزند نعمتی خداداد است که بسیاری آن را آرزو

می‌کنند و بحث از جبران خسارت ناشی از تولد و بزرگ کردن کودک، موجب وهن انسانیت بوده، مشکل‌زا است؛ زیرا بعداً این بچه می‌پرسد چرا والدینش او را موجب ضرر خود دانسته، برای تولدش غرامت دریافت کرده‌اند؟ اما می‌توان با گفتمان مبتنی بر حقوق بنیادین از دیدگاهی دیگر به قضیه نگریست؛ زیرا افراد حق استقلال دارند و خود مختار هستند و دیگران نباید برای‌شان تصمیم بگیرند. یکی از مظاهر این حق، اتخاذ تصمیم در مورد تعداد افراد خانواده است که طبیعتاً نقض آن، باید ضمانت اجرایی در پی داشته باشد. آیا استناد به نقض این حق به‌عنوان مبنای مطالبه خسارت، جلوه متفاوتی به موضوع نمی‌دهد [۱، ص ۸].

در مثال سوم ذهن حقوقدانان در ادبیات حقوقی کلاسیک متوجه قاعده‌ای است که سلب حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را به طور کلی منع می‌کند و قرارداد یا شرط مربوط به آن را بی‌اعتبار می‌داند. با این حال در فرض سلب حق برای مدت محدود یا معین بودن مصادیق آن، اختلاف‌نظر وجود دارد و چه بسا نتوان حکم واحدی از آرای اندیشمندان استنباط کرد^۱ [۲، ص ۲۳-۳۱؛ ۳، ص ۶۱-۶۲]. اما می‌توان موضوع را از زاویه‌ای متفاوت واکاوی کرد؛ چه یکی از حق‌های اساسی افراد، آزادی ازدواج و انتخاب همسر است. به همین دلیل سلب این حق یا محدود کردن آن ولو به صورت جزئی و برای مدت محدود، ممکن است از این منظر قابل پذیرش نباشد.

بررسی این رویکرد به موضوعات حقوق خصوصی که «اساسی‌سازی حقوق خصوصی» یا «اثر افقی حق‌های اساسی» خوانده شده، موضوع این نوشتار است. نگارنده در صدد بررسی این است که آیا می‌توان بر مبنای حق‌های اساسی در دعاوی بین افراد خصوصی داوری کرد؟ در صورت پاسخ مثبت، حقوق خصوصی باید از حق‌های اساسی تبعیت کرده، استقلال خود را از دست دهد یا می‌توان در پرتو این حق‌ها،

۱. به نظر بعضی نویسندگان اصطلاح «حقوق مدنی» در ماده ۹۵۹ قانون مدنی در مفهوم حقوق مدنی مطلق، یعنی حقوق و آزادی‌های فردی به کار رفته است. از این دید حقوق مدنی که قانونگذار سلب حق تمتع و اجرای آن را ممنوع اعلام کرده، شامل حقوق بنیادین و آزادی‌های عمومی است که هر انسان به حکم وجدان و به‌عنوان موهبتی خداداد از آن برخوردار است و شامل مصادیق حقوق مدنی نسبی نمی‌شود [۴، ص ۲۱].



قواعد حقوق خصوصی را تفسیر و آن‌ها را مکمل همدیگر دانست؟ با توجه به بهره‌مندی همه افراد جامعه از این حق‌ها، چگونه باید تعارض در آن‌ها را با تعادل عوض کرد؟ آیا اساساً این حقوق دارای چنان معنای روشنی هستند که پیش‌بینی احکام دادگاه‌ها را ممکن سازند؟ در ادامه، ابتدا مفهوم و منابع حق‌های اساسی، آثار عمودی و افقی آن‌ها، و انتقادهای وارد بر اثر افقی بررسی و در نهایت نتایج مقاله ارائه می‌گردد.

۲. مفهوم حق‌های اساسی

حق پایه، اساسی، بشر یا بنیادین^۱ اصطلاحات متعددی است که در ادبیات مربوط به «اساسی‌سازی حقوق خصوصی» به کار می‌رود.^۲ در یک نگرش ماهیت‌گرا می‌توان تمامی حقوق و آزادی‌هایی را که وجود آن‌ها موجب پایداری و نبودشان موجب از هم گسیختگی فردیت انسان می‌شود، بنیادین نامید؛ هرچند گاه پیروی از منطق زمانی و مکانی موجب شناور شدن این سنجه درونگرا می‌شود. این حقوق ترجمان واقعی دسته‌ای از هنجارهای اخلاقی، سیاسی و فلسفی است که از آبخور آزادی، برابری، مردم‌سالاری و دولت قانونمدار سیراب می‌گردد [۵، ص ۹ و ۱۴] و از منظر حقوقی می‌توان آن‌ها را مجموعه امتیازات متعلق به افراد یک جامعه دانست که در قواعد (حقوق) موضوعه تعریف شده و افراد به اعتبار انسان بودن در روابط خود با دیگر افراد و قدرت حاکم، با تضمینات و حمایت‌های لازم از آن برخوردارند [۶، ص ۱۲] و ویژگی‌های عارضی از قبیل رنگ، نژاد، ملیت، زبان، موقعیت اجتماعی و غیره در بهره‌مندی از آن‌ها بی‌تأثیر است. حق انسان بر حیات و تمامیت جسمانی، ممنوعیت شکنجه، آزادی بیان، رفت و آمد، مصونیت از سلب آزادی و بازداشت غیرقانونی، برابری و غیره از جمله حق‌های بنیادین است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم برای افراد شناخته

1. basic, constitutional, fundamental, human right

۲. برای مطالعه مواردی از تقسیم‌بندی‌های حق رک: [۷، ص ۱۲۹ به بعد].

شده است.^۱

با روشن شدن اجمالی مفهوم این حقوق، این پرسش به میان می‌آید که علت اساسی بودنشان چیست؟ آیا یک حق باید در قانون اساسی، معاهدات حقوق بشر منطقه‌ای یا بین‌المللی بیان شود تا در شمار حقوق بنیادین درآید؟

در پاسخ به این پرسش می‌توان از دو منظر به موضوع نگاه کرد. در رویکرد ماهیت‌گرایانه، ذکر یک حق در قانون اساسی یا اسناد هم‌تراز تأثیری در بنیادین شناخته شدن آن حق ندارد؛ بلکه ماهیت حق موصوف در این مورد تعیین‌کننده است. اگر وجود آن لازمه وجود شخصیت انسانی باشد، بنیادین محسوب می‌شود. برعکس در دیدگاه شکل‌گرایان، شرط لازم برای بنیادین محسوب شدن یک حق، ذکر آن در قانون اساسی یا اسناد هم‌تراز است. برای مثال در فرضی که قانون اساسی حق حیات را تضمین نکرده باشد، نمی‌توان این حق را بنیادین نامید. برعکس اگر قانون اساسی یک حق ماهیتاً غیربنیادین یا فرعی‌تر را مورد ضمانت قرار داده باشد، نباید در بنیادین بودن آن شک کرد [۵، ص ۱۵-۱۶].

