



اعمال حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی در حقوق خصوصی

محمد شمعی^۱

ندا مجاهدی فر^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۵/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۹/۲۰

چکیده

در جهان امروز حقوق بنیادین بشر نقش حیاتی در زمینه حقوق قراردادها دارد؛ به گونه‌ای که محتوای قراردادها باید منطبق با این دسته از حق‌ها باشد. پرسش ما در این نوشتار این است که تاثیرگذاری حقوق بنیادین بشر بر مقوله قراردادهای خصوصی چگونه است؟ این تاثیر بر دو شکل مستقیم و غیرمستقیم صورت می‌گیرد. در شیوه اثر مستقیم حقوق بنیادین بشر به شکل مستقیم در روابط قراردادهای موثر واقع شده است. اشکال وارد بر این شیوه آن است که در آن به استقلال حقوق خصوصی خدشه وارد می‌شود. تاثیرگذاری حقوق بنیادین بشر در اثر غیرمستقیم به شکل غیرمستقیم و از طریق تفسیر قواعد حقوق قراردادها خود را نشان می‌دهد؛ از مزایای این شیوه حفظ استقلال حقوق خصوصی به عنوان یک دانش ناب است که مورد توجه اثبات‌گرایان یا پوزیتیویست‌ها قرار گرفته است. در این مقاله نگارندگان پس از تبیین مفاهیم حقوق بشر و حقوق بنیادین بشر، به تشریح روابط بین حقوق بنیادین بشر و حقوق خصوصی اشاره داشته و در نهایت به شیوه اعمال قواعد حقوق بنیادین بشر بر قراردادهای خصوصی پرداخته‌اند. روش پژوهش به صورت توصیفی تحلیلی است.

^۱ استاد مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد و دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی. (نویسنده مسئول)

shamei_shamei@yahoo.com

^۲ کارشناس ارشد حقوق خانواده. Neda.mojahedi@yahoo.com

واژگان کلیدی: حقوق بنیادین بشر، قراردادهای خصوصی، اثر مستقیم، اثر غیرمستقیم.

مقدمه

امکان ایجاد چهار مدل اصلی تئوریک برای تعیین تأثیر حقوق بشر تصریح شده در قانون اساسی بر روابط بین طرفین حقوق خصوصی وجود دارد. در مدل نخست، حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی که در متن قانون اساسی و یا قوانین پایه تعریف و تعیین شده‌اند، به صورت مستقیم در حقوق خصوصی اعمال شده و تأثیر مستقیمی بر روابط موجود در حقوق خصوصی دارند (مدل کاربرد مستقیم).^۱ بر اساس این مدل، حقوق بشر نه تنها در مقابل دولت بلکه در مقابل طرفین حقوق خصوصی هم مورد حفاظت قرار می‌گیرند. نقض یکی از حقوق حفاظت شده به واسطه یکی از طرفین حقوق خصوصی به احتمال منجر به نتایج خاصی خواهد شد؛ نتایجی که در نبود ماهیت مبتنی بر قانون اساسی حق نقض شده، ایجاد نمی‌شدند. به عنوان مثال، اگر «جک» فریاد بزند و جلسه و یا عملیاتی را مختل کند، نسبت به نقض حق «جان» به عنوان شرکت کننده در آن جلسه و یا عملیات اقدام نموده و «جان» در مقابل «جک» دارای یک حق است. به شیوه‌ای مشابه، اگر «جک» بخواهد محصول خود را به «جان» بفروشد، اما قصد فروش به «مری» را نداشته باشد، به حق «مری» دال بر برخورد به شیوه برابر تجاوز نموده و «مری» می‌تواند از وی شکایت کند. در مدل دوم چنین آمده است که حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی فقط در حقوق عمومی قابل اعمال هستند. این حقوق، تنها در قبال دولت، قابل اجرا و مطالبه هستند (مدل عدم اعمال).^۲ بر اساس این مدل، حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی هیچ‌گونه کاربردی (اعم از مستقیم و یا غیرمستقیم) در حقوق خصوصی ندارند. یک دادگاه نوعی نمی‌تواند آن‌ها را در حقوق خصوصی اعمال کند: این حقوق را تنها می‌توان از دولت مطالبه نمود و نه از طرفین حقوق خصوصی. در قلمرو حقوق خصوصی، قوانین به شیوه معمول پیش از اعمال حقوق بشر در قانون اساسی اجرایی می‌شوند. به عنوان نمونه، اگر جک یک جلسه را بر هم بزند، دولت در قبال وی دارای حقی خواهد بود که در چهارچوب حقوق کیفری و یا اداری قابل پیگیری است. ممکن است مالک مکان برگزاری جلسه هم به دلیل آسیبی که به دارایی‌اش وارد شده، بتواند تقاضای جبران خسارت کند. در مثال بعدی، چنانچه جک از فروش محصول خود به مری خودداری نماید، وی آزاد است تا بدین صورت عمل کند؛ چراکه حق برخورد و رفتار برابر با همه برای وی معنایی

¹ Direct application model

² Non-application model

نخواهد داشت و برای وی به‌عنوان مخاطب این حق در نظر گرفته نمی‌شود. اگر جک قراردادی را با جان منعقد کند و این قرارداد آزادی حرفه و پیشه جک را محدود نماید و وی این قرارداد را نقض کند، جان می‌تواند با طرح ادعای مغایر بودن قرارداد با سیاست عمومی^۱ جامعه از رویه‌های معمول جبران خسارت در مقابل جک استفاده کند. البته این زمینه پیش از وارد شدن حقوق بشر به قانون اساسی میسر می‌بود و آشکار است که اگر حقوق یادشده از قانون اساسی حذف شوند، همچنان امکان‌پذیر خواهند بود.

