



تعامل حقوق خصوصی و حقوق اساسی اجتماعی (توجیه هنجاری اثر افقی حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی)

کامران کریمزاده^۱

زهره شکیبای^۲

محمد شمعی^{۳*}

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۰۲/۰۵

چکیده

در این مقاله به بررسی توجیه هنجاری اثر افقی حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی خواهیم پرداخت. توجیه در اینجا به معنای دلایلی است که نه کاربردی و نه ابزاری هستند؛ بلکه صرفاً به‌عنوان دلایلی مورد استناد قرار می‌گیرند که به‌عنوان منطق ماهوی و درون‌زاد حقوق خصوصی پیشنهاد شده‌اند. در دکترین سنتی، معمولاً آنچه به‌عنوان دلیل اعمال اثر افقی حقوق بنیادین بشر بدان استناد می‌شود قانون اساسی است: نص قانون اساسی مشخص می‌کند که حقوق بنیادین بشر در کجا و به چه صورتی در روابط حقوق خصوصی اعمال شوند. این پاسخ بدان معناست که حقوق بنیادین بشر به‌صورت منطقی و یا هنجاری با حقوق خصوصی بیگانه هستند و در خاستگاه منطقی و هنجاری متفاوتی از حقوق خصوصی قرار دارند. در تقابل با این فکر غالب، در این بخش بحث خواهیم نمود که در وهله اول حقوق خصوصی قبل از حقوق بنیادین بشر وجود داشته و در وهله دوم حقوق بنیادین بشر بخشی از منطق هنجاری و درون‌زاد حقوق خصوصی هستند. این بحث به جهت توصیف و توضیح کلاس خاصی از حقوق دموکراتیک مطرح شده که مشتمل بر تمامی حقوق بشر به‌علاوه حقوق ضد تبعیض و حقوق مدنی کلاسیک است. اگر بحث مذکور متقاعدکننده باشد، می‌تواند توضیح دهد که چرا حقوق بنیادین بشر و همچنین آثار افقی آن‌ها را می‌توان در حوزه رژیم‌های حقوقی فراملی و به‌واسطه دادگاه‌های ملی و یا محاکم بین‌المللی اعمال نمود. در این مقاله به روش توصیفی تحلیلی به تبیین این موضوع اشاره خواهیم داشت.

واژگان کلیدی: حقوق بنیادین بشر، حقوق خصوصی، حقوق اساسی اجتماعی.

^۱ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوارسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. Kamran.karimzadeh1@gmail.com

^۲ کارشناس ارشد حقوق عمومی، واحد میمه، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. Zohreshakiba81@gmail.com

^۳ محمد شمعی دکترای تخصصی، مدرس دانشگاه اصفهان و دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی (نویسنده مسئول): shamei_shamei@yahoo.com

مقدمه

در مفهوم گونتر توبنر^۱ و دیدگاه «حقوق اساسی اجتماعی فراملی»^۲ حقوق بنیادین بشر دارای نقش اساسی هستند. (توبنر، ۲۰۱۲: ۱۲۴) کارکرد جامعه‌شناسانه این حقوق، کنترل سیستمی فراملی است که بر اساس رژیم حقوقی فراملی شکل گرفته و دارای الزامات عملی در سطح فراملی است. حقوق بنیادین بشر مسئول نگهداری از عناصر پویای رژیم حقوقی فراملی هستند و این سیستم را ملزم به سازگاری با نیازهای عملی محیط اطرافش می‌نمایند و درعین حال از توسعه نامحدودش جلوگیری می‌کنند. به علاوه، با توجه به اینکه قوانین اساسی اجتماعی کنونی جنبه عمومی ندارند و اغلب خصوصی بوده و یا در بهترین حالت دارای ماهیتی ترکیبی هستند، حقوق بنیادین بشر نه تنها برای فعالان عمومی بلکه برای فعالان خصوصی هم باید الزام‌آور باشد. مفهوم سنتی اثر افقی تنها نقطه آغازی برای ایده موسع توبنر است که آن را اثر «اجتماعی عمومی حقوق بنیادین بشر»^۳ می‌خوانیم. در این صورت، توضیح بیشتر در مورد اثر افقی حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی سنگ بنای امیدها و آرزوهای هنجاری توبنر در مفهوم «قانون اساسی فراملی»^۴ است. در ابتدا به تشریح نقش منطقی حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی اشاره خواهیم داشت. چالشی که به آن اشاره خواهیم نمود ارتباط چندانی با کار توبنر ندارد و این مسئله به دلیل کاستی‌ای نیست که بتوان آن را جبران نمود؛ بلکه بیشتر به دلیل انتخاب توبنر و رویکرد تئوریک وی در قبال حقوق است. این مسئله نیازمند توضیح بیشتری است که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.

۱- اختلاف بین رویکردهای فکری متفاوت در تئوری حقوقی

کار گونتر توبنر مبتنی بر دیدگاهی مشترک با بسیاری از صاحب‌نظران حقوقی است و این دیدگاه چیزی نیست جز اینکه قانون الزاماً دارای کارکردی اجتماعی است. ایده پایه و اصلی این است که فهم و تدوین قانون در بهترین حالت ممکن زمانی میسر است که اصول قانونی را از دیدگاه جامعه‌شناسانه توصیف و تفسیر نماییم و از ادبیات جامعه‌شناسانه استفاده کنیم. به‌رغم اینکه توبنر مدعی شده بود که قانون و مفاهیم اصلی‌اش دارای معنای ذاتی و درون‌زاد هستند، (توبنر، ۱۹۸۹: ۲۲۷) نمی‌توان از معنای اخیر برای فهم قانون استفاده نمود. فهم کامل قانون، نیازمند ترجمه

¹ Gunther Teubner

² Transnational societal constitutionalism

³ General societal effect of fundamental rights

⁴ Transnational constitutionalism

مفاهیم قانون به معادل‌ها و ساختارهای جامعه‌شناسانه است. به همین دلیل، قانون نمی‌تواند توسعه خود را به لحاظ هنجاری هدایت نماید. در عوض، قانون باید نسبت به جذب و تطابق با گرایش‌هایی اقدام کند (با معنای جامعه‌شناسانه) که از حیثه‌هایی خارج از قانون به عاریت گرفته شده‌اند. درنهایت، این گرایش‌ها باید به زبان قانون ترجمه و به کار گرفته شوند. نقل قول مستقیمی که از توبنر در مورد موضوع این مقاله با عنوان «اثر افقی حقوق بنیادین بشر» می‌تواند مبین این نکته باشد:

سؤالی که متعاقباً برای حقوق‌دانان پیش می‌آید این است: آیا آثار افقی حقوق بشر می‌توانند با تمرکز بر تضادهای موجود در جامعه (فرد در مقابل فرد) و تعارض‌های بین جامعه و بوم‌شناسی‌های متفاوتش (ارتباطات انسانی در مقابل بدن / ذهن یک انسان مفرد) مجدداً فرمول‌بندی شوند؟ به بیان دیگر، آیا آثار افقی را می‌توان از الگوی تعارض‌های بین افراد دارای حقوق بنیادین بشر به تعارض‌های بین فرایندهای ارتباطی تسری داد و همچنان از حقوق افراد محافظت نمود؟ (شمعی و مجاهدی فر، ۱۴۰۱: ۲۲)

ترجمه جامعه‌شناسی هنجاری به دکترین حقوقی، البته کار بسیار مشکلی است؛ (توبنر، ۲۰۱۱: ۱۸۹) نه تنها به این دلیل که واژگان حقوقی امروز معمولاً کهنه و منسوخ هستند؛ بلکه به این دلیل که چنین ترجمه‌ای محصول یک بافت اجتماعی کهنه و منسوخ خواهد بود. جوامع امروزی به دلیل ظهور فناوری‌ها و ارتباطات انسانی با سرعت بسیار زیادی در حال تغییر هستند و هر ترجمه‌ای از این دست باید با این سرعت پیشرفت همراه باشد.