در ترجیح میان این دو نظر باید گفت پذیرش رویکرد دوم که یادآور اندیشه پوزیتیویست‌های افراطی است، چندان با فلسفه شناسایی این حقوق که هدف عمده‌اش تحدید قدرت حکمرانان است سازگار به نظر نمی‌رسد. علت اساسی بودن حق‌های مذکور، درج آن‌ها در قوانین اساسی، کنوانسیون‌ها و معاهدات مربوط به حقوق بشر نیست، بلکه به این دلیل است که این حق‌ها بیانگر ارزش‌هایی هستند که نظم حقوقی را در کلیت آن، اعم از عمومی و خصوصی شکل می‌دهند. این حق‌ها بر تمایز حقوق عمومی و خصوصی تقدم منطقی دارند؛ اگرچه از نظر زمانی مؤخر باشند.^۲

رویه قضایی بعضی کشورها را می‌توان مؤید این دیدگاه دانست. برای مثال در هلند زن

۱. به‌ویژه در فصل سوم.

۲. بنیادین محسوب کردن این حقوق، سبب برخورداری آن‌ها از حمایت و جایگاه قانونی خاصی می‌گردد که فراتر از حمایت مقرر در قوانین عادی است. در نتیجه قانونگذار نمی‌تواند از طریق فرایند عادی، قوانینی به تصویب برساند که حقوق و آزادی‌های اساسی افراد را تحدید کند [۸، ص ۴-۶].

بارداری به پزشک مراجعه کرد، اما پزشک به علت عدم انجام معاینات دقیق، معلول بودن فرزندش را به او اعلام نکرد و در نتیجه صرفنظر از خسارت‌های دیگر (از جمله هزینه تربیت، خسارت معنوی مادر و غیره)، پزشک به علت این‌که فرصت تصمیم‌گیری در مورد داشتن یا نداشتن فرزند معلول را از مادر گرفته بود، در برابر او مسؤول اعلام گردید. این حق در قانون اساسی هلند ذکر نشده، اما دیوان عالی هلند آن را منشعب از حق اساسی خودمختاری مادر دانسته است [۱، ص ۶].

۳. کارکرد حق‌های اساسی

سؤال قابل طرح این است که کارکرد این حق‌ها چیست؟ آیا آن‌ها را باید صرفاً در چارچوب رابطه دولت - فرد به کار گرفت یا می‌توان حوزه عملکردشان را به روابط خصوصی افراد گسترش داد؟ [۹، ص ۲۱؛ ۱۰، ص ۱۰۶-۱۰۷] بررسی اثر عمودی و افقی^۱ حق‌های مذکور به این سؤال پاسخ می‌دهد.

۳-۱. اثر عمودی

در تقسیم‌بندی سنتی حقوق به عمومی و خصوصی^۲، اولی ناظر به رابطه دولت - فرد بوده، در صدد تنظیم رابطه آن‌ها است. در عین حال، دو سوی این رابطه در وضعیت برابری قرار ندارند و شهروندان از جایگاه ضعیف‌تری برخوردارند. پس منطق و عدالت ایجاب می‌کند راهکارهایی برای حمایت از او پیش‌بینی گردد [۸، ص ۱۶].

شناسایی حقوق بنیادین برای افراد به معنای محدودیت قدرت دولت است. بر این اساس، دولت باید حق برابری، آزادی، تمامیت جسمانی و دیگر حقوق فردی شهروندان را مورد تعرض قرار ندهد. این حقوق در ابتدا صرفاً دارای جنبه سلبی بودند و تنها کاری که از دولت انتظار می‌رفت این بود که از انجام اقدامات ناقض آن‌ها خودداری کند؛ اما امروزه

1. vertical and horizontal effect

۲. با فرایند اساسی‌سازی این تفکیک روز به روز در حال کمرنگ شدن است [۱۱، ص ۲۸۴-۲۸۵].

به این حد اکتفا نمی‌شود و انجام اقداماتی که زمینه تحقق این حقوق را فراهم می‌کند، از جمله ایجاد امکانات یا بسترهای لازم برای آموزش و اشتغال به وسیله دولت، مورد انتظار است [۱۲، ص ۳۸۱-۳۸۲]. این کارکرد سنتی حق‌های اساسی که رابطه دو طرف را از بالا به پایین قاعده‌مند می‌کند، «اثر عمودی» خوانده می‌شود.

۳-۲. اثر افقی

۳-۲-۱. اصطلاح‌شناسی

در ادبیات حقوقی برای تبیین اثر حق‌های اساسی بر حقوق خصوصی، علاوه بر «اثر افقی» از اصطلاحات دیگری چون «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»^۱، «خصوصی‌سازی حقوق اساسی»^۲، «مدنی‌سازی حقوق اساسی»^۳، «اثر حق‌های اساسی بر اشخاص ثالث»^۴ و «عمومی‌سازی حقوق خصوصی»^۵ استفاده می‌گردد که در این میان، اصطلاح اساسی‌سازی حقوق خصوصی و اثر افقی حق‌های اساسی رایج‌تر به نظر می‌رسند. به همین دلیل در نوشتار حاضر هم از این دو عبارت استفاده شده است.

۳-۲-۲. مفهوم اساسی‌سازی نظم حقوقی/حقوق خصوصی

پیش از پرداختن به مفهوم اساسی‌سازی حقوق خصوصی و جهت تبیین بایسته آن، لازم است مفهوم اساسی‌سازی نظم حقوقی روشن گردد. در گفتمان سنتی، نهادهای سیاسی و انتخابات تنها موضوعات مورد مطالعه حقوق اساسی را تشکیل می‌داد، هرچند بعداً قلمرو آن به نهادهای اداری و قضایی هم گسترش یافت (حقوق اساسی نهادی) و در نتیجه دیگر نمی‌توان بنیان‌های اساسی این نهادها را نادیده گرفت [۱۳، ص ۱۹۷-۱۹۸]؛ اما نظریه‌پردازان جدید حقوق اساسی این شیوه کهن را برانداخته، طرحی نو در انداختند

-
1. constitutionalisation of private law
 2. privatization of human rights
 3. civilianisation of fundamental rights
 4. party effect
 5. publicisation of private law



که در آن نه‌تنها مطالعه نهادها - که دیگر محدود به نهادهای سیاسی نیست - بلکه بررسی نظام منابع حقوق هم موضوع قانون اساسی است و این سند مادر به‌عنوان هنجار درجه اول، بر هنجارهای درجه دوم (قانون) و سوم (آیین‌نامه) برتری دارد. از این پس قانون عادی نیست که برای تعیین صلاحیت خود صالح است، بلکه قانون اساسی به‌عنوان هنجار برتر صلاحیت هنجارهای فروتر را به دقت تعیین می‌کند (حقوق اساسی هنجاری). همچنین با وجود این‌که در گذشته تصور می‌شد اگر در یک جامعه مردم‌سالار اکثریت با رعایت قواعد بازی به قدرت برسد، حقوق اقلیت را رعایت خواهند کرد، تجارب تاریخی ناشی از ظهور فاشیسم و نازیسم خلاف آن را ثابت کرد؛ زیرا در هر دو مورد، از نظر شکلی این احزاب قدرت را به طور قانونی به دست آوردند، اما گذر زمان ثابت کرد رعایت قواعد شکلی کافی نیست و باید قواعد ماهوی رعایت شود و حقوق بنیادین افراد خط قرمزی باشد که تمام نهادها حتی پارلمان نماینده اکثریت را محدود کند (حقوق اساسی جوهری) [۱۳، ص ۱۹۷-۲۰۱؛ ۱۴، ص ۲-۹].