مدل سوم و چهارم در میانه دو مدل حداکثری یادشده قرار می‌گیرند. بنا بر مدل سوم، حقوق بشر در حقوق خصوصی اعمال می‌شوند؛ اما این اعمال مستقیم نخواهد بود؛ بلکه غیرمستقیم است (مدل اعمال غیرمستقیم)^۲. در این مدل، حقوق حفاظت‌شده به‌صورت مستقیم در حقوق خصوصی نفوذ نمی‌کنند؛ بلکه این نفوذ به‌واسطه دکترین‌ها و آموزه‌های حقوق خصوصی انجام می‌پذیرد. این امکان وجود دارد که دکترین‌های موجود در حقوق خصوصی به کار گرفته شوند و یا اینکه آموزه‌های جدیدی برای استفاده از مفاهیم حقوق عمومی در حقوق خصوصی ایجاد شوند. اگر جک از فروش محصولات خود به مری خودداری کند، این احتمال وجود دارد که در قبال وی به دلیل انجام مذاکرات فروش، بدون داشتن حسن‌نیت مسئول قلمداد شود.

بنا بر مدل چهارم، حقوق بشر تصریح‌شده در قانون اساسی، تنها در برابر دولت حفاظت می‌شوند. آن‌ها هیچ‌گونه کارکردی اعم از مستقیم و یا غیرمستقیم در روابط بین طرفین حقوق خصوصی ندارند؛ با این حال، مفهوم دولت در اینجا مشتمل بر دادگاه‌ها و محاکم است (مدل اعمال توسط دادگاه)^۳. بر این اساس، دادگاه‌ها از گسترش حقوق عرفی (در حوزه هنجاری عمومی) و یا صدور رأی به جهت جبران خسارت (در حوزه‌های خاص) در صورت آسیب وارد نمودن به حقوق مبتنی بر قانون اساسی منع می‌شوند. بر مبنای این مدل، اگر جک به جان تعهد بدهد که محصولات خود را به مری نفروشد و جک تعهد خود در قبال جان را نقض کند، جان نمی‌تواند تقاضای جبران خسارت داشته باشد. دلیل این مسئله آن است که اگر دادگاه به جک دستور بدهد تا تعهدات خود در قبال جان را انجام دهد، به حق مری دال بر برخورد برابر تجاوز نموده و این حقی است که مری می‌تواند از دولت مطالبه کند و در غیر این صورت به‌موجب حکم دادگاه نقض می‌شود.

¹ Public policy

² Indirect application model

³ Judiciary model

گفتنی است گاهی این مدل‌ها با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند. محتمل است مدل اعمال مستقیم و غیرمستقیم با مدل عدم اعمال در تعارض قرار بگیرند. همچنین مدل‌های دیگر ممکن است به صورت هم‌زمان با هم وجود داشته باشند؛ از این رو، این احتمال وجود دارد که مدل اعمال غیرمستقیم به کار گرفته شود و تنها در صورتی که نتواند راه‌حل مناسب ارائه دهد، می‌توان از مدل اعمال مستقیم بهره برد. این احتمال هم وجود دارد که سه مدل اول را با مدل چهارم ترکیب نمود. درحقیقت، مدل دادگاه را می‌توان برای تکمیل مدل‌های دیگر به کار گرفت. روشن است که امکان وجود مدل‌های دیگر هم فراهم است. نگارندگان بر چهار مدل مذکور تمرکز نموده‌اند؛ چراکه این مدل‌ها در حقوق تطبیقی وجود دارند و می‌توانند به‌عنوان راه‌حل‌های بالقوه در نظر گرفته شوند.

۱- مدل اعمال مستقیم: مباحث موافق و مخالف

۱-۱- مباحث زمینه‌ای برای اعمال مستقیم

نقطه آغاز مدل اعمال مستقیم، انشای ماده مرتبط در قانون اساسی است. در بیشتر قوانین اساسی، بندی با عنوان «آزادی حرفه و پیشه» وجود دارد که بر اساس آن هر شهروند و یا شخص مقیم در یک کشور می‌تواند در هر پیشه، حرفه و یا تجارتی که تمایل دارد مشغول به کار شود. در قانون پایه دیگری با عنوان «کرامت انسانی و آزادی» چنین آمده است که واردنمودن آسیب به دارایی‌های اشخاص ممنوع است و هر شخصی محق است تا از زندگی، جسم و کرامت خود دفاع کند. این شروط قانونی و موارد مشابه دیگر به‌صورتی کاملاً گسترده در نص قانون وجود دارند؛ به‌گونه‌ای که نمی‌توان به‌صورت صریح و یا ضمنی استنباط نمود که تنها مخاطب این قوانین دولت است. یک تفاوت اساسی میان طبقه‌بندی باز حقوق بشر به شیوه یادشده و طبقه‌بندی خاصی که گاهی در متون قانون اساسی مشاهده می‌شود، وجود دارد. در نوع اخیر، دولت به‌عنوان تنها مخاطب این قوانین وجود دارد. بر این اساس، از منظر زمینه‌ای تفسیر قوانین پایه‌ای که اعمال مستقیم حقوق بشر را به رسمیت می‌شناسند، میسر است.