این مقاله مبتنی بر فرضیه متضادی است: قانون دارای کارکرد نیست؛ بلکه دارای معنایی ذاتی و ماهوی است. قانون یک دسته‌بندی اخلاقی است و نماینده یک رابطه بنیادین و انسانی بین ماهیت‌های برابر (موضوع حقوق خصوصی) و یا بین یک فرد و یک جامعه (موضوع حقوق عمومی) است. قانون را نمی‌توان در وهله اول و عمدتاً با ابزارها و معانی جامعه‌شناسانه توضیح داد. تشریح و توصیف قانون باید با استفاده از ابزارهای مفهومی انجام شود. توضیح مفاهیم پایه حقوقی خود می‌تواند منبع و دلیلی برای توسعه بیشتر حقوق در نظر گرفته شود. تئوری حقوقی، به همان اندازه که با مفاهیم اصلی حقوق در ارتباط است به‌عنوان زیرمجموعه علم فلسفه هم در نظر گرفته می‌شود.

واضح است که این بحث به معنای نفی تأثیر جامعه بر قانون نیست؛ ضمن اینکه از دیدگاه حقوقی هم محلی از اعراب ندارد. تنها دلیل ارائه این بحث به‌چالش کشیدن ادعای فهم حقوق بر اساس جامعه‌شناسی به‌عنوان مبنای حقیقی فهم قانون است. این موقعیت شبیه به تاریخچه حقوق

است. نمی‌توان تاریخچه حقوق را به‌عنوان مبدأ و خاستگاه اصلی قانون به‌شمار آورد؛ بلکه تاریخچه حقوق تنها یک شاخه فرعی از تاریخ است. بر همین اساس، جامعه‌شناسی حقوقی هم مبدأ و پایه اصلی قانون نیست؛ بلکه شاخه‌ای فرعی از جامعه‌شناسی است.

بین رویکردهای فکری مختلف حامی اعمال حقوق بنیادین بشر در قانون (کانت، ۱۹۶۸: ۱۷۹) تفاوت وجود دارد و شرح آن از حوصله این نوشتار خارج است. گفتنی است که بین رویکرد توبنر و رویکرد موردنظر این مقاله تعارض وجود دارد: تئوری حقوقی به‌عنوان جامعه‌شناسی دارای دکتربین حقوقی به‌عنوان وسیله‌ای برای انتقال ریشه‌های هنجاری جامعه‌شناسی از یک سو و از سوی دیگر تئوری حقوقی به‌عنوان فلسفه، فلسفه‌ای که می‌تواند به‌صورت مستقیم دکتربین حقوقی را هدایت کند؛ زیرا یک پیوستار و تسلسل مفهومی برای آن ایجاد می‌کند.

سؤالی که باید از دیدگاه حقوقی پاسخ داده شود این است: چگونه می‌توان کارایی اثر افقی را توجیه نمود و آیا این توجیه به لحاظ حقوقی و با توجه به منطق زیربنایی قانون صورت گرفته است؟ از سوی دیگر توبنر هم پرسش‌هایی را مطرح نموده: «چگونه... ادعاهای مبتنی بر حقوق بنیادین بشر در رژیم‌های فراملی تأیید و تصدیق می‌شوند؟ آیا حقوق بنیادین بشر در چنین رژیم‌هایی، طرفین حقوق خصوصی را هم مقید می‌کنند؟» (توبنر، ۲۰۱۱: ۱۲۵) پاسخ وی به این پرسش‌ها از چشم‌انداز درون‌زاد قانون نیست و از چشم‌انداز واقع‌گرایانه حقوقی برون‌زاد ارائه شده است: «این تصمیم خود رژیم‌های حقوقی فراملی است که حقوق بنیادین بشر را در داخل مرزهای خود به رسمیت بشناسند» (توبنر، ۲۰۱۱: ۱۲۹) چنین ادعایی قطعاً درست است؛ اما نمی‌توان آن را به‌عنوان پاسخ به این سؤال در نظر گرفت که آیا تصمیم‌ها و احکام صادرشده توسط این دادگاه و محاکم از منظر قانونی درست هستند یا خیر.

از دیدگاه روش‌شناسی توبنر هیچ مورد اشتباهی وجود ندارد؛ اما از دیدگاه رویکرد فلسفه، توجیه اثر افقی، امری ضروری است. مسئله بسیار ضروری‌تر می‌شود اگر در هنگام اعمال صلاحیت محاکم در اختلاف‌های فراملی و به‌ویژه در محاکم داوری اثر افقی حقوقی بنیادین در قیاس با محاکم دولتی و ملی توسعه و رشد کمتری یافته باشند. درنهایت، در پروژه ارائه توجیه و دلیل، به ایده حقوق خصوصی به‌عنوان یک نهاد حقوقی اجتماعی می‌رسیم و این ایده‌ای است که ارتباطاتی با ایده قانون اساسی اجتماعی توبنر دارد؛ اما در ادامه خواهیم دید که کاملاً با آن یکسان نیست.

بنابراین، در ادامه بحث به ارائه و تفسیر توجیهات ممکن برای آثار افقی حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی خواهیم پرداخت که می‌توانند به‌عنوان توجیه اثرگذاری این حقوق در حوزه

رژیم‌های حقوق خصوصی فراملی هم مورد استناد قرار بگیرند. مقصود ما از توجیه و دلیل‌آوری در اینجا منطق وجود حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی است. به هر روی، کل بحث را نمی‌توان از توجیه موجود در مورد آثار حقوق بنیادین بشر در سیستم حقوقی داخلی کشورها آغاز نمود. شکی نیست که پاسخ‌های واضحی در مورد ایجاد دکترین‌های مرتبط با آثار حقوق پایه در حقوق خصوصی وجود دارند؛ اما توجیه هنجاری آن‌ها به‌ندرت مورد بحث قرار گرفته است.

از دیدگاه فلسفی، طرح پرسش و درخواست توجیه و دلیل‌آوری قطعاً منجر به ایجاد یک چالش خواهد شد. وجود سابقه تاریخی دال بر قدیمی‌تر بودن حقوق خصوصی در قیاس با رویکرد اعمال مستقیم حقوق بنیادین بشر برگرفته از قانون اساسی، مؤید این موضوع است که ماهیت حقوق بنیادین بشر با حقوق خصوصی بیگانه است. در ادامه، موقعیت متضادی را مورد بحث قرار می‌دهیم: آثار حقوق بنیادین بشر را می‌توان با استفاده از منطق زیربنایی خود حقوق خصوصی توضیح داد. اثر افقی حقوق بنیادین بشر امری تنیده در ذات حقوق خصوصی است و این همان چیزی است که حقوق خصوصی را به‌عنوان قانون اساسی اجتماعی مطرح می‌کند. در ادامه این بحث هم نتیجه‌گیری‌های جدیدی در مورد آثار افقی حقوق بنیادین بشر در حوزه روابط حقوقی فراملی ارائه خواهند شد.

۲- رابطه منطقی بین حقوق بنیادین بشر و حقوق خصوصی

شیوه‌ای که برای نخستین بار در بحث اثر افقی حقوق بنیادین بشر مورد استفاده قرار گرفت بانی سوءتفاهم‌هایی است که تا به امروز هم بر جای مانده‌اند. از آنجایی که سؤال‌هایی در مورد اثر افقی ایجاد شده‌اند، می‌توان این‌گونه برداشت نمود که حقوق بنیادین بشر و حقوق خصوصی دو سیستمی هستند که به لحاظ منطقی مستقل از یکدیگرند. منظور از مستقل بودن به لحاظ منطقی این است که هر سیستم را می‌توان مستقل از سیستم دیگر در نظر گرفت. فرض استقلال منطقی از آن جهت مطرح شده که سؤال بی‌پاسخ و بازی در مورد اثر افقی حقوق بنیادین بشر وجود دارد. (اسدی، ۱۳۹۶: ۶۴) این مسئله منجر به یک تقسیم‌بندی واضح می‌شود: در یک سو حقوق بنیادین بشر را داریم که در روابط بین شهروندان و دولت‌ها اعمال می‌شوند و در سوی دیگر حقوق خصوصی را داریم که در روابط بین شهروندان با هم اعمال می‌گردد. (گونتر، ۱۹۵۶: ۱۸۳) اصولاً، هر یک از دو سیستم مذکور مستقل از یکدیگر هستند؛ از این‌رو، این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که آیا خط جداکننده سیستم‌های حقوق بنیادین بشر و حقوق خصوصی باید توسط اثر افقی جابه‌جا شود؟ این پرسشی است که تنها قانون اساسی می‌تواند آن را جواب دهد.