به علاوه اگر در گذشته قانون اساسی یک سند برنامه‌ریز و الهام‌بخش تلقی می‌شد که فاقد جنبه هنجاری بود، این نظریه در نیمه دوم قرن بیست در جدال با اندیشه هنجاری و لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی، تاب مقاومت نیاورد و قافیه را به رقیب باخت. در گفتمان نوین، قانون اساسی یک اعلامیه صرفاً برنامه‌ریز نیست، بلکه دارای جنبه هنجاری بوده، سودای مداخله در تمام امور دارد و با هدف پاسداشت برتری قانون اساسی بر هنجارهای فرودست مبادرت به ایجاد دادگاه‌های قانون اساسی^۱ (یا به طور اعم مراجع صیانت از قانون اساسی با هر عنوانی اعم از دادگاه، دیوان، شورا و غیره) کرده و به سوی قانون اساسی رویه‌ای^۲ پیش می‌رود که با توجه به الزام‌آور بودن رویه قضایی این

۱. دادگاهی که برای رسیدگی انحصاری و اختصاصی به ترافعات حقوق اساسی تشکیل می‌شود. این دادگاه خارج از دستگاه قضایی قرار دارد و نسبت به تمام قوای عمومی (تقنینی، قضایی و اجرایی) از استقلال برخوردار است؛ هرچند در کشوری مثل آمریکا، وظیفه اعمال دادرسی اساسی به مجموعه دستگاه قضایی سپرده شده و در واقع از دادگستری معمولی متمایز نمی‌شود [۱۵، ص ۳۳۸-۳۴۰؛ ۱۴، ص ۴۴۶ به بعد].

۲. سیاستدانان حقوق اساسی را فقط محدود به نهادها می‌دانند [۱۳، ص ۲۰۵].

مراجع برای دیگر قضات عادی یا اداری، این تحول موجبات سیطره حقوق بر سیاست را پدید آورده و گنجینه‌ای از ارزش‌های اساسی فراهم ساخته که در نتیجه قدرت برتر تصمیمات این دادگاه‌ها - که به وسیله قانون اساسی برای‌شان به رسمیت شناخته شده - انتشار می‌یابند.

با تحقق شرایط فوق، مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی^۱ به میان می‌آید که در تبیین آن می‌توان گفت: فرایند تغییر و تحولی است که در نتیجه نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های حقوق، اعم از اداری، مدنی و غیره و به عبارت دیگر از طریق انطباق هرگونه هنجار فرودست با هنجارهای فرادست و در نتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه دوم و سوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی حاصل می‌شود [۱۶، ص ۱۳۰-۱۳۴]. این فرایند همواره در جهت آزادسازی و اعمال مطلوب‌تر قواعد تضمین‌کننده حقوق بنیادین افراد است [۱۱، ص ۲۱۲]. در نتیجه اساسی‌سازی از اهمیت اصول کلی حقوقی که در گرایش‌های مختلف حقوق شکل گرفته، کاسته شده و پایه‌های مشترکی شکل می‌گیرد که از هنجارهای اساسی نشأت گرفته، به تدریج جای اصول حقوقی خاصی را که در هر گرایش حقوقی به وجود آمده و با هنجار برتر ناسازگار است، می‌گیرد. بدین ترتیب، هنجارهای جدید سازگار با حق‌های اساسی شکل گرفته، هنجارهای غیر مردم‌سالار موجود حذف یا از ایجاد آن‌ها در آینده جلوگیری می‌شود. به علاوه تفکیک سنتی حقوق عمومی و خصوصی به سوی اتحاد نسبی نظم حقوقی سیر می‌کند.

۱. البته نباید «وجود بنیان‌های اساسی» یک گرایش حقوقی را با مسأله اساسی‌سازی حقوق خلط کرد. اگرچه این دو در اغلب موارد ممکن است با هم تقارن داشته باشند، ولی دو پدیده متمایزند [۱۱، ص ۲۶۹-۲۷۰]. وجود بنیان‌های اساسی برای اساسی‌سازی یک گرایش حقوقی لازم است، اما کافی نیست. این بنیان‌ها و هنجارهای اساسی باید بتوانند تحت شرایط خاص و با سازوکارهای مناسب در نظم حقوقی انتشار یابند. لذا مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی اصولاً در کشورهایی به جریان می‌افتد که تاکنون هنجارهای اساسی اثر مستقیم یا حتی غیرمستقیم بر روی اجرای حقوق در روابط بین دولت و افراد یا در روابط افراد نداشته‌اند؛ چنان‌که در کشوری مثل ایالات متحده این فرایند از مدت‌ها پیش آغاز شده و نظم حقوقی آن کاملاً با هنجارهای اساسی آغشته است [۱۶، ص ۱۳۱].



به همین ترتیب، اساسی‌سازی حقوق خصوصی یا اثر افقی حق‌های بنیادین، به معنای خروج حقوق بنیادین افراد از قلمرو سنتی رابطه دولت - فرد و اعمال آن‌ها در روابط میان شهروندان است. در نتیجه پای حق‌های اساسی به حقوق خصوصی باز شده و می‌تواند حقوق کلاسیک سنتی را با ارزش‌های اساسی و حقوق بنیادین چنان بیاراید که در جامعه‌ای نو رخ کرده، به جلوه‌گری بپردازد؛ چنان‌که حق دسترسی آزاد افراد به اطلاعات حقی بنیادین است که در اصل برای تحدید قدرت دولت در پایمال کردن حق افراد جامعه مورد شناسایی قرار گرفته، اما با اعمال آن در رابطه میان شهروندان، اگر در قرارداد اجاره شرطی ذکر گردد که این حق مستأجر را تضییع کند، می‌توان شرط مذکور را به علت مغایرت با حقوق بنیادین آنان نامشروع و در نتیجه فاقد اعتبار حقوقی دانست.

این فرایند ممکن است از طریق قوه قانونگذاری صورت گیرد یا به وسیله قضات. در فرض اول، قانونگذار باید در وضع قوانین علاوه بر مدنظر داشتن حق‌های اساسی و عدم وضع قوانین مغایر با آن، خلأهای موجود را پر کند؛ یعنی در صورت فقدان یک حق اساسی در حقوق خصوصی، قانونگذار از طریق وضع قانون، این شکاف را پر می‌کند. همچنین قضات در نظام کامن‌لا از طریق ایجاد قاعده سابقه و در حقوق نوشته از طریق تفسیر قواعد حقوق خصوصی بر مبنای حق‌های بنیادین، اساسی‌سازی حقوق خصوصی را تحقق می‌بخشند.