به‌علاوه، در قانون پایه کرامت انسانی و آزادی آمده است که هدف از این قانون، حفاظت از کرامت و آزادی انسان‌هاست و ذکر آن در قوانین پایه به این سبب است که دولت‌های آزاد و دموکراتیک، این حقوق را می‌ستایند. این هدف، تنها محدود به حفاظت از آزادی و کرامت انسانی در مقابل دولت نیست؛ این موضوع، یک هدف کلی است که حفاظت از این حقوق را در مقابل دولت و در روابط طرفین حقوق خصوصی مدنظر دارد. حقوق پایه مردم مبتنی بر به‌رسمیت

شناختن ارزش انسان و ارزشمندبودن زندگی و آزادی اوست. موارد مذکور، توجیه‌کننده اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی هستند. این خطر همواره وجود دارد که ارزشمندی انسان و حق حیات وی و همچنین انتخاب‌هایی که به‌عنوان مصادیق آزادی فردی انجام می‌دهد، نه‌تنها توسط دولت، بلکه از جانب طرفین حقوق خصوصی مورد تهدید قرار بگیرد. قانون پایه آزادی حرفه و پیشه تصریح می‌کند که هر مقام دولتی باید به آزادی حرفه هر شهروند یا شخص مقیم در کشور احترام بگذارد. شرط قانونی مشابه دیگری در قانون پایه کرامت انسانی و آزادی مشاهده می‌شود؛ با این حال، شروط قانونی مذکور را نمی‌توان به‌عنوان فرض‌های مسلمی به حساب آورد که بتوان از آن‌ها این گونه استنتاج نمود که حقوق پایه به‌صورت انحصاری در روابط افراد با دولت اعمال می‌شوند. هدف از وضع این شروط قانونی، ایجاد جایگاه فراقانونی هنجاری برای حقوق پایه و تثبیت موجودیت آن‌ها نه‌تنها به‌عنوان ایجادکننده حقوق سیاسی بلکه به‌عنوان ایجادکننده صلاحیت قضایی است.

۲-۱- مباحث ماهوی برای اعمال مستقیم

مباحث زمینه‌ای منتج از متن حقوق پایه کشورهای مختلف مجوز اعمال حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی را در روابط بین طرفین حقوق خصوصی مجاز می‌کند؛ اما آن را الزامی نمی‌کنند. برای الزامی نمودن اعمال این حقوق برخی مباحث ماهوی موجود هستند. اولین و درعین حال مهم‌ترین بحثی که مطرح شده این است که حقوق بشر، تنها توسط دولت تهدید نمی‌شوند و امکان به‌خطرآفتادن آن‌ها توسط نهادها و مؤسسات غیردولتی هم وجود دارد. درحقیقت، ادعاهایی وجود دارند مبنی بر اینکه در رژیم‌های دموکراتیک خطر نقض حقوق بشر از سوی طرفین حقوق خصوصی بیشتر از خطر نقض این حقوق توسط دولت است.^۱ درنتیجه، حفاظت مناسب و درخور از حقوق بشر در شق کلی، نیازمند اقداماتی است که افعال بخش دولتی و خصوصی را نظارت کنند. بحث ماهوی دوم که می‌توان آن را به‌سادگی به‌عنوان وجه افتراقی و کم‌اهمیت‌تر بحث اول به حساب آورد، این است که حقوق بشر الزاماً آزادی‌هایی هستند که در استقلال اراده افراد و وحدت شخص و کرامت انسانی‌اش ریشه دارند. این موارد می‌توانند هم‌زمان از سوی دولت و طرفین حقوق خصوصی محدود شوند. در بحث ماهوی سوم که بحثی جزئی و متعصبانه در نظر

¹ See R. A. MacDonald, "Postscript and Prelude - The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses" (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 321 at 347.

گرفته می‌شود، این گونه بحث شده که در یک سیستم قضایی نوعی، تمایز قائل شدن بین درجه‌بندی‌های هنجاری مختلف از هر یک از حقوق بشر تناسبی وجود ندارد. نکته مهم در اینجا از یک سو، پیشگیری از وضع قانونی است که به یکی از طرفین حقوق خصوصی اجازه نقض هر یک از حقوق بشری طرف دیگر را بدهد و از سوی دیگر، در نبود قانونگذاری محدودکننده اجازه بدهد تا یک طرف حقوق خصوصی نسبت به نقض حقوق پایه طرف دیگر اقدام کند.