۲-۱- تقدم منطقی حقوق بنیادین بشر

بدیهی است که مفهوم مستقل بودن دو سیستم حقوق بنیادین بشر و حقوق خصوصی از یکدیگر به لحاظ منطقی اشتباه است و چنین استنباط شده که دو سیستم مذکور به لحاظ منطقی به هم وابسته بوده و یکی به دیگری متکی است. دو احتمال وجود دارد: یا اینکه سیستم حقوق بنیادین بشر مبنای حقوق خصوصی است و یا اینکه سیستم حقوق خصوصی مبنای حقوق بنیادین بشر است. بر اساس جایگاه نخست، حقوق بنیادین بشر، تنها در صورتی بنیادین قلمداد می‌شوند که حقوق خصوصی را چون قانون اساسی در نظر بگیریم و در نتیجه قانونگذاری در حقوق خصوصی را هم‌رویه متعادل نمودن حقوق بنیادین بشر قلمداد کنیم. (الکسی، ۲۰۰۲: ۳۶۳)

کمترین اشکالی که می‌توان به این رویه وارد نمود ایجاد تنش بین کارهای مفهومی صورت گرفته در گذشته و کارهایی است که در حال حاضر برای ایجاد خاستگاه مفهومی برای نرم‌های حقوق خصوصی انجام می‌شوند. به صورت اخص می‌توان به نرم‌هایی اشاره نمود که مرتبط با سازمان‌های بنیادین حقوقی چون دارایی، قرارداد و مسئولیت مدنی هستند. به عنوان مثال، پاسخ به این پرسش را که چرا مواردی چون ایجاب و قبول، ثمن و یا رعایت اصل انصاف در قراردادهای به صورت پیش فرض وجود دارند، می‌توان با تئوری‌هایی داد که به موجب آن‌ها مالک بودن منجر به ایجاد حقوقی مرتبط با دارایی می‌شود که به موجب قرارداد قابل تفویض و انتقال هستند. (بنسون، ۲۰۰۱: ۱۱۸) ادعای تقدم منطقی حقوق بنیادین بشر به این معناست که نرم‌های حقوق خصوصی محصول اقدامات متعادل کننده حقوق بنیادین بشر هستند؛ ضمن اینکه هر اقدامی از این دست در مورد خاستگاه‌های مفهومی امروزه منسوخ و بی‌اثر در نظر گرفته می‌شود.

اکنون شاید برخی سعی کنند تا ادعای تقدم منطقی حقوق بنیادین بشر را حفظ کنند و بگویند اقدامات مذکور تنها جنبه تفسیری دارند و درحقیقت مشخص می‌کنند که چه اتفاقی برای مفاهیم بنیادین در حال وقوع است. این مسئله درحقیقت درست است و به عنوان یک تفسیر بدان معنا نیست که آنچه را درحقیقت در حیطه موازنه حقوق بنیادین بشر اتفاق می‌افتد، می‌توان جایگزین خاستگاه‌های مفهومی نمود. متأسفانه این ادعا که به عنوان تفسیر از آن یاد می‌شود، کاملاً اشتباه است. متعادل سازی مشتمل بر ارزیابی ذهنی و فاعلی (متکی به ذهنیت و پیش‌داوری‌های افراد) است و این همان جنبه‌ای که به لحاظ مفهومی مبهم می‌نماید. بدیهی است که چنین وجهی، به

هر روی، هیچ جایگاهی در خاستگاه مفهومی نخواهد داشت. در غیر این صورت، آن خاستگاه نمی‌تواند مفهومی انگاشته شود.

۲-۲- تقدم منطقی حقوق خصوصی

اگر موضوع را از زاویه دیگری نگاه کنیم، حقوق خصوصی مبنای حقوق بنیادین بشر است. این نتیجه‌گیری حاصل این حقیقت است که حقوق بنیادین بشر گاهی اوقات در حقوق خصوصی نمود پیدا می‌کنند: تضمین‌هایی که برای حقوق مرتبط با دارایی‌ها و قانون ارث وجود دارند و یا حتی قوانین مربوط به خانواده و ازدواج. اما مواردی چون «شرکت‌ها» و «انجمن‌ها» هم در این دسته جای می‌گیرند. در این چنین مواردی، به نظر واضح می‌رسد که حقوق بنیادین بشر را نمی‌توان بدون استفاده از مفاهیم حقوق خصوصی تعریف و تبیین نمود. برای نمونه، نمی‌توانیم در فهم «حقوق مالکیت» موفقیتی به دست آوریم اگر پیش‌تر ندانیم که بر اساس حقوق خصوصی یک دارایی به مالکش حق انتقال آن و یا ممنوع‌نمودن استفاده هر شخصی از آن را خواهد داد. شرط مرتبط در حقوق خصوصی، تعریفی برای حقوق مالکیت ارائه نمی‌کند؛ بلکه بیشتر ماهیت این حقوق را مشخص می‌کند. این مسئله در حقوق خصوصی به واسطه حقوق بنیادین بشر تحقق پیدا می‌کند و به لحاظ منطقی یک حق بنیادی نوعی به صورت پیش‌فرض در حقوق خصوصی وجود دارد.

ساختار مشابهی را می‌توان در موارد دیگر مشاهده نمود. به عنوان مثال، گذران و معیشت مالی از طریق یک حرفه (موضوع ماده ۱۲ از قانون اساسی آلمان) که به موجب قراردادها و یا توافق‌هایی عملی می‌شود که به موجب آن‌ها تلاش‌های فرد مذکور صرف‌نظر از اینکه که کارمند و یا خویش‌فرما باشد خریداری شده و شامل پرداخت مزد می‌شود. آزادی حرفه و پیشه، به عنوان حقی که هر فردی در قبال دولت داراست، باید متضمن مفهوم آزادی قراردادی به موجب حقوق خصوصی باشد؛ چراکه نظم حقوقی بدون آزادی قراردادی، به موجب حقوق خصوصی، نمی‌تواند تضمین‌کننده حق بنیادین آزادی حرفه و پیشه باشد. در این راستا، حقوق خصوصی سهم قابل توجهی در تضمین ماهیت یک حق بنیادین دارد. این مساعدت از جانب حقوق خصوصی باید پیش‌تر فهم شده باشد، اگر فردی بخواهد ماهیت آن حق بنیادین را درک کند.

گفتنی است که مفهوم تقدم منطقی تنها در زمانی تأیید می‌شود که در مورد تمامی دیگر حقوق بنیادینی که ارتباط با حقوق خصوصی ندارند و یا نهادهای حقوق خصوصی به صورت پیش‌فرض در آن‌ها وجود ندارند هم صدق کند. این تقدم مبتنی بر این حقیقت است که حقوق بنیادین بشر مورد نظر همیشه به صورت پیش‌فرض مشتمل بر تضمین آزادی عمل افراد است. به عنوان مثال،

آزادی بیان به عنوان حقی که افراد در قبال دولت دارند به صورت پیش فرض به معنای آزادی بیان در حوزه اجتماع هم هست. در محیط‌های اجتماعی، به هر روی، آزادی بیان در حقیقت و برای نخستین بار به موجب حقوق خصوصی میسر شده است: برابر بودن همه در برابر قانون و حفاظت از تمامیت فیزیکی، باعث می‌شود تا هیچ کس نتواند فردی را از ابراز عقیده‌اش باز دارد و یا وی را ملزم به داشتن عقیده‌ای خاص کند. به بیان دیگر، حقوق بنیادین بشر به نوعی دربردارنده حقوق خصوصی هستند. حداقل، آزادی عمل در شق عمومی یا نهادهای خاص حقوق خصوصی مانند قرارداد یا مالکیت باید پیش‌تر وجود داشته باشند تا بتوانیم ماهیت حقوق بنیادین فردی را قابل فهم نماییم.