بحث اساسی‌سازی حقوق خصوصی عمدتاً در حقوق قراردادهای، مسئولیت مدنی و حقوق اموال مورد توجه قرار گرفته و نسبت به شمول آن بر حقوق خانواده به علت ارتباط شدیدش با نظم عمومی تردید شده است. همچنین پیش‌بینی می‌شود دامنه آن به مقوله‌های دیگری چون حقوق شرکت‌ها و غیره گسترش یابد [۱۷، ص ۱۱]. بی‌دلیل نیست که گفته شده اگر نهضت دستورگرایی و تصویب قوانین اساسی در نیمه دوم قرن هجده یک اقدام انقلابی محسوب می‌شد، اساسی‌سازی نظم حقوقی، انقلاب نیمه دوم قرن ۲۰ است [۱۳، ص ۱۹۴].

ارزش افزوده این رویکرد در تغییر دیدگاه کلاسیک به مسائل حقوق خصوصی است؛

زیرا حق‌های اساسی منبع الهاماتی است که موجب ورود دیدگاه‌های جدیدی به رویکرد سنتی - دگماتیک حقوق مدنی شده، در هر پرونده زاویه دیدی ارائه می‌کند که بر حل دعوا مؤثر است [۱۸، ص ۱۰].

با روشن شدن مفهوم این فرایند، حال نوبت به بررسی بعد هنجاری مسأله و پاسخگویی به این پرسش می‌رسد که آیا اساساً این حق‌ها باید در حقوق خصوصی ایفای نقش کنند یا صرفاً در رابطه دولت - فرد اعمال می‌گردند؟ مباحث آتی به این سؤالات پاسخ می‌دهند.

۳-۲-۱. دیدگاه موافقان

طرفداران اثر افقی معتقدند نباید دامنه حق‌های اساسی را به رابطه دولت - فرد محدود کرد. آن‌ها تجلی ارزش‌های والایی هستند که باید در تمام قلمرو حقوق، فارغ از دسته‌بندی‌های رایج اعم از عمومی و خصوصی حاکم بوده، قانونگذار (قضات) در وضع قواعد^۱ و قضات در تفسیر، آن‌ها را به‌عنوان اصول راهنما مدنظر داشته باشند. به علاوه در یک نظام مردم‌سالار خطر نقض حقوق بنیادین افراد به وسیله یکدیگر، بیش‌تر از احتمال نقض این حقوق توسط دولت است.

این پارادایم حصار سنتی حقوق خصوصی را شکسته، موجب ارتقای آن می‌شود؛ چنان‌که در دعاوی تولد بچه ناخواسته به جای این‌که تولد بچه را خسارت دانسته، هزینه بارداری و زایمان از دکتر مطالبه گردد، نقض اصل خودمختاری افراد و حق آنان برای تعیین تعداد اعضای خانواده مبنای مطالبه خسارت قرار می‌گیرد. لذا امروزه بحث این نیست که حق‌های اساسی دارای اثر افقی هستند یا نه؛ زیرا داعیه سلطه‌گری^۲ آن‌ها در حقوق خصوصی با اقبال مواجه

۱. یا قضات در نظام کامن‌لا که وضع قاعده می‌کنند.

۲. با توجه به تقدم تاریخی (چون قبل از قانون اساسی وجود داشته) و اجتماعی (چون وضعیت پایه و حق‌های شخصی افراد را تعیین می‌کند) حقوق خصوصی در حمایت از کرامت انسانی، می‌توان گفت قلمرو حقوق خصوصی توسعه یافته و حمایت این حقوق از افراد در روابط خصوصی، به رابطه دولت فرد گسترش یافته و در نتیجه باید از فزون‌خواهی حقوق خصوصی صحبت به میان آورد، نه زیادت طلبی حق‌های اساسی [۱۹، ص ۸۵].



شده و تنها نحوه و میزان تأثیر آن‌ها محل بحث است. به علاوه این گفتمان با تأسیس دادگاه‌های فراملی همچون دادگاه حقوق بشر اروپا جریان پرشتابی به خود گرفته است [۲۰، ص ۱-۲] با این حال در مورد شیوه تأثیر این حقوق در روابط خصوصی، اتفاق نظر وجود ندارد. بعضی تأثیر مستقیم و عده‌ای اعمال غیر مستقیم آن‌ها را مناسب می‌دانند. در عین حال، تفکیک مدل‌های مختلف، به این معنا نیست که در یک نظام حقوقی صرفاً یکی از آن‌ها اعمال و دیگری طرد گردد؛ همچنان‌که پذیرش مدل اثر غیرمستقیم در یک نظام حقوقی به معنای کم اثرتر بودن آن در مقایسه با رویکرد اثر مستقیم مورد پذیرش در یک نظام حقوقی دیگر نیست [۲۰، ص ۲۱-۲۲].

۳-۲-۱-۱. تأثیر مستقیم

مطابق این نظر، حق‌های اساسی در حقوق خصوصی، دارای اثر مستقیم هستند و به همان صورت که در حقوق عمومی قابل اعمالند، در حقوق خصوصی هم به کار گرفته می‌شوند. افراد می‌توانند دعوا یا دفاع خود را بر مبنای آن‌ها استوار سازند؛ زیرا حقوق مذکور، برای شهروندان هم مانند دولت الزام‌آورند. در نتیجه مشروعیت اعمال حقوقی آنان، اعم از قرارداد یا ایقاع، با توجه مستقیم به این حق‌ها ارزیابی می‌شود و در صورت نقض این حق‌ها در اعمال حقوقی، حقوق خصوصی صرفاً آثار این عدم مشروعیت، اعم از عدم اعتبار یا پرداخت خسارت را مقرر می‌دارد. لذا در دعوی یک فرد علیه دیگری یا دفاع خوانده در مقابل آن، استناد مستقیم به حق‌های اساسی می‌تواند موجب الغای یک قاعده حقوق خصوصی مغایر آن گردد، در حالی اگر حق اساسی موصوف وجود نداشت یا استناد به آن قابل تصور نبود، آن قاعده حقوق خصوصی علی‌الاصول قابل اعمال می‌بود. این مدل اعمال مستقیم حق‌های بنیادین، حقوق خصوصی را نادیده گرفته، درصدد به کارگیری طرق جبرانی فراتر از قلمرو حقوق خصوصی است که مستقیماً از حق‌های اساسی نشأت می‌گیرند و نوعی نظام حقوق خصوصی اساسی^۱ در عرض

1. constitutional private law

حقوق خصوصی عادی^۱ ارائه می‌کند [۲۱، ص ۳۰] و در کشورهای ایرلند و سوئد، مورد پذیرش قرار گرفته است^۲ [۹، ص ۲۱].