بحث چهارم بحثی عمل‌گراست. گزینه جایگزین حقیقی برای مدل اعمال مستقیم، مدل عدم اعمال است. اگر مدل اعمال مستقیم مناسب شناخته نشود، سیستم قضایی می‌تواند به گزینه‌هایی چون اعمال غیرمستقیم و همچنین استفاده از مدل‌های اعمال حقوق توسط دادگاه‌ها متوسل شود. استفاده از مدل‌های مذکور می‌تواند به ایجاد شرایط سخت و نامطلوب منجر شود. بنا بر بحث چهارم، مطلوب است که روشی شفاف و واضح در پیش گرفته شود و چنانچه مدل عدم اعمال کارایی نداشت، مطلوب است که تمامی روش‌ها بررسی گردد و در نهایت مدل اعمال مستقیم به‌عنوان مدل مطلوب برگزیده شود.

۳-۱- مباحث زمینه‌ای بر ضد اعمال مستقیم

نقاط آغازین این بحث همان شروطی در حقوق پایه هستند که مشخص می‌کنند مخاطب اصلی و مفرد این حقوق دولت است. در وهله اول، حقوقی بشری وجود دارند که رویه تدوین آن‌ها به‌صورتی بوده که تنها دولت می‌تواند آن‌ها را نقض نماید. به‌عنوان مثال در قانون پایه کرامت انسانی و آزادی آمده است هیچ حقی دال بر محدود نمودن و ایجاد مشکل برای آزادی یک فرد به‌موجب زندانی کردن، دستگیری، استرداد و یا به‌واسطه هر شیوه دیگری وجود ندارد. در این ماده قانونی زندانی کردن، دستگیری و یا استرداد، اموری کاملاً دولتی هستند. در وهله دوم، در امتداد به‌رسمیت‌شناختن حقوق بشر در شق «باز» و نامحدود، قوانین پایه مشخص‌کننده محدودیت‌هایی هستند که ممکن است بر این حقوق اعمال شوند. در برخی حقوق پایه، بندهایی با موضوع محدودیت وجود دارند. باید به این نکته توجه داشته باشیم بندهای مذکور به‌هیچ‌روی ناظر بر روابط بین شهروندان با یکدیگر نیستند. بنابراین، چنین به نظر می‌رسد که قوانین پایه، تنها در مورد دولت تدوین شده‌اند؛ چراکه میسر نیست که حقوق بشر را در روابط بین طرفین حقوق خصوصی به رسمیت شناخت، بدون اینکه در نظر داشته باشیم که حقوق مختلف می‌توانند یکدیگر را محدود کنند. در وهله سوم، اگر قوانین پایه در روابط بین طرفین حقوق خصوصی هم اعمال شوند، این بدان معناست که نه‌تنها یکی از طرفین در قبال طرف دیگر دارای حقی است،

بلکه یکی از طرفین الزاماتی را در قبال طرف دیگر اجرایی خواهد نمود. در حقوق عرفی، نمی‌توان هیچ‌یک از حقوق بشر را نقض و یا محدود نمود؛ مگر اینکه قانونگذار به‌صراحت چنین چیزی را مجاز نموده باشد. در نبود یک شرط صریح قانونی که اعمال حقوق پایه را در روابط حقوق خصوصی مجاز کند، قوانین پایه را نمی‌توان در این روابط اعمال نمود. در وهلهٔ چهارم، قوانین پایه مشتمل بر بندهای «احترام»^۱ هستند و بر اساس این بندها هر مقام دولتی، موظف است به حقوقی احترام بگذارد که در قوانین پایه ذکر شده‌اند. بر پایهٔ این بندها می‌توان چنین استنباط نمود که حفظ حقوق پایه، تنها بر عهدهٔ دولت است و نه طرفین حقوق خصوصی.

۴-۱- مباحث ماهوی بر ضد اعمال مستقیم

اولین بحث ماهوی این است که مخاطب اصلی تکلیف‌های تعیین‌شده در قانون اساسی با موضوع حقوق بشر همیشه دولت است.^۲ این نگرانی وجود دارد که دولت در لباس قانونگذار و یا عامل اجرایی، حقوق بشر را نقض کند و تنها راه پیشگیری از این مسئله تخصیص دادن جایگاه فراقانونگذاری (یا مبتنی بر قانون اساسی) هنجاری به حقوق بشر است. درحقیقت، حقوق بشر تضمین‌شده در روابط بین طرفین حقوق خصوصی نیازمند هیچ‌گونه جایگاهی در قانون اساسی نیستند؛ چراکه قانونگذاری عادی و یا حقوق عرفی برایشان کفایت می‌کند. تضمین حقوق بشر به‌موجب قانون اساسی درحقیقت حفاظت از این حقوق در مقابل دولت است.

در بحث ماهوی دوم این گونه آمده است که قوانین پایه به دنبال اعطای حقوق پایه مبتنی بر قانون اساسی به طرفین حقوق خصوصی هستند. اگر ما شروط قوانین پایه را در روابط طرفین حقوق خصوصی هم اعمال کنیم، متوجه خواهیم شد که قوانین پایه، تنها حقوق را اعطا نمی‌کنند؛ بلکه آن‌ها را هم نقض می‌نمایند؛ چراکه اعطای حق به یکی از طرفین حقوق خصوصی به معنای ملزم‌نمودن طرف دیگر به انجام کاری است. از این‌رو، نقض حقوق پایه در سطح قانون اساسی هم وجود دارد. این نتیجه‌گیری، غیرقابل دفاع است. قوانین پایه باید به طرفین حقوق خصوصی، حقوق پایهٔ حفاظت‌شده را اعطا کنند؛ نه اینکه این حقوق را از آن‌ها سلب نمایند.