۲-۳- عدم تقدم هنجاری حقوق خصوصی

می‌توان این مسئله را به صورت دیگری هم بیان نمود: اگر حقوق بنیادین بشر متضمن موفقیت حقوق خصوصی در حوزه اجتماع هستند، این مسئله به این معناست که حقوق بنیادین بشر مشتمل بر تحقق آثار افقی آن‌ها در حوزه اجتماعی هم هست. در نگاه نخست، می‌توان به صورت منطقی چنین نتیجه‌گیری نمود که اثر افقی حقوق بنیادین بشر نمی‌تواند به عنوان اصل مطرح باشد. اگر ماهیت حقوق بنیادین بشر فی‌نفسه در حقوق خصوصی وجود داشته باشد و به موجب آن عملی گردد چنین به نظر می‌رسد که فضایی برای آثار افقی باقی نمی‌ماند. البته گفتنی است که این نتیجه‌گیری در شق حداقلی صورت گرفته است.

تقدم منطقی حقوق خصوصی، به هر روی، الزاماً به معنای تقدم هنجاری این حقوق نیست. اشتباه است اگر فکر کنیم کارکرد سنتی حقوق خصوصی به صورت شبه خودکار و بدون هیچ‌گونه مداخله‌ای همواره محقق شده و حقوق بنیادین بشر در حوزه اجتماعی اعمال گردیده‌اند. در نقطه مقابل، کل بحث در مورد اثر افقی بی‌تناسب به نظر می‌رسد؛ زیرا هیچ موردی وجود نخواهد داشت که به موجب آن نیازمند اصلاح کارکرد معمول حقوق خصوصی به موجب آثار افقی باشیم. دلیل پرداختن حقوق خصوصی به اثر افقی این است که حقوق خصوصی به‌خودی‌خود ابزارهایی برای محروم ساختن افراد از حقوق بنیادینشان ایجاد کرده است. این ابزارها عمدتاً مشتمل بر قراردادها و شبه‌جرم‌ها هستند. در یک قرارداد نوعی، یک شخص می‌تواند به صورت داوطلبانه اعمال خود را محدود نماید که این محدودیت‌ها می‌تواند حقوق بنیادین بشر را هم شامل شوند. چنین رویه‌ای در مورد شبه‌جرائم هم صادق است: شخصی می‌تواند اعمال شخص دیگری را محدود کند اگر

شخص دوم حقوق مالکیت و یا منافع مادی شخص اول را نقض نماید. پرسشی که در مورد بحث اثر افقی مطرح می‌شود این است که آیا یک اثر افقی هنجاری با چنین محدودیت‌هایی در تعارض قرار می‌گیرد و اگر پاسخ مثبت است تا چه اندازه.

۳- ساختار مبتنی بر دکترین اثر حقوق بنیادین بشر

اخیراً چند تن از نویسندگان نسبت به انجام مطالعات تطبیقی حقوقی با موضوع دکترین مرتبط با اثر حقوق بنیادین بشر در حقوق خصوصی اقدام نموده‌اند. (مک، ۱۴۰۱ و شمعی و بیروتی، ۱۴۰۲) یافته‌ها مؤید این مسئله هستند که تعداد محدودی رویه پایه وجود دارند که به موجب آن‌ها حقوق بنیادین بشر با انکای بر دکترین‌های علمی مرتبط اعمال می‌شوند. در ایجاد این دکترین‌ها، تنها دو رویه اصلی دیده می‌شود: دکترین اثر افقی مستقیم و دکترین اثر افقی غیرمستقیم حقوق بنیادین بشر به موجب پدیده «تابش»^۱ در حقوق خصوصی. (شهبازی، ۱۳۹۶: ۷۷)

در دکترین اثر مستقیم چنین مفروض است که حقوق بنیادین بشر در موقعیت‌های بین طرفین حقوق خصوصی هم کاربرد دارند. (آهارون: ۲۰۰۱: ۱۴ و طهماسبی، ۱۳۹۱: ۱۱۰) به هر روی، چنین مفروض است که این اثر در قیاس با اثر حقوق در مقابل دولت تا حدی اصلاح و تعدیل شده‌اند؛ چراکه زمانی که یک طرف خصوصی متهم به مداخله در حقوق بنیادین بشر طرف دیگر می‌شود، طرف دیگر ممکن است مداخله در برخی حقوق بنیادین بشر خود را به‌عنوان دفاع مطرح نماید. بر این اساس، این دکترین تصریح می‌کند که تضمین محتوای حقوق بنیادین بشر بین طرفین حقوق خصوصی متفاوت با تضمین این حقوق بین طرفین حقوق خصوصی و دولت است. در دیدگاه دیگری، هر گونه آثار حقوق بنیادین بشر به‌عنوان «حقوق» در حقوق خصوصی نفی شده است؛ با این حال، آثار حقوق بنیادین بشر دارای اندازه و محدودیت هستند. (لوریان، ۲۰۰۱: ۴۳) حقوق بنیادین بشر به‌عنوان «ارزش‌ها» تأثیرگذار هستند و به این منوال ایجادکننده خاستگاه برای تشکیل مفاهیم در حقوق خصوصی هستند. به‌عنوان نمونه، حقوق بنیادین بشر می‌توانند به توصیف آنچه غیرمنصفانه، نابرابر و با نیت بد انجام شده کمک کنند. این حقوق با ارائه اصول راهبردی مشخص می‌کنند که چه منافع مشروعی ارزش حمایت و حفاظت دارند. همچنین می‌توانند مرجعی باشند برای مشخص نمودن اینکه چه حقوقی از تعارض طرفین سوم حفاظت می‌شوند و چه توجهی

^۱ Radiation

برای مداخله در حقوق طرفین سوم هر معامله و یا ارتباطی وجود دارد. این اثر که مشتمل بر ایجاد مفاهیم حقوق خصوصی با ایجاد خاستگاه مرتبط است، اغلب با عنوان «تابش» توصیف می‌شود.

۴- توجیه هنجاری اثر حقوق بنیادین بشر

چگونه می‌توان اثر افقی حقوق بنیادین بشر را توجیه نمود، درحالی‌که اثر مذکور می‌تواند با توجه به دکترین‌های متفاوت و به صورت متفاوت تفسیر شود؟ یکی از انواع توجیهاتی که دارای اهمیت خاصی برای علمای حقوقی است «توجیه مثبت‌گرایی»^۱ نام دارد. در این راستا، پرسشی که در مورد توجیه استفاده می‌شود این است که چرا به موجب قانون حقوق بنیادین بشر باید در حقوق خصوصی دارای تأثیر باشند. این تأثیرگذاری موردی نیست که باید در اینجا مورد بحث قرار بگیرد. پرسش مهم‌تری که باید پاسخ داده شود این است که آیا اثر حقوق بنیادین بشر بر حقوق خصوصی را می‌توان به‌عنوان موردی معقول فهم نمود.

باید ذکر کنیم که این پرسش به‌ندرت مورد بررسی قرار گرفته و یا حداقل در آلمان به این صورت نبوده است. مشاهدات حاصل از بحث‌های پیشین منتهی به کشف اثر حقوق بنیادین بشر در احکام دادگاه‌ها می‌توانند نزدیک‌ترین پاسخ ممکن قلمداد شوند. اکثریت آن‌ها به شرح ذیل هستند:

در قرن حاضر، تهدیدهای پیش روی حقوق بنیادین بشر دیگر محدود به دولت نیست؛ بلکه عمدتاً از جانب طرفین قدرتمند حقوق خصوصی و یا دارندگان قدرت اجتماعی است که به معنای شرکت‌ها و مؤسسات تجاری است. (ولفانگ، ۱۹۷۶: ۱۵۲) اخیراً توبنر بحث نموده که مفهوم «خشونت ساختاری»^۲ به‌رغم مطرح‌نبودن به‌عنوان یک شخص حقوقی یک «ماتریس بی‌نام»^۳ است که آزادی افراد را تهدید می‌کند و باید توسط اثر افقی حقوق بنیادین بشر مهار شود. (توبنر، ۲۰۰۶: ۶۹) به جهت حفاظت از افراد در قبال این اشکال از قدرت و خشونت، حقوق بنیادین بشر باید به جایگاهی برسند که اثر الزام‌آور آن‌ها برای طرفین حقوق خصوصی هم اعمال شود و این مسئله توجیه‌کننده آثار الزام‌آور این حقوق در حقوق خصوصی است.