۳-۲-۱-۲. تأثیر غیرمستقیم

بر مبنای این مدل که در بعضی کشورها از جمله آلمان، ایتالیا، اسپانیا، آفریقای جنوبی و غیره پذیرفته شده [۲۳، ص ۲۱]، حق‌های اساسی به طور مستقیم در حقوق خصوصی تأثیر ندارند، بلکه جامعه حقوق خصوصی به خود پوشیده، سپس در روابط افراد اعمال می‌گردد [۲۴، ص ۳۸]. دعوای خصوصی یا دفاع در مقابل آن نمی‌تواند مستقیماً بر مبنای حق‌های اساسی استوار باشد، بلکه طرفین ادعا یا دفاع خود را بر مبنای قانون مدنی (حقوق خصوصی) استوار کرده، توسل آنان به حق‌های اساسی، صرفاً عاملی است برای تقویت موضعی که در دعوا دارند. در این تحلیل، حق‌های اساسی قواعد حقوق خصوصی را لغو نمی‌کنند؛ بلکه صرفاً به‌عنوان اصول راهنما و الهام‌بخش به کار رفته، حقوق خصوصی در پرتو آن‌ها تفسیر و اعمال می‌گردد. به علاوه ممکن است این حق‌ها در قالب قواعد حقوقی خاص‌تر، مثل ممنوعیت تبعیض در رابطه کارگر و کارفرما^۳، ممنوعیت سلب آزادی در قانون مدنی^۴ یا غیره متجلی گردد. در نتیجه حق‌های اساسی به جای حاکمیت بر حقوق خصوصی صرفاً بر آن تأثیرگذارند و دعوای خصوصی شکلاً و ماهیتاً در قلمرو حقوق خصوصی باقی می‌ماند [۲۵، ص ۲۹-۳۰].

اعمال غیرمستقیم حق‌های اساسی در حقوق خصوصی، بیانگر نظام جدیدی از حق‌های موصوف نیست؛ بلکه این مزیت را دارد که به ابزار سنتی نظام حقوق خصوصی، محتوای جدیدی بخشیده، با استفاده از تکنیک‌های حقوق خصوصی سنتی، ابزاری نو ارائه می‌کند. در گذشته، حق‌های موصوف از طریق مفاهیم ارزشی حقوق خصوصی

1. regular private law

۲. بنیانگذار این دکترین نیپردی استاد آلمانی است که ریاست دادگاه فدرال کار را هم برعهده داشت [۲۲، ص ۶۵].

۳. ماده ۳۸ ق.ک.ج.ا.

۴. ماده ۹۶۰ ق.م.ج.ا.



وارد این حوزه شده و امروزه هم، حقوق بشر به همان طریق عمل می‌کند. با این تفاوت که اساسی محسوب شدن این حق‌ها، ممکن است نتیجه متفاوتی در پی داشته باشد. برای مثال اگر یک کارفرمای خصوصی کارگرس را به دلیل بیان عقاید سیاسی اخراج کند و آزادی بیان حق اساسی محسوب نگردد، ممکن است صرفاً حکم به پرداخت غرامت به کارگر داده شود؛ اما در صورت اساسی محسوب کردن آن، صدور حکم بازگشت به کار هم قابل تصور است.^۱ بدین ترتیب ارتقای جایگاه هنجاری حق آزادی بیان، ارزش آن را در حقوق خصوصی افزایش داده، دادگاه را قادر می‌سازد طرق جبرانی را مورد حکم قرار دهد که پیش از آن در دسترس نبود. به علاوه جبران خسارات معنوی با پرداخت پول را ممکن می‌سازد [۲۶، ص ۲۲-۲۳].

این دکتربین را دیوان قانون اساسی فدرال آلمان در دعوی لوث^۲ به کار گرفت.^۳ در سال ۱۹۵۰ اریش لوث، رئیس روزنامه دولتی در هامبورگ برای تحریم فیلم جدید کارگردان سوسیال ناسیونال جود ساب^۴، فراخوان داد. تولیدکننده و توزیع‌کننده فیلم علیه وی طرح دعوا کردند و دادگاه بدوی لوث را از دادن فراخوان منع^۵ و دادگاه پژوهش حکم را تأیید کرد. به نظر دادگاه، عمل خواننده اخلاق عمدی در کسب و کار خواهان و مغایر اخلاق حسنه بود؛ اما دادگاه قانون اساسی در سال ۱۹۵۸ این حکم را نقض کرد. این دادگاه در صدور حکم، دکتربین اثر افقی غیرمستقیم حق‌های اساسی را ارائه کرد.^۶ به نظر دادگاه، حقوق خصوصی در پرتو ارزش‌های ناشی از قانون بنیادی (اساسی) تفسیر می‌گردد. اختلاف طرفین دعوا

۱. در حقوق ایران صرف نظر از علت اخراج، در صورت غیرموجه بودن آن به درخواست کارگر حکم بازگشت به کار داده خواهد شد. ر.ک: مواد ۲۷ و ۱۶۵ ق.ک.

2. Lüth

۳. بعضی اندیشمندان آلمانی این رأی را یک کودتای روش‌شناختی خواندند. در مقابل، عده‌ای آن را پیروزی آزادی بیان بر حقوق اقتصادی شرکت‌ها تلقی کردند [۲۲، ص ۶۹].

4. Jud Sub

5. injunction

۶. بعضی معتقدند رویه قضایی آلمان درصدد ایجاد دکتربین اثر افقی نبود؛ بلکه دادگاه‌ها تلاش کردند قالب رایج را شکسته، قلمرو سنتی حقوق مدنی را که عمدتاً به حقوق اقتصادی توجه دارد و حمایت چندانی از حقوق مربوط به شخصیت به عمل نمی‌آورد، گسترش دهند [۲۲، ص ۶۵-۶۸].

در خصوص حقوق و وظایف ناشی از قواعد رفتاری، متأثر از حقوق بنیادین است. دادگاه تأکید کرد: «اساساً دعوا شکلاً و ماهیتاً در حوزه حقوق خصوصی باقی مانده و حتی با وجود تفسیر حقوق خصوصی در پرتو حقوق بنیادین، در نهایت حقوق خصوصی تفسیر و اعمال می‌گردد. بهترین راه نفوذ حق‌های بنیادین در حقوق خصوصی، بندهایی از قانون مدنی (از جمله ماده ۸۲۶ در مورد اخلاق حسنه) است که دروازه ورود ارزش‌های ناشی از قانون اساسی به حوزه حقوق خصوصی است. بنابراین، دادگاه قانون اساسی «نظریه اثر غیرمستقیم» حق‌های اساسی را ارائه و نگرانی کسانی که اعمال دکترین اثر مستقیم را باعث از بین رفتن استقلال حقوق خصوصی می‌دانستند، برطرف کرد» [۲۰، ص ۵].