¹ Respect clauses

² See K. Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in W. Tarnopolsky and G. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Carswell, 1982) 41.

بحث ماهوی سوم مرتبط با بحث دوم و به نوعی مشتق شده از آن است. بر اساس بحث سوم، اعمال حقوق بشر تصریح شده در قوانین پایه در روابط بین طرفین حقوق خصوصی، برحسب ماهیت امور، نیازمند انجام موازنه بین حقوق متفاوت است. این احتمال وجود دارد که احقاق حقوق یک نفر باعث نقض حق شخص دیگری شود. از آنجایی که حقوق پایه دارای «بندهای محدودکننده»^۱ با موضوع محدودنمودن برخی حقوق افراد به دلیل احقاق حقوق اشخاص دیگر نیستند، نتیجه واضحی که حاصل می شود این است که قضات باید نسبت به ایجاد این بندهای محدودکننده اقدام کنند. در این صورت، قضات قدرت قانونی زیادی به دست می آورند، بدون اینکه قانون اساسی، راهنمایی برای استفاده از این قدرت تدوین نموده باشد. به علاوه، زمانی که پارلمان به دنبال محدودنمودن حقوق بشری است که دولت مخاطب آن‌ها از «بندهای محدودکننده» استفاده می کند. نبود بندهای محدودکننده در روابط بین طرفین حقوق خصوصی در روابط بین طرفین حقوق خصوصی مانع از ایجاد موازنه بین حقوق بشری می شود که در قوانین پایه به آن‌ها اشاره شده است. در نبود چنین موازنه‌ای، امکانی برای اعمال حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی در روابط بین طرفین حقوق خصوصی وجود ندارد.

۲- مدل عدم اعمال: بحث‌های موافق و مخالف

۱-۲- بحث‌هایی در دفاع از عدم اعمال

مباحث زمینه‌ای که در دفاع از مدل عدم اعمال ارائه شده‌اند، شبیه به بحث‌هایی هستند که بر ضد مدل اعمال مستقیم ارائه شده بودند. چنین مسئله‌ای در مورد مباحث ماهوی مرتبط هم صادق است.^۲ درحقیقت، مدل عدم اعمال درست در نقطه مقابل مدل اعمال مستقیم قرار می‌گیرد. مدل اعمال مستقیم، مبتنی بر این فرض است که قصد قانون اساسی در هر مورد مربوط به حقوق بشر، حفاظت از حقوق طرفین خصوصی در مقابل دولت بوده و هیچ‌گونه تمایلی دال بر حفاظت از حقوق طرفین خصوصی در مقابل دیگر وجود نداشته است. روابط بین طرفین حقوق خصوصی از دیرباز، تنها توسط حقوق خصوصی نظارت می‌شده‌اند.^۳ افزون بر این، نتیجه نهایی اعمال شروط قانون اساسی مرتبط با حقوق بشر در روابط بین طرفین حقوق خصوصی، تنها نقض حقوق بشر است. به‌عنوان مثال، اگر منع تبعیض به‌عنوان

¹ Limitation clauses

² Ibid

³ Ibid

یکی از حقوق بشر در روابط بین طرفین حقوق خصوصی اعمال شود، آیا این مسئله به این معناست که شخصی که وصیت می‌کند نمی‌تواند بین وراثت فرق بگذارد و یک فروشنده نمی‌تواند بین خریداران تمایز قائل شود؟ در این صورت، اگر شروط مبتنی بر قانون اساسی با موضوع حقوق بشر در روابط بین طرفین خصوصی اعمال شوند، تکلیف استقلال اراده افراد و به صورت اخص، آزادی قراردادی چیست؟ اگر بگوییم که راه‌حل، انجام موازنه بین حقوق مختلف بشری است، چگونه باید این موازنه را انجام داد؟ در قانون اساسی، فرمولی برای موازنه حقوق در روابط بین دولت و طرفین حقوق خصوصی وجود دارد؛ اما فرمولی برای موازنه حقوق بین طرفین حقوق خصوصی تدوین نشده است. آیا فرمول موازنه‌کننده حقوق در روابط بین طرفین حقوق خصوصی همان فرمولی است که برای موازنه حقوق بین دولت و طرفین حقوق خصوصی به کار گرفته می‌شود؟ آیا هر عملی که دولت مجاز به انجامش نیست برای طرفین حقوق خصوصی هم ممنوع است؟ پاسخ به این پرسش‌ها کمی دشوار است. بسیاری از چیزهایی که طرفین حقوق خصوصی مجاز به انجامشان هستند (مانند فرق قائل شدن بین وراثت) برای دولت مجاز نیست (تبعیض قائل شدن در قانونگذاری). اگر بگوییم که فرمول موازنه در اختلاف‌های بین طرفین حقوق خصوصی مسئله‌ای متفاوت است، ماهیت این تفاوت چیست؟ شایسته نیست که مدافعان مدل عدم اعمال بحث کنند که دادگاه این فرمول موازنه را ایجاد خواهد نمود؛ چراکه نتیجه پایانی چنین کاری نقض حقوق بشر خواهد بود.