از دیدگاه فلسفی در تئوری حقوقی، پرسش در مورد توجیه اثر حقوق بنیادین بشر دارای اهمیت زیادی است. این پرسش در مورد توجیهات غیرمثبت‌گرایی نیست. چنین توجیهی به‌سادگی می‌تواند

¹ Positivist justification

² Structural violence

³ Anonymous matrix

به معنای این ادعا باشد که حقوق بنیادین بشر بسیار مهم هستند و اهمیت آن‌ها از خود حقوق خصوصی هم بیشتر است. پرسش فلسفی این است که آیا اثر حقوق بنیادین بشر را می‌توان با ابزارهای مفهومی یکسانی توجیه نمود که مبانی شروط و مواد حقوق خصوصی هستند. به بیان دیگر، آیا اثر افقی حقوق بنیادین بشر امری ذاتی و ماهوی در حقوق خصوصی است و یا اینکه این اثر در حکم عاملی است که حقوق خصوصی را از بیرون تحت تأثیر قرار می‌دهد. در مورد آخر، اثر حقوق بنیادین بشر درحقیقت نیازمند مبنایی در قانون اساسی است. در مورد قبلی، حقوق خصوصی درحقیقت ناچار به گسترش آثار حقوق بنیادین بشر در محدوده خاص خود است، بدون اینکه به دنبال ریشه‌ای در قانون اساسی باشد.

۵- کارکرد منطقی حقوق بنیادین بشر دموکراتیک

۵-۱- سه نوع از حقوق بنیادین بشر

به دلیل محدودیت، در این بخش از پرداختن به اثر تمامی حقوق بنیادین بشر خودداری می‌کنیم و تنها به اثر حقوق دموکراتیک خواهیم پرداخت. حقوق دموکراتیک یکی از سه دسته‌بندی اصلی حقوق هستند که باید در بحث اثر افقی حقوق بنیادین بشر بر حقوق خصوصی از یکدیگر متمایز شوند. دو دسته دیگر عبارت‌اند از حقوق ضد تبعیض در دسته‌بندی‌هایی چون جنسیت و نژاد و حقوق مدنی کلاسیک که توسط حقوق خصوصی ایجاد شده‌اند و شامل حق حفظ تمامیت فیزیکی، آزادی حرفه و پیشه، آزادی تشکیل شرکت‌ها و انجام مذاکرات جمعی، حقوق مالکیت، آزادی قراردادی و حفاظت از بنیان خانواده و ازدواج است.

اعمال حقوق ضد تبعیض در چهارچوب حقوق خصوصی موضوع بحث‌های گسترده و ادامه‌داری بوده است که در اینجا مجال پرداختن به آن‌ها وجود ندارد. ذکر این نکته کفایت می‌کند که در بحث کنونی ادعاهایی مطرح شده‌اند که بر اساس آن‌ها قوانین ضد تبعیض را می‌توان یکی از خصوصیات ذاتی حقوق خصوصی در نظر گرفت.

حقوق مدنی، که بدان‌ها اشاره شد هم توسط حقوق خصوصی ایجاد شده‌اند. در اینجا قصد نداریم که ماهیت این حقوق را بررسی کنیم؛ از آن‌رو که مشخص نیست که آیا واقعاً نقشی در حقوق خصوصی دارند یا خیر. این احتمال وجود دارد مشکلاتی که توسط دادگاه‌ها با اعمال مفهوم حقوق بنیادین بشر حل شده یا در آینده حل خواهد شد، زمانی از میان برداشته می‌شوند که بپذیریم که دکتترین قرارداد در حقوق خصوصی شامل مفاهیم و ایده‌هایی چون انصاف و ثمن منصفانه است.

تمامی دیگر حقوق بنیادین بشر به‌علاوه حقوق ضد تبعیض و حقوق مدنی را باید در مبحث حقوق بنیادین بشر دموکراتیک به شمار آورد. بدیهی است که این مسئله به‌عنوان یک بحث مفهومی، نیازمند صرف وقت بیشتری است که در حوصله این نوشتار نمی‌گنجد. این گروه شامل آزادی‌های عمومی چون آزادی بیان و آزادی ارتباطات مشتمل بر حفظ محرمانگی ارتباطات، آزادی اجتماع و آزادی تأسیس انجمن‌های غیرتجاری است. این دسته‌بندی همچنین دربردارنده حقوق مرتبط با آزادی‌های غیرفردی از جمله آزادی مطبوعات و انتشار حقایق از طریق فیلم و رسانه‌ها و همچنین آزادی علوم و هنر است. گذشته از این‌ها، علم و هنر اشکال ویژه تفکر و عمل هستند که به‌عنوان بخشی از ارتباط دموکراتیک مطرح می‌باشند؛ اما منطق ماهوی هر یک توجیه‌کننده یک جایگاه ویژه در فهرست حقوق بنیادین بشر برای آن‌هاست. در پایان، آزادی ایمان و وجدان را داریم که می‌توان در این دسته‌بندی جای داد؛ هرچند که به لحاظ تاریخی، این حق‌ها قطعاً بیش از دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی قدمت دارند. به هر روی، موقعیت دموکراتیک به‌صورت هنجاری با کثرت جهان‌بینی‌ها در ارتباط است. یک دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی بدون آزادی ایمان و وجدان به‌عنوان یک دموکراسی ناقص است و نه به‌عنوان ماهیتی دیگر. در این صورت، پیشنهاد می‌کنیم که تمامی حقوق بنیادین بشر را می‌توان بر اساس ادبیات و مفاهیم تئوری دموکراسی توصیف نماییم.

۵-۲- توجیه اثر حقوق بنیادین دموکراتیک

درمورد حقوق بنیادین دموکراتیک، این گونه استنباط شده است که این رفتار نیست که توسط حقوق بنیادین مورد حفاظت قرار می‌گیرد بلکه احتمال انجام عمل است که توسط حقوق خصوصی پیش‌بینی و ایجاد شده است. در این صورت، حق بنیادین به‌عنوان یکی از نهادهای حقوق خصوصی مطرح نیست؛ بلکه بیشتر مشخص‌کننده اقدام خاصی است که با ابزارهای حقوق خصوصی مقدور شده و مورد حمایت ویژه قرار می‌گیرد. در تضاد با حقوق مدنی، حقوق دموکراتیک تأکید ویژه‌ای بر ظرفیت‌های بالقوه فعلی دارند که به‌ظاهر در حقوق خصوصی وجود ندارد. نکته اصلی در ارتباط با حقوق دموکراتیک اعطای جایگاه ویژه به اعمال ویژه است. مقصود از اعمال ویژه، اعمالی است که محتماً دارای اهمیت خاصی در یک سازوکار دموکراتیک هستند؛ به‌عنوان مثال آزادی بیان و یا آزادی اجتماعات.

به بیان دیگر، توجیه‌نمودن اثر حقوق بنیادین به‌عنوان عناصر درون‌زاد حقوق خصوصی باید مشخص کند چرا توانایی‌های بالقوه برای عمل به‌صورتی خاص توسط حقوق بنیادین دموکراتیک تضمین شده و دارای جایگاه خاصی هستند. اکنون و با توجه به موارد مذکور، به‌راحتی می‌توان به این حقیقت اشاره نمود که دموکراسی مسئله مهمی است و در نتیجه حقوق خصوصی باید نقش خود در حفاظت و ارتقای آن را به انجام برساند. این توجیهی نیست که مبتنی بر منطق حقوق خصوصی باشد. در عوض، این توجیه معنای استفاده از آزادی مبتنی بر حقوق مدنی برای ارتقای دموکراسی است. در نقطه مقابل، می‌توان این گونه فرض نمود که دموکراسی تنها در چهارچوب آزادی مبتنی بر حقوق مدنی تحقق پیدا می‌کند. در چنین دیدگاهی ممکن است شخصی بر این باور باشد که دموکراسی به اندازه استقلال فردی اهمیت ندارد. در این صورت پاسخ به این سؤال که دموکراسی چقدر اهمیت دارد، امری است که توسط قانون اساسی مشخص می‌شود.