در این رویکرد اگر چه تفسیر حقوق خصوصی با حق‌های اساسی مطابق است، اما قواعد حقوق خصوصی اجرا می‌شود و سرنوشت دعاوی خصوصی را تعیین می‌کند؛ زیرا اصول و قواعد کلی، چون اخلاق حسنه، نظم عمومی، حسن نیت، انصاف، متعارف بودن و غیره، کانال ورود حق‌های اساسی در حقوق خصوصی است. لذا ممکن است قراردادی که شروط تبعیض‌آمیزی دارد و با اصل برابری مغایر است، بر مبنای مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه بی‌اعتبار اعلام گردد. بدین ترتیب اگرچه تبعیض‌آمیز بودن قرارداد، اعتبار آن را با علامت سؤال مواجه کرده، اما از مفاهیم شناخته شده حقوق خصوصی، یعنی نظم عمومی و اخلاق حسنه برای اعلام بی‌اعتباری آن استفاده می‌شود. همچنین در مواردی که به علت ضعف اساسی قدرت چانه‌زنی یکی از طرفین معامله، قرارداد نسبت به او کاملاً یکطرفه است، حق فرد بر کرامت انسانی می‌تواند وارد عمل شده و قرارداد را نسبت به وی غیرالزام‌آور کند؛ همچنان‌که دادگاه قانون اساسی آلمان در دعوی بورگه^۱ بر همین مبنا به حمایت از طرف ضعیف قرارداد برخاست^۲ [۲۵، ص

1 . Burge

۲. در این پرونده، دختری ۲۱ ساله، بیسواد، تقریباً بی‌کار (که در مواقع اشتغال هم درآمد چندانی نداشت) در سال ۱۹۸۲ ضامن پدرش می‌شود. زمانی که بدهکار نتوانست بدهی‌اش را پرداخت کند، بانک علیه ضامن طرح دعوا و دادگاه او را محکوم به پرداخت ۱۶۰۰۰۰ مارک کرد. دادگاه عالی مدنی این حکم را تأیید کرد. با فرجام‌خواهی ضامن، پرونده در دادگاه قانون اساسی آلمان بررسی شد. به نظر این دادگاه، تصمیم دادگاه عالی مدنی ناقض ←



[۳۹]

در این رویکرد، استقلال حقوق خصوصی^۱ حفظ و علیرغم ورود حق‌های اساسی در آن، حقوق خصوصی همچنان حقوق خصوصی باقی مانده، حق‌های اساسی در قالب هنجارهای آن متجلی می‌گردند [۲۰، ص ۱۵-۱۶].

۳-۲-۲. دیدگاه مخالفان

به نظر مخالفان بررسی سیر تاریخی و فلسفه تصدیق حق‌های اساسی نشان می‌دهد هدف از طرح آن‌ها، جلوگیری از دست‌اندازی قدرت در حقوق افراد بوده؛ چه حافظه بشر خاطره خوشی از نامحدود بودن قدرت دولت در ذهن ندارد و وقوع حوادث وحشتناک که از این قدرت نامحدود نشأت گرفته، انسان را واداشته چاره‌ای اندیشیده و اگر نمی‌تواند مشکل را ریشه‌کن کند، دست‌کم با تعبیه راهکارهایی مناسب از شدت آن بکاهد. در نتیجه با تصدیق و شناسایی این حقوق سعی کرد قدرت دولت را برای تعرض به امنیت، برابری و آزادی شهروندان محدود کند^۲ [۲۲، ص ۷۴]. به علاوه دولت به دنبال سود شخصی نیست، نهادهای دولتی در راستای ارائه خدمات و تأمین مصالح عمومی فعالیت می‌کنند و الزام دولت به رعایت حقوق شهروندان، مداخله ناروا در استقلال و آزادی او محسوب نمی‌شود. برعکس در روابط خصوصی هرکس، به دنبال سود خود است و با این سودا اقدام به فعالیت می‌کند. در نتیجه، تحمیل چنین تعهداتی بر او برای رعایت حقوق بشر

→ ماده ۲ (۲) قانون اساسی مبنی بر حق تعیین سرنوشت افراد است. این حق در بردارنده استقلال فردی است و چون دختر نتوانسته آزادانه راجع به قرارداد تصمیم بگیرد، حقتش نقض شده است. به نظر دادگاه در مواردی که یکی از طرفین قرارداد به طور ساختاری، در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارد و پیامدهای قرارداد برای او بسیار ناگوار است، قانون اساسی ایجاب می‌کند حقوق خصوصی طرق جبرانی مناسبی ارائه کند [۲۳، ص ۵].

۱. بر حسب این‌که حقوق خصوصی از حق‌های اساسی تبعیت کند یا این دو مکمل هم باشند، استقلال یا عدم استقلال حقوقی خصوصی قابل بررسی است.

۲. البته برخی معتقدند مدل‌های دیگری چون مدل اعمال حقوق بشر از طریق قوه قضاییه (application to the judiciary model) وجود دارد که در بعضی کشورها مثل امریکا کاربرد دارد [۲۶، ص ۲۵].

دیگران در روابط خصوصی، باعث اخلال ناروا در حق آنان بر استقلال و افزایش منافعشان می‌گردد [۲۶، ص ۱۶]. از طرف دیگر، اثر افقی حق‌های اساسی به معنای از بین رفتن استقلال حقوق خصوصی و تنزل آن به ابزاری برای ارتقای این حق‌ها است. اینان در تأیید دیدگاه خود، استدلال‌هایی به شرح زیر ارائه می‌کنند.

۴. انتقادات وارد بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی

۱. در نظریه اثر افقی غیرمستقیم، حق‌های اساسی ارزش محدودی دارند؛ زیرا آن‌ها برای اعمال در روابط خصوصی باید در قامت قواعد حقوق خصوصی ظاهر گردند. معنای گزاره مذکور این است که در روابط خصوصی میان افراد، حقوق خصوصی بر حق‌های اساسی برتری دارد و این ارزش‌های والا صرفاً به‌عنوان اصول راهنما عمل می‌کنند و گرچه حقوق خصوصی در پرتو آن‌ها تفسیر می‌گردد، در نهایت حقوق خصوصی (ولو با تفسیری متفاوت از گذشته)، سرنوشت دعوا را تعیین می‌کند.^۱ لذا جوهر نظریه اثر غیرمستقیم این است که قواعد موجود حقوق خصوصی تا حدود زیادی بیانگر ارزش‌های مبنای حق‌های اساسی است و در نتیجه اعمال این قواعد، بر آن برتری دارد و استناد به حق‌های اساسی در بیش‌تر موارد، چیزی بیش از موجودی حقوق خصوصی در بر ندارد. استدلال دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در دعوی بورگه که بیان می‌دارد محاکم حقوقی باید حقوق خصوصی را با توجه به ارزش‌های اساسی مبنای قانون بنیادی اعمال کنند، به‌خوبی این ادعا را تأیید می‌کند؛ زیرا در صورت توسل این محاکم به اصل حسن‌نیت و اخلاق حسنه، استناد به قانون اساسی سالبه به انتقای موضوع بود. عدول از این شیوه و حاکم کردن حق‌های اساسی بر نتیجه دعوا، به منزله کنار گذاردن قواعدی است که در گذر زمان به بهترین نحو برای حل و فصل اختلافات شکل گرفته‌اند. جایگزین کردن قواعد حقوق خصوصی در زمینه حمایت از اموال با حق‌های اساسی چه فایده‌ای

۱. این انتقاد صرفاً بر مدل اثر افقی غیرمستقیم وارد است.