بر این اساس، در هر چیزی مرتبط با روابط بین طرفین حقوق خصوصی باید به حقوق خصوصی و مقیاس‌های موجود در آن مراجعه کنیم؛ بدون اینکه توجهی به آثار و میزان نفوذ شروط قانون اساسی داشته باشیم. بدیهی است که موارد مرتبط با قانون اساسی باید در حوزه حقوق عمومی باقی بمانند. واضح است که مرز بین حقوق خصوصی و عمومی، شفاف و نفوذناپذیر نیست. روابط متقابل بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی همواره وجود داشته‌اند. در تلفیق آموزه‌ها و دکترین‌های حقوق خصوصی و حقوق عرفی، قاضی حقوق عمومی را مدنظر قرار می‌دهد. این تلفیق تنها انعکاس‌دهنده نیاز به بررسی ساختار کلی جامعه، قانون و اعتقادات جامعه است و مبتنی بر اعمال مستقیم و یا غیرمستقیم شروط قانون اساسی مرتبط با حقوق بشر در حقوق خصوصی نیست. قاضی مک اینتایر از دادگاه عالی این نکته را در یک پرونده کانادایی مورد توجه قرار داد و اذعان نمود که موارد موجود در منشور کانادایی حقوق بشر و آزادی‌های

فردی در حقوق خصوصی اعمال نمی‌شوند:^۱

این مسئله کاملاً متفاوت با پاسخ به این پرسش است که آیا سیستم قضایی باید نسبت به اعمال و توسعه اصول حقوق عرفی به صورتی سازگار با ارزش‌های تصریح شده در قانون اساسی اقدام کند یا خیر. پاسخ به این پرسش باید به صورت تأییدی باشد. در این صورت، منشور مذکور، فاصله زیادی دارد با دعوی خصوصی‌ای که باید توسط حقوق عرفی حل و فصل شوند. زمانی که یکی از طرفین حقوق خصوصی نسبت به دیگری وظیفه‌ای مبتنی بر قانون اساسی دارد، موضوع فرق می‌کند. داشتن وظیفه مبتنی بر قانون اساسی می‌تواند مبنای به‌کارگیری مفاد منشور و یا استفاده از آن دفاعیات طرح شده باشد.

بر اساس رویکرد یادشده، اگر بر اساس رأی دادگاه یکی از طرفین حقوق خصوصی برای آسیب‌های واردشده توسط طرف دیگر مستحق دریافت خسارت شود، چنین مسئله‌ای را نمی‌توان بر اساس استانداردهای موجود در قانون اساسی ارزیابی نمود. الزام دولت به احترام به حقوق طرفین خصوصی، دادگاه‌ها را ملزم نمی‌کند که به شیوه‌ای مشابه حقوق طرفین حقوق خصوصی را به رسمیت بشناسند. دادگاه‌ها در مورد اختلاف‌هایی به طرفیت طرفین حقوق خصوصی تصمیم‌گیری می‌نمایند و رأی صادر می‌کنند و این تمام ماجراست و نه چیزی بیشتر. به تبع این مسئله، این احتمال وجود دارد که دادگاه تصمیم بگیرد که قراردادی که ناقض حقوق بشر است (مانند نقض حق آزادی حرفه و پیشه) برخلاف سیاست عمومی و در نتیجه باطل است. دادگاه این مسئله را به همان شیوه‌ای عملی می‌کند که در گذشته انجام می‌داد؛ بدون اینکه حقوق بشر در شق مبتنی بر قانون اساسی را در این رویه دخیل نماید.

۲-۲- مباحث ضد مدل عدم اعمال

بحث‌هایی که در حمایت از مدل اعمال مستقیم ارائه شدند، شبیه به بحث‌هایی هستند که بر ضد مدل عدم اعمال حقوق ارائه گردیدند. خطرهای متوجه حقوق بشر نه تنها از سوی دولت بلکه از سوی طرفین حقوق خصوصی به‌ویژه طرفین قدرتمند و ذی‌نفوذی مانند برخی شرکت‌های خصوصی قابل پیش‌بینی هستند. اگر یک شهر کوچک مجاز به اعمال تبعیض در قبال شهروندانش نیست (چراکه به‌عنوان بخشی از دولت حق چنین کاری را ندارد) چرا یک شرکت

¹ In the case of Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573 at 603.

بزرگ خصوصی باید مجاز به چنین کاری در قبال کارمندانش باشد؟ به علاوه، اگر بگوییم که حقوق بشر در قانون اساسی خطاب به دولت تدوین شده‌اند، تکلیف قوانینی که حقوق و الزاماتی را به واسطه قانون معامله، قانون گارانتی و قانون نمایندگی برای افراد مشخص می‌کنند چیست؟ آیا قانونگذار آزاد است تا بنا بر اراده خود محتوای این قوانین را تعیین کند بدون اینکه محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی را بر آن‌ها اعمال کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ این است که وضع قانون یک عمل دولتی است و بر این اساس محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی باید در مورد آن اعمال شود؛ حتی اگر محتوای قوانین تنها مرتبط به روابط بین طرفین حقوق خصوصی باشد.