در حقیقت، توجیه اثر حقوق بنیادین دموکراتیک در این واقعیت نهفته است که نظم دموکراتیک، شرایط را برای مشروعیت‌بخشیدن به حقوق خصوصی فراهم می‌کند. شرط مشروعیت‌بخشی برخاسته از این حقیقت نیست که حقوق خصوصی مانند هر قانون دیگری، شامل اجبار است. به‌صورت اخص، حقوق خصوصی امری تلفیق شده در / وابسته به نظم دموکراتیک است. باید به این حقیقت توجه داشته باشیم که حقوق خصوصی برای تحقق‌بخشیدن به مواد قانونی‌اش همواره نیازمند اعمال قدرت توسط نهادهای مجری قانون است. یکی از مصادیق حقوق خصوصی، آزادی‌های مرتبط با دارایی‌ها و اموال است. اولین مالک هر وسیله‌ای (بنسون، ۲۰۰۲: ۷۵۹) دارای حق عمل یک‌جانبه بوده که در عین حال می‌تواند محدودیت‌هایی را برای افراد دیگر به دنبال داشته باشد. این نوع از الزامات یک‌جانبه به‌موجب عمل یک‌جانبه، تنها زمانی قابل تحمل است که توسط قانون و اراده عمومی جامعه مجاز شمرده شده باشد. دولت، نماینده این اراده عمومی است؛ ضمن اینکه اراده عمومی مذکور هم باید توسط فرایندهای دموکراتیک ایجاد شده باشد.

فرایند دموکراتیک رسمی که به اشکالی چون انتخابات آزاد و قانونگذاری در مجلس نمود پیدا می‌کند، به هر روی، تنها در یک اجتماع دارای ساختار دموکراتیک میسر است. مشخصه جامعه دموکراتیک، تحقق اجتماعی حقوق دموکراتیک، مواردی چون آزادی بیان، اجتماعات، مطبوعات و آزادی علمی است. دموکراسی سیاسی، جامعه دموکراتیک را الزامی می‌کند. حقوق خصوصی، مشروعیت خود را تضعیف خواهد نمود، اگر اجازه بدهد که ابزارها و نهادهای حقوق خصوصی برای تضعیف جامعه دموکراتیک مورد استفاده قرار بگیرند. حقوق بنیادین دموکراتیک به توصیف ساختارهایی می‌پردازند که برای مشروع‌سازی حقوق خصوصی مورد استفاده قرار می‌گیرند. دقیقاً

به همین دلیل است که حقوق بنیادین دموکراتیک باید در حقوق خصوصی بر اساس منطقی متعلق به خود حقوق خصوصی تأثیرگذار شوند.

این امکان وجود دارد که مخالفی بپرسد که چرا نفوذ در ساختار و فرایندهای دموکراتیک به وسیله ابزارهای حقوق خصوصی می‌تواند مشروعیت حقوق خصوصی به‌عنوان یک کل واحد را به خطر بیندازد. برای توضیح بیشتر از یک مثال استفاده می‌کنیم. شخصی حق آزادی بیان خود را به قیمت بسیار مناسبی می‌فروشد؛ چرا باید چنین کاری به‌عنوان یک مثال انتزاعی از نقض حقوق بنیادین، مشروعیت حقوق خصوصی را زیر سؤال ببرد؟ پاسخ این است که ساختار دموکراتیک، کلی است که بخش‌ها و وجوه مختلف آن در دسترس و اختیار یک فرد نیست. دموکراسی دربردارنده و متشکل از حقوق فردی است؛ اما این حقوق فردی به‌عنوان ابزارهای فردی و در راستای تحقق اهداف فردی مطرح نیستند و به‌عنوان مثال هیچ فردی نمی‌تواند این حقوق را به‌موجب قرارداد به دیگران بفروشد. قدرت مشروع‌کننده دموکراسی برخاسته از ساختار کل‌نگر است و نه حاصل جمع اعمال حقوق فردی. دموکراسی منتج از ساختار کلی است و از آن‌رو نمی‌توان یک رابطه خطی متصور شد: چه اندازه و یا تعداد از مثال‌های مفرد نقض حقوق دموکراتیک قابل تحمل است؟ چند نفر ممکن است حقوق آزادی بیان خود را بفروشند تا ما دیگر نتوانیم شاهد دموکراسی در آن جامعه باشیم؟ نمی‌توانیم پاسخی به سؤال‌های این‌چنینی بدهیم و این عدم پاسخ‌گویی دلیلی منطقی است بر این حقیقت که مشروعیت برخاسته از ساختار کلی است و نه برخاسته از حقوق دموکراتیک جمع‌کنندگی از افراد.

۵-۳- حقوق خصوصی به‌عنوان قانون اساسی اجتماعی

از دیدگاهی کاملاً مبتنی بر حقوق خصوصی، اثر حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی را نمی‌توان به راحتی شرح داد. به نظر می‌رسد که اثر حقوق بنیادین به نوعی برهم‌زننده توازن مفهومی حقوق خصوصی باشد. این عدم توازن را می‌توان با ارجاع به اراده قانونگذار دموکراتیک توضیح داد. تعمق در حقوق خصوصی با اعمال استدلال و برهان نمی‌تواند تضمین‌کننده آثار حقوق بنیادین باشد. اثر حقوق بنیادین را نمی‌توان به صورت معقول توصیف نمود؛ بلکه باید آن را به‌عنوان امری مبتنی بر ملاحظات سیاسی در نظر گرفت. اگر بخواهیم حقوق بنیادین را به صورت منطقی وارد چهارچوب مفهومی حقوق خصوصی کنیم، می‌توانیم از تبعات و پیامدهای این‌چنینی دوری نماییم.

حقوق بنیادین در کارکرد سنتی خود محافظ اصول حقوقی و اعمال بالقوه‌ای هستند که بر اساس حقوق خصوصی و برای خنثی نمودن مداخلات دولت به وجود آمده‌اند. در حقوق خصوصی، در نقطه مقابل، این حقوق دارای کارکرد سازنده نیستند؛ بلکه عملکردشان بیانی^۱ است: حقوق بنیادین توضیح‌دهنده آزادی دموکراتیک هستند که به‌عنوان مبنای مشروع‌کننده حقوق خصوصی مطرح است. مشروع‌سازی تنها زمانی عملی می‌شود که حقوق بنیادین درحقیقت بخشی از یک قانون معتبر باشند. به‌واسطه حقوق بنیادین، مشروع‌سازی تنها به‌صورت بیانی انجام می‌شود. بر این اساس، کشف اثر حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به معنای وارد نمودن حقوق خصوصی به قانون اساسی نیست؛ بلکه بیشتر به این معناست که حقوق بنیادین بیان‌کننده ماهیت مرتبط با قانون اساسی است و این امری است که همیشه در ذات حقوق خصوصی وجود داشته است. حقوق خصوصی فی‌نفسه دارای ماهیتی مرتبط با قانون اساسی است. حقوق خصوصی یک نهاد قانونی آزاد و دموکراتیک و درعین حال اجتماعی است.

حقوق خصوصی به‌عنوان یک نهاد قانونی اجتماعی، به هر روی، تنها شامل آن بخش از حقوق خصوصی می‌شود که به‌عنوان قانون معتبر است و به‌عنوان مثال شامل توافق‌های پیچیده قراردادی نمی‌شود؛ حتی اگر به‌صورت یک مشخصه خودکار قانونی توسعه یافته باشند. (فیشر، ۲۰۰۴: ۱۵) توافق‌های پیچیده قراردادی از نوع مذکور، نسخه‌های مختلف قانون اساسی اجتماعی نیستند؛ بلکه بیشتر به‌عنوان موارد بالقوه زیرمجموعه حقوق خصوصی میسر هستند.

۶- قانون اساسی اجتماعی فراملی

اکنون آثار حقوق خصوصی به‌عنوان قانون اساسی اجتماعی به‌صورتی که توصیف نمودیم در حوزه قوانین اساسی مدنی فراملی چیست؟ اگر از بیرون به موضوع نگاه کنیم، این پرسش یا مرتبط با قراردادهای پیچیده (به‌عنوان مثال شرکت اینترنتی برای ثبت اسامی (ICANN) و دامنه‌ها) و یا عرف تجاری (مجموعه‌ای از رویه‌های قراردادی برای ایجاد رژیم حقوقی) است. بر اساس مفهوم قانون اساسی مدنی، دادگاه‌ها یا سازمان‌هایی با کارکرد مشابه دادگاه دارای جایگاه کلیدی هستند؛ چراکه حقوق بنیادین را در کارکرد معمول خود تلفیق نموده و یا اینکه وظیفه دارند تا چنین رویه‌ای را در پیش بگیرند.