در بر دارد؟ حل اختلاف دو همسایه بر مبنای حق‌های اساسی گرچه ممکن است، اما انجام این کار در واقع، به منزله بازگشت به عقب است؛ زیرا قواعد کاملاً توسعه یافته مزاحمت و نحوه رفتار همسایگان با یکدیگر را از دور خارج می‌کند [۲۷، ص ۱۶-۱۷].

۲. دومین انتقاد این است که حق‌های اساسی برای صدور حکم در یک پرونده، راهنمایی کافی ارائه نمی‌کنند، زیرا همه افراد جامعه از این حقوق برخوردارند و ایجاد تعادل بین آن‌ها در موارد تعارض کار آسانی نیست. برای مثال در دعوی بورگه ضامن می‌تواند به حق کرامت انسانی یا استقلال و بانک به حق اساسی استقلال یا آزادی قراردادها استناد کند. هر دو حق مذکور، بیانگر ارزش‌هایی است که هنجارهای رفتاری یک جامعه عادلانه محسوب می‌شوند [۲۵، ص ۷۷؛ ۲۴، ص ۴۲]، اما این‌که در یک دعوا کدامیک باید مقدم باشد، روشن نیست و کسی نمی‌تواند صرفاً بر مبنای حق‌های اساسی، تکلیف دعوا را مشخص کند. در نتیجه ایجاد توازن میان این حقوق در یک اختلاف خصوصی، بستگی تام به اجرای حقوق خصوصی دارد؛ چنان‌که در دعوی مشابه بورگه، رویه قضایی هلند و انگلستان بر مبنای تکلیف بانک به دادن اطلاعات کافی به ضامن و نقض این تعهد از سوی مضمون‌له به همان نتیجه‌ای رسیده‌اند که دادگاه قانون اساسی آلمان بر مبنای حق‌های اساسی به آن دست یافته است؛ با این تفاوت که دادگاه‌های هلند و انگلستان بر مبنای اصول ثابت حقوق خصوصی و بدون گل‌آلود کردن موضوع، دعوا را حل کردند؛ در حالی که دادگاه قانون اساسی آلمان با استناد به مفاهیم مبهم، بر مشکلات افزوده است [۲۳، ص ۴].

همچنین در تعارض میان حق افراد بر حریم خصوصی و آزادی بیان هم مسأله مبهم بودن حق‌ها و لزوم ایجاد تعادل بین آن‌ها مشهود است. به این دلیل، طرح دعوی مشابه در این خصوص در آلمان و هلند، نتایج متفاوتی در پی داشته است. توضیح این‌که در دو مورد عکس‌های مجرمینی که به مجازات سنگین محکوم شده بودند، در روزنامه‌ها منتشر شد. پرسش این بود که آیا حریم خصوصی خواهان نقض شده است؟ دیوان عالی هلند حق بر حریم خصوصی را بر آزادی بیان مقدم دانسته، به نفع شاکی حکم داد؛ حال آن‌که

دیوان عالی فدرال آلمان با استدلالی مشابه، حق آزادی مطبوعات را مقدم شمرد [۲۷، ص ۱۷-۱۸]. به این دلیل رفع تعارض میان این حقوق در بسیاری موارد نیازمند مداخله قانونگذار است؛ زیرا در صورت عدم تصویب قوانین خاص و احاله حل تعارض به قضات، تصمیمات آن‌ها در موضوعات واحد ممکن است بسیار متفاوت باشد و قطعیت و ثبات حقوقی را مخدوش کند.^۱ شاید به همین علت، شوق اولیه به پذیرش خطای نقض حق اساسی^۲ که در بعضی کشورها مثل ایرلند مطرح بود، تا حد زیادی فروکش کرده است [۱۲، ص ۲۰].

بنابراین، هرچند کرامت انسانی می‌تواند در یک پرونده مؤثر باشد، اما هرگز نمی‌تواند نقش تعیین‌کننده ایفا کند، زیرا معیارهای روشنی برای تصمیم‌گیری دادگاه‌ها ارائه نمی‌کند. به همین دلیل، شعبه نهم دادگاه عالی مدنی آلمان در بررسی مجدد دعوای بورگه پس از نقض حکم آن در دادگاه قانونی اساسی، در تلاش برای حفظ شفافیت و قابلیت پیش‌بینی در قراردادهای مقرر داشت: قرارداد صرفاً زمانی بر مبنای م (۱) ۱۳۸ قانون مدنی باطل است که مخالفت آن با اخلاق حسنه از توجه به محتوا، انگیزه و هدف قرارداد قابل استنباط باشد و برای این هدف، باید فقط شرایط زمان انعقاد قرارداد در نظر گرفته شود و صرف این که قرارداد، تعهدات سنگینی برای ضامن ایجاد کرده، باعث نمی‌شود وی بتواند اعتبار آن را زیر سؤال ببرد.

ساختار قرارداد ضمانت تأمین منافع یکسان و متقابل برای طرفین نیست؛ بلکه هدف آن تأمین منافع طلبکار است. به نظر دادگاه، قانون اساسی آزادی قراردادهای را به‌عنوان یکی از مبانی نظم حقوق خصوصی تأمین می‌کند که مطابق آن اشخاص آزادند با مسؤولیت خود اقدام به معاملات خطرناک کنند. در عین حال، اصل مذکور فقط وقتی انعقاد یک قرارداد خطرناک و شدیداً یکطرفه را توجیه می‌کند که طرفین بتوانند آزادانه در مورد تعهدات ناشی از آن تصمیم بگیرند. این آزادی در پرونده بورگه وجود نداشت؛ زیرا

۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک: [۲۳، ص ۳۷-۳۸].

2. constitutional tort



بانک خطرهای ضمانت را به دختر اطلاع نداده بود و در نتیجه دادگاه قرارداد را با اخلاق حسنه مخالف دانست و آن را باطل اعلام کرد [۲۵، ص ۱۲-۱۳].