اگر اوضاع بر این روال است، چرا قانون مشابهی در مورد دادگاه‌های حقوق عرفی به طرفیت طرفین حقوق خصوصی اعمال نمی‌شود؟ آیا مفهوم «قانونگذاری قضایی»^۱ (وضع قانون به صورت تفویض شده) نباید به صورت مستقیم شامل اعمال محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی شود؟ اگر حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی خطاب به دادگاه‌ها هم هست و توسعه حقوق عرفی با موضوع روابط بین طرفین حقوق خصوصی و دولت را محدود می‌کند، چرا چنین محدودیتی، به شیوه‌ای که برای قانونگذار اعمال می‌شود، در توسعه روابط طرفین حقوق خصوصی اعمال نمی‌شود؟ اگر ما بر این باور باشیم که شروط قانون اساسی با موضوع حقوق بشر دادگاه‌ها را به‌عنوان مخاطب خود قلمداد نمی‌کنند، آیا منطقی است که یک دادگاه نسبت به توسعه حقوق عرفی و احقاق حقوق یک طرف خصوصی در قبال دولت اقدام کند، بدون اینکه محدودیت‌های تصریح شده در قانون اساسی را مدنظر داشته باشد؟ درحقیقت، مفهوم دادگاه به‌عنوان یک نهاد دولتی، ملزم به پذیرش و اجرای محدودیت‌های ذکر شده در قانون اساسی، خود تأییدی است بر این مسئله که مدل عدم اعمال حقوق نمی‌تواند به موجودیت خود ادامه دهد؛ حتی اگر از نفوذ حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی به‌موجب مدل اعمال مستقیم جلوگیری کند. درنهایت، شروط مبتنی بر قانون اساسی توسط دادگاه‌ها به‌عنوان نهادهای دولتی اعمال خواهند شد و اگر چنین شود، مطلوب است که دستیابی به نتایج مناسب توسط مدل اعمال مستقیم حاصل شوند تا مدل اعمال حقوق توسط دادگاه‌ها.

¹ For judicial legislation, see A. Barak, *Judicial Discretion* (New Haven: Yale University Press, 1989) at 147.

به هر روی، اگر بگوییم که مدل عدم اعمال حقوق در مقابل مدل اعمال حقوق توسط دادگاه‌ها به موجودیت خود ادامه می‌دهد، نتیجه سخت و نامناسب خواهد بود. آنچه دولت به صورت مستقیم به انجام نمی‌رساند (به واسطه قانونگذاری) به صورت غیرمستقیم و به واسطه دادگاه‌ها محقق خواهد نمود. در این صورت، از حقوق طرفین حقوق خصوصی به درستی محافظت نمی‌شوند. به علاوه، اگر حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی در روابط بین طرفین حقوق خصوصی اعمال نشوند، چه قانونی باید در مورد دولت اعمال شود، زمانی که در حیطه حقوق خصوصی عمل می‌کند؟ آیا در چنین مواردی دولت مخاطب حقوق بشر تصریح شده در قانون اساسی است؟ مدل عدم اعمال حقوق پاسخ‌های متناقضی ارائه می‌دهد و به نتایج نامطلوبی منجر خواهد شد.

یکی از پاسخ‌های محتمل این است که شروط قانون اساسی درحقیقت تنها دولت را به عنوان مخاطب خود در نظر دارند و وقتی که دولت در حیطه حقوق خصوصی عمل می‌کند، به عنوان یکی از طرفین حقوق خصوصی مطرح است و نه دولت. این پاسخ به زعم منتقدان، راضی‌کننده نیست.¹ معقول نیست که یک دولت بتواند تبعیض قائل شود، حق آزادی بیان، حق حرکت و دیگر حقوق بشر را نقض کند، تنها به این دلیل که لباس خود را عوض کرده است. هیچ گونه تغییری در هویت و ماهیت دولت به وجود نیامده و مناسب است که محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی همچنان اعمال شوند. الزامات دولت در مقابل طرفین حقوق خصوصی به موجب قانون، وظایف دولت هستند و دولت ملزم است تا این وظایف را در تمام اعمالش رعایت کند.

این احتمال وجود دارد که مدل عدم اعمال حقوق در موقعیت متضادی قرار بگیرد: شروط قانون اساسی در مورد حقوق بشر در زمانی که دولت‌ها در حیطه حقوق خصوصی هم عمل می‌کنند اجرایی می‌شوند. این پاسخ باعث ایجاد طیفی از دشواری‌ها و پرسش‌ها می‌شوند؛ از جمله اینکه دولت در این موقعیت چگونه تعریف می‌شود؟ آیا یک شرکت دولتی به مثابه همان دولتی است که مخاطب قانون اساسی است؟ چگونه می‌توانیم حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی را با دولت تطبیق دهیم، زمانی که دولت در حیطه حقوق خصوصی عمل می‌کند و بحث‌های مختلفی بر ضد اعمال حقوق بشر در حیطه حقوق خصوصی مطرح هستند؟

¹ See R. D. Gibson, "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982-1983) 12 Man. L.J. 213; B. Slattery, "Charter of Rights and Freedoms - Does it Bind Private Persons" (1985) 63 Can. Bar. Rev. 148; Y. de Montigny, "Section 32 and Equality Rights" in A. Bayefsky and M. Eberts, eds., Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms (Toronto: Carswell, 1985) 565; A. McLellan and B. P. Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986) 24 Alberta L. Rev. 361; W. Lederman, "Democratic Parliaments, Independent Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1985) 11 Queens L.J.