^۱ Expressive

به هر روی، بسیاری از سازمان‌های مذکور هنوز هم از دکترین سنتی حقوقی در تصمیم‌گیری‌های خود استفاده می‌کنند که این مسئله منشأ بسیاری از مشکلات موجود کنونی است. فهم حقوق خصوصی بر اساس مفهوم قانون اساسی اجتماعی به‌صورتی که پیش‌تر توضیح دادیم، ممکن است سودمند باشد. به جهت ارائه مدارک برای تأیید چنین رویکرد بالقوه‌ای، اثر حقوق بنیادین بر روابط حقوق خصوصی در سطح فراملی و با استفاده از دکترین غالب کنونی می‌تواند بسیار سودمند باشد. در صورت وجود روابط حقوقی فراملی بین طرفین حقوق خصوصی، می‌توان وظیفه قضاوت را به محاکم ملی و یا محاکم داورى سپرد. در صورت استفاده از خدمات محاکم داورى، ساختار دکترین مورد استناد کمی پیچیده‌تر از چیزی خواهد بود که در محاکم ملی مورد استناد قرار می‌گیرد و به همین دلیل این موضوع را زودتر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۷- روابط حقوقی فراملی در دادگاه‌های ملی

تصمیم‌گیری در مورد حقوق و الزامات منتج از قراردادهای فراملی معمولاً منجر به تعارض قوانین می‌شود. مشروط بر آنکه دادگاه ملی، قرارداد را بر مبنای حقوق خصوصی داخلی‌اش مورد بررسی قرار دهد. در نگاه اول هیچ‌گونه مسئله متعارض و غامضی وجود نخواهد داشت. حقوق خصوصی کشور مذکور به‌موجب قانون اساسی همان کشور ملزم به در نظر گرفتن آثار افقی حقوق بنیادین در صدور حکم خواهد بود. هر موقع که حقوق خصوصی کشور مذکور اعمال شود، بدیهی است که آثار تصریح‌شده حقوق بنیادین توسط قانون اساسی هم به جریان خواهند افتاد. باری، اثر حقوق بنیادین در اینجا الزاماً شبیه به نرم‌های قانونی حقوق خصوصی نخواهد بود. به‌عنوان مثال، اگر اعمال قانون یک کشور خاص به تبعه آن کشور، آزادی انتخاب قانون مورد استناد برای رسیدگی به ادعایش را بدهد، اما در عین حال امکانی برای اتصال به سیستم قانونی مذکور وجود نداشته باشد، حقوق بنیادین اعمال نخواهند شد. در این صورت، به دلیل عدم اتصال حقوقی با سیستم حقوقی کشور مذکور، اعمال حقوق بنیادین هم توجیه‌پذیر نخواهد بود.

از سوی دیگر، اگر حقوق خصوصی یک کشور خارجی مبنای عمل قرار بگیرد، اما حقوق بنیادین کشور میزبان در چهارچوب نظم عمومی فراملی اعمال شوند، باز هم لازم است تا پرونده مورد نظر ارتباط معقولی با نظم حقوقی کشور میزبان داشته باشد. در اینجا هم حقوق بنیادین کشور میزبان تنها در صورتی اعمال می‌شوند که موضوع و یا افراد مرتبط با پرونده، ارتباط نزدیک و معقولی با قانون اساسی کشور میزبان و حقوق تصریح‌شده در آن داشته باشند. در نبود یک ارتباط واقعی آثار

حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی اتفاق نمی‌افتند. با توجه به حوزه محدود حقوق بنیادین کشور میزبان، حقوق بنیادین اعمال شده هم حوزه محدودی خواهند داشت و باز هم نیازمند وجود ارتباطی معقول خواهیم بود. با توجه به زمینه مذکور، تنها می‌توان نسبت به اعمال حقوق بنیادینی اقدام نمود که ارتباط معقولی با پرونده داشته باشند؛ هرچند که ممکن است حقوق خصوصی مرتبط با آن‌ها در پرونده مورد استناد قرار نگیرد. چنین ارجاعی به یک قانون خارجی معمولاً تأیید شده نیست. بر اساس ماده ۲۱ از کنوانسیون رم یک، این مسئله حتی در دادگاه‌های اتحادیه اروپا هم ممنوع شده است.

تمامی مشکلاتی را که مرتبط با تعارض قوانین هستند و حتی شناخت و درک ماهیتشان برای بسیاری از حقوق‌دانان مشکل است، می‌توان پشت سر گذاشت. مواقعی که حقوق خصوصی کشوری اعمال می‌شود، باید حقوق بنیادین مرتبط با آن را نیز اعمال نمود؛ صرف‌نظر از اینکه حقوق خصوصی مذکور خارجی یا داخلی باشد.

این مسئله به معنای جهانی‌سازی ماهیت حقوق بنیادین است. در این صورت فرقی نمی‌کند که حقوق بنیادین متعلق به چه کشوری است. خاستگاه اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی فراملی باید بر اساس مفهوم جهانی نظم دموکراتیک ایجاد شود و توضیح چنین مفهومی وظیفه تمامی دادگاه‌های ملی است که وظیفه حل و فصل اختلاف‌های مرتبط با حقوق بنیادین را بر عهده دارند. تضمین اعمال حقوق بنیادین در اسناد ملی و بین‌المللی ممکن است به‌عنوان منشأ و خاستگاه آن‌ها در نظر گرفته شود و نه ایجاد حداقلی که در تمامی اسناد مذکور بدان اشاره شده است. چنین اسنادی می‌توانند سرآغازی باشند بر ارائه صحیح حقوق خصوصی به‌عنوان یک قانون آزاد و دموکراتیک.

۸- روابط حقوقی فراملی در محاکم داوری

در صورت استفاده از خدمات محاکم داوری، پرسش مشابهی با موضوع ارتباط مناسب و درخور با حقوق بنیادین طرح می‌شود. در صورتی که اختلاف به محاکم ملی ارجاع داده شود، بر اساس دکترین سنتی، قانون اساسی کشور میزبان محاکم این کشور را به‌عنوان ارگان‌های دولتی ملزم به اعمال آثار افقی حقوق بنیادین در حقوق خصوصی خواهد نمود. اعمال حقوق بنیادین در این صورت مبتنی بر وجود دادگاه‌ها به‌عنوان بخشی از دولت و در جایگاه قانونی ویژه است. یک دادگاه داوری بین‌المللی در قیاس با یک محکمه ملی دو مورد را کم دارد: این محکمه یک محکمه داوری ملی نیست و حکمی که صادر می‌کند هم در حوزه قضایی یک قانون اساسی خاص قرار نمی‌گیرد.

بنابراین، بر اساس دکترین سنتی آثار حقوق بنیادین، معلوم نیست که کدام حق بنیادین می‌تواند دارای اثر افقی در حقوق خصوصی باشد و چرا.

به تبع این موضوع، رویهٔ صدور حکم با ارجاع به حقوق بنیادین از سوی محاکم داورى بین‌المللی را نمی‌توان به روش‌های کنونی مستندسازی نمود. بحث در مورد نظم عمومی فراملی که برای محاکم داورى لازم‌الاجرا باشد محتوای اندکی دارد؛ مگر اینکه به بحث قاعدهٔ امره در حقوق بین‌الملل استناد کنیم. (پنر، ۲۰۱۰: ۹۱) در اجرای احکام صادرشده توسط محاکم داورى، زمانی که «نظم عمومی فراملی» در بهترین حالتش به‌عنوان محدودیتی برای فساد شناخته شده است، حقوق بنیادین مدنی و دموکراتیک تاکنون نتوانسته‌اند نقش مهمی داشته باشند.