۳. فلسفه شناسایی حق‌های اساسی، تحدید قدرت دولت در تعرض به حقوق شهروندان است و اعمال آن در روابط خصوصی مورد تردید است. البته بخش‌هایی از ارزش‌های مبنای این حق‌ها مثل برابری، حق بر تمامیت جسمانی یا حق بر حریم خصوصی از چنان اهمیتی برخوردارند که در روابط خصوصی هم اعمال می‌گردند، اما اعمال چنین حکمی در مورد همه حق‌های اساسی در روابط خصوصی با تردید مواجه است. به این دلیل در حقوق آلمان و انگلستان، وجود شروط تبعیض‌آمیز در وصیت‌نامه را مجاز می‌دانند، هرچند مغایر اصل برابری افراد است. در عین حال نمی‌توان چنین توافقاتی را در تمام موارد معتبر دانست، زیرا در مواردی ممکن است یک طرف قرارداد به علت ضعیف بودن، آن‌ها را پذیرفته و در نتیجه عمل حقوقی به علت نقض حق‌های اساسی بی‌اعتبار باشد. برای مثال اگر زن کارگری در برابر کارفرما متعهد شود بچه‌دار نگردد، این تعهد با حق زن بر شخصیتش مغایر و حق اخیر بر منافع اقتصادی کارفرما برتری دارد. لذا هرچند ممکن است در مواردی قراردادهای ناقض حق‌های اساسی باطل باشد، این امر، دال بر اثر افقی این حق‌ها نیست؛ بلکه به این علت است که آن‌ها بر ارزش‌هایی استوارند که افراد در روابط خصوصی هم به آن‌ها پایبندند [۲۷، ص ۱۹-۲۰].

۵. نتیجه

حق‌های اساسی از جمله حقوق افراد هستند که ایشان به اعتبار انسان بودن از آن برخوردار بوده، تعرض به حیات، آزادی، برابری و امنیت آنان ممنوع است. در دیدگاه سنتی این حقوق دارای اثر عمودی بودند و در رابطه دولت - فرد اعمال می‌شدند. در نظریه‌های جدیدتر، سعی در اعمال این حق‌ها در روابط تحت حاکمیت حقوق خصوصی است که معمولاً از آن به «اثر افقی» و «اساسی‌سازی حقوق خصوصی» اطلاق می‌گردد. اگر حق‌های اساسی مستقیماً مبنای ادعا و دفاع طرفین دعوای خصوصی قرار گیرد و

سرنوشت دعوا را تعیین کند، اثر افقی مستقیم به کار گرفته شده و برعکس هرگاه عبارات کلی حقوق خصوصی در پرتو آن تفسیر گردند، گفته می‌شود حقوق مذکور اثر افقی غیرمستقیم دارند. در این صورت، هرچند حق‌های موصوف در تفسیر عبارات کلی حقوق خصوصی مدنظر قرار گرفته‌اند، اما در نهایت حقوق خصوصی سرنوشت دعوا را تعیین می‌کند. این سلطه‌گری حق‌های بنیادین دیدگاه‌های جدیدی به حقوق خصوصی وارد می‌کند که متفاوت از مبانی حقوق مدنی کلاسیک است.

در مقابل گفته شده این حق‌ها صرفاً اثر عمودی دارند و اعمال آن‌ها در روابط خصوصی به معنای خداحافظی با استقلال حقوق خصوصی و تبدیل آن به ابزاری برای ارتقای حقوق بنیادین است. به علاوه اعمال آن‌ها در روابط خصوصی دشوار است و در بسیاری از موارد هریک از طرفین می‌تواند به حقوق بنیادین استناد کند و معلوم نیست در تعارض دو حق بنیادین، کدامیک را باید بر دیگری ترجیح داد. در نتیجه، پیش‌بینی سرنوشت دعوا بسیار دشوار است و افراد به‌سهولت نمی‌توانند رفتار خود را بر مبنای قواعد حقوقی تنظیم کنند.

۶. منابع

[1] Nieuwenhuis, Hans, «Fundamental Rights Talk; an enrichment of Legal Discourse in Private Law?» Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006, First Edition .

[۲] صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم‌زاده، *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، تهران، سمت، ۱۳۷۵.

[۳] ساکت، محمد حسین، *شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی*، چ ۳، تهران، جنگل، ۱۳۸۶.

[۴] ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمد عیسیایی تفرشی، «تفسیر "حقوق مدنی" در قانون مدنی»، *مجله مدرس*، دوره ۷، ش ۱، بهار ۱۳۸۲.



- [۵] گرجی، علی‌اکبر، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه حقوق اساسی، س ۲، ش ۲، ۱۳۸۲.
- [۶] هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، چ ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- [۷] نبویان، سید محمود، «جستاری در انواع حق»، مجله معرفت فلسفی، ش ۴، تابستان ۱۳۸۷.
- [8] Oliver Dawn and Jörg Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere; a Comparative Study*, First Edition, Routledge-Cavendish, 2007.
- [9] Wright Jane, *Tort Law And Human Rights*, First Edition, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001 .
- [۱۰] زهیر، شکر، «دادرسی قانون اساسی (دادرسی اساسی)، آزادی‌ها و حقوق عمومی یا اساسی»، ترجمه خیرالله پروین، فصلنامه حقوق اساسی، ش ۹، تابستان ۱۳۸۷.
- [۱۱] فاورو، لویی، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، ترجمه جواد تقی‌زاده، نشریه حقوق اساسی، ش ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵.
- [۱۲] موحد، محمد علی، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، چ ۳، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴.
- [۱۳] فاورو، لویی، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، نشریه حقوق اساسی، ش ۳، زمستان ۱۳۸۳.
- [۱۴] گرجی علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، چ ۲، تهران، جنگل، ۱۳۸۸.
- [۱۵] فاورو، لویی، «دادگاه‌های قانون اساسی»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، نشریه حقوق اساسی، ش ۵، زمستان ۱۳۸۴.
- [۱۶] تقی‌زاده، جواد، «اساسی‌سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۱، ۱۳۸۶.
- [17] Voermans Wim, «Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What Is the Legislature to Do? an Intermezzo from a Constitutional Point of

View» First Edition, Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006 .

- [18]Lindenbergh S. D, «Fundamental Rights in Private Law; Anchors or Goals in a Globalizing Legal Order?» First Edition, Published in Michael Faure & Andre Van Der Walt, *Globalization and Private Law*, the Way Forward, Edward Elgar, Cheltenham UK 2010 .
- [19]Banakas Stathis, «the Constitutionalisation of Private Law in the UK: Is There an Emperor Inside the New Clothes? » First Edition, Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006.
- [20]Cherednychenko, Olha O., «Fundamental Rights and Private Law: a Relationship of Subordination or Complementarity» , *Utrecht law review*, Volume 3, Issue 2 (December) 2007 .
- [21]Timmerman Vino, «Some Thoughts on the Impact of Fundamental Rights on Dutch Company Law», First Edition, Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, 2006, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006 .
- [22]Brügge Gert, «Constitutionalisation of Private Law-the German Perspective», First Edition, Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006.
- [23]Cherednychenko, Olha O., «the Constitutionalisation of Contract Law: Something New under the Sun?» *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8, March 2000 .
- [24]Markesinis Basil S & Hannes Unberath and Angus Johnston, *the German*



Law of Contract, Second Edition, USA, Hart Publishing, 2006 .

- [25]Markesinis Basil S & Hannes Unberath, *the German Law of Torts: a Comparative Treatise*, Fourth Edition, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2002 .
- [26]Barak, Aharon, «Constitutional Human Rights and Private Law», First Edition, Reprinted in Daniel Friedmann and Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, 2001 .
- [27]Smits, Jan,« Private Law and Fundamental Rights: a Sceptical View» , First Edition, Reprinted in Tom Barkhuysen and Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2006 .