اعمال حقوق بشر می‌تواند ناقض استقلال فردی باشد؛ چراکه الزاماتی را بر اشخاص تحمیل می‌کنند. اگر حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی در مورد دولت در حقوق خصوصی اعمال شوند، قطعاً محدود به تحمیل الزامات نخواهند بود؛ بلکه بیشتر به معنای اعطای حقوق هستند. در اینجا، دولت محق است تا طرفین حقوق خصوصی را ملزم به انجام برخی امور کند. اگر اوضاع بر این منوال باشد، چگونه می‌توانیم این نتیجه‌گیری را، که مدل عدم اعمال حقوق حاضر به پذیرش آن است، با این ادعا که این نتیجه فاجعه‌بار و نامطلوب است وفق دهیم؟

به‌علاوه، بحث شده است که حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی نباید در حقوق خصوصی اعمال شوند؛ چراکه قانون اساسی، برای حقوق بشر، بند محدودکننده‌ای تعیین نکرده است. چگونه می‌توان بر این مانع غلبه نمود، زمانی که دولت در حوزه حقوق خصوصی فعالیت می‌کند؟ بند محدودکننده که در مورد فعالیت‌های قانونگذاری دولت اعمال می‌شود، در مورد دولت در چهارچوب حقوق خصوصی اعمال نمی‌شود. در این صورت، محدودیتی که بر دولت در چهارچوب حقوق خصوصی اعمال می‌شود کدام است؟ اگر بگوییم که دادگاه‌ها نسبت به تدوین فرمول‌های متعادل‌کننده مناسب برای روابط بین دولت (به‌عنوان یکی از طرفین حقوق خصوصی) و دیگر طرفین این حقوق اقدام می‌کنند، چرا دادگاه‌ها نمی‌توانند چنین فرمول‌ها و یا موارد مشابهی را برای روابط بین طرفین حقوق خصوصی ایجاد کنند؟

۳-۲- مدل اعمال غیرمستقیم: مباحث مخالف و موافق

۱-۳-۲- مباحث موافق اعمال مستقیم

مدل اعمال غیرمستقیم مانند مدل اعمال مستقیم، حقوق بشر به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی را در روابط بین طرفین حقوق خصوصی هم به رسمیت می‌شناسد. بیشتر بحث‌هایی که در حمایت از مدل اعمال مستقیم مطرح شده‌اند، حامی مدل اعمال غیرمستقیم هم هستند. بر اساس عقیده مدافعان، مزیت این مدل این است که پاسخی برای برخی انتقاداتی دارد که علیه مدل اعمال مستقیم طرح شده‌اند. نقطه آغاز مدل اعمال غیرمستقیم این است که حقوق خصوصی ناظر بر روابط بین طرفین حقوق خصوصی، همیشه حقوق بشر را مدنظر داشته است. در خاستگاه قوانین حقوق خصوصی بشری چون فردیت، درک نفس و کرامت انسانی^۱ قرار دارند. قوانین خاص حقوق خصوصی مانند حفظ اعتبار و خوشنامی و حق مالکیت انعکاس‌دهنده

1. Personhood, self-realization and dignity

حقوق طرفین حقوق خصوصی هستند (در مقابل دولت و دیگر طرفین حقوق خصوصی). ارزش‌هایی چون «حسن‌نیت»، «تعقل» و «مسامحه»^۱ انعکاس‌دهنده موازنه مناسب بین حقوق بشر متضاد هستند. با این حال، حق یک طرف دال بر آزادی عمل می‌تواند به معنای نقض حق طرف دیگر دال بر حفظ تمامیت فیزیکی خودش باشد.

این موازنه در نهادهای گوناگون حقوق خصوصی مانند «مسامحه» قابل مشاهده است. یکی دیگر از نهادهای حقوق خصوصی که جایگاه خوبی برای جذب حقوق بشر است، برخاسته از مفهومی منتج از قانون اساسی به نام «سیاست عمومی»^۲ است. بر اساس ادعای مدافعان مدل اعمال غیرمستقیم، «سیاست عمومی» انعکاس‌دهنده جایگاه حقوق بشر در قانون اساسی است. آزادی انعقاد یک قرارداد و آزادی حرفه و پیشه، هر دو از آزادی‌های تصریح‌شده در قانون اساسی هستند. زمانی که یک قراردادی را با جان منعقد می‌کند تا آزادی حرفه جان را محدود نماید، آزادی‌های مختلف در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند. آزادی‌های این‌چنینی