بحثی که در اثر حاضر و با موضوع چرایی اعمال حقوق بنیادین در بحث حقوق خصوصی، باعث بسته‌شدن شکافی می‌شود که بین حقوق بنیادین از یک سو و حقوق خصوصی اعمال شده توسط محاکم داورى از سوی دیگر وجود دارد. بر اساس دیدگاه حقوق بنیادین مثبت‌گرای، حقوق خصوصی دارای ماهیتی مبتنی بر قانون اساسی است؛ اما مبنایی برای این ماهیت ارائه نشده است. حقوق خصوصی باید حافظ حقوق مدنی و دموکراتیک باشد که هر دو مورد از عناصر ایجادکننده و تداوم‌دهنده آن هستند. حقوق خصوصی باید بتواند با استفاده از منابع و ابزارهای متعلق به خود، حافظ حقوق بنیادین باشد؛ در نتیجه، می‌توان ادعای مشابهی را در مورد هر سیستمی از حقوق خصوصی مطرح نمود؛ صرف‌نظر از اینکه تضمین حقوق بنیادین در قانون اساسی تصریح شده باشد یا خیر.

بنابراین، کارکرد دادگاه ملی بر اساس ماهیت مبتنی بر قانون اساسی حقوق خصوصی برای تأثیرگذاری حقوق بنیادین قطعی نیست. هر سازمان دیگری با کارکرد مشابه که وظیفه‌اش صدور یک حکم الزام‌آور قانونی در مورد حقوق و الزامات مرتبط با دو طرف بر مبنای قوانین ملی باشد، باید ماهیت مدنی و دموکراتیک حقوق بنیادین را تفسیر و اعمال نماید. این الزام در وهلهٔ اول برای محاکم داورى صدق می‌کند، به اندازه‌ای که چنین محاکمی تصمیم‌ها و آرای خود را بر اساس سیستم ملی حقوق خصوصی وضع می‌کنند. اما این الزام در مورد محاکم داورى بین‌المللی که سیستم حقوق خصوصی مستقل^۱ را اعمال می‌کنند هم صادق است؛ از آن‌رو که نبود سیستم دولتی تغییری در اهمیت این سیستم حقوق خصوصی مستقل ایجاد نمی‌کند و هدف همچنان به‌فعل درآوردن آزادی‌های مدنی است.

^۱ Lex mercatoria

در کل، این تنها خاستگاه موجود برای سازمان‌ها و نرم‌های آن‌هاست. نرم‌های حقوق خصوصی مستقل را تنها زمانی می‌توان فهم نمود که آن‌ها را به‌عنوان مصادیق نهادینه‌شده آزادی حقوقی درک کرده باشیم. نبود قانون اساسی یا نظارت دولتی در این میان تغییری ایجاد نمی‌کند و حقوق خصوصی کماکان باید توسط فرایندهای دموکراتیک و در شرایط جامعه دموکراتیک ایجاد شود، اگر خواهان کسب مشروعیت است. درست است که الزام به ایجاد شدن توسط یک فرایند دموکراتیک (یک سیستم بین‌المللی حقوق خصوصی و یا سیستم جهانی حقوق خصوصی توسط دولت جهانی) هنوز محقق نشده یا شاید هرگز محقق نشود، اما این مسئله نمی‌تواند ناقض شرط جامعه دموکراتیک باشد. وجود جامعه دموکراتیک حداقلی است که برای مشروعیت اعمال حقوق خصوصی وجود دارد.

نتیجه‌گیری

تضاد روش‌شناسانه‌ای که بین رویکرد جامعه‌شناسانه یا همان رویکرد توبرن و رویکرد مبتنی بر فلسفه‌ای که در این مقاله در پیش گرفته شده، منجر به طرح پرسشی می‌شود که در رویکرد توبرن نیازی به ارائه پاسخ برایش نیست. به‌صورتی که اشاره شد، این مقاله از دیدگاه توبرن در مورد اثر افقی حقوق بنیادین، به‌عنوان نقطه آغاز استفاده نمود و هدف اصلی آن آوردن حقوق بنیادین به حوزه قوانین مدنی مستقل و فراملی بوده است. در چنین بستری، حوزه صلاحیت دادگاه‌ها و محاکم که نماینده پیوستگی و درعین حال استقلال موضوع قانون اساسی فراملی هستند، دارای نقش بسیار برجسته‌ای است. مهم‌ترین موفقیت محاکم همانا آوردن حقوق بنیادین به حوزه‌های اجتماعی مرتبط است. در ادامه به مبحث توجیه هنجاری اثر افقی حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی پرداختیم. توجیه در اینجا به این معناست که دلایل ارائه‌شده به‌عنوان منطق ذاتی و درون‌زاد قانون در نظر گرفته می‌شوند. در دکتترین سنتی، دلیلی که برای اعمال اثر افقی حقوق بنیادین در حقوق خصوصی ارائه می‌شود، وجود چنین الزامی در قانون اساسی است. بر این منوال، حقوق بنیادین به‌صورت منطقی با حقوق خصوصی بیگانه هستند و از خارج به حوزه حقوق خصوصی وارد شده‌اند. در نقطه مقابل این عقیده رایج بحث نمودیم که در وهله اول، حقوق خصوصی به لحاظ منطقی بر حقوق بنیادین ارجحیت دارد و اینکه حقوق بنیادین بخشی از منطق ماهوی حقوق خصوصی هستند. این بحث در مورد کلاسی از حقوق بنیادین با عنوان حقوق دموکراتیک به‌تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفت. اگر توانسته باشیم این بحث را به‌درستی هدایت کنیم، می‌توان از آن در جهت توضیح

چرایی اعمال حقوق بنیادین مشتمل بر اثر افقی آن‌ها در حوزه رژیم‌های حقوقی فراملی با ارجاع به محاکم ملی و محاکم داوری بین‌المللی هم استفاده نمود.

فهرست منابع

منابع فارسی:

۱. مک، چانتال، حقوق بنیادین در حقوق قراردادهای اروپا، برگردان، علامه، سید مهدی و شمعی، محمد، نشر نگاه بینه، چاپ دوم، ۱۴۰۲
۲. شمعی، محمد، بیروتی، زهرا، اساسی سازی حقوق خصوصی، نشر گیلن، چاپ اول، ۱۴۰۲
۳. شمعی محمد، مجاهدی فر، ندا، اعمال حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی در حقوق خصوصی، فصلنامه مطالعات میان رشته ای فقه، شماره ۹، زمستان ۱۴۰۱
۴. اسدی، عباس، تأثیر حقوق اساسی در حقوق قراردادهای، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶.
۵. شهبازی، حشمت‌الله، حقوق بشر در حقوق خصوصی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱۹. ۱۳۹۶.
۶. طهماسبی، علی، فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، ۱۳۹۱.

منابع انگلیسی:

1. Aharon barak, constitutional human rights and private law, in human rights in private law, (daniel friedman & daphne barak-erez eds., 2001).
2. Amnon reichman, property rights, public policy and the limits of the legal power to discriminate, in human rights in private law (daniel friedmann & daphne barak-erez eds., 2001)
3. Andreas fischer-lescano & gunther teubner, regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law, 25 mich. j. int'l l. 999,1014-16 (2004)
4. Benson, supra note 17; arthur ripstein, force and freedom: kant's legal and political philosophy 287-92 (2009)
5. Gunter dorig, grundrechte und zivilrechtsprechung [fundamental rights and adjudication], in festschrift for hans nawiasky 183 (1956)

6. Gunther teubner, constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization 124 (2012).
7. Gunther teubner, the anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors, 69 mod. l. rev. 327 (2006).
8. Immanuel kant, der streit der fakultaten, in kants werke. akademie textausgabe (akademie-ausgabe ed., 1968 (1798))
9. Lorraine e. weinrib & ernest j. weinrib, constitutional values and private law in canada, in human rights in private law 43 (daniel friedmann & daphne barak-erez eds., 2001)
10. Moritz renner, zwingendes transnationales recht: zur struktur der wirtschaftsverfassung jenseits des staates [mandatory transnational law. on the structure of the economic constitution beyond the state] 91, 191 (2010)
11. Peter benson, philosophy of property law, in the oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law, 759 ff. (jules coleman & scott schapiro eds., 2002)
12. Peter benson, the unity of contract law, in the theory of contract law 118 (peter benson ed., 2001). see also the rich philosophical work on tort law: philosophical foundations of the law of unjust enrichment (robert chambers et al. eds., 2009);
13. Robert alexy, a theory of constitutional rights 363 (2002); konrad hesse, verfassungsrecht und privatrecht (1998); matthias kumm, who is afraid of the total constitution, 7 german l.j. 341, 359 (2006) ("conceptually then, private law, like any law in germany, qualifies as a branch of applied constitutional law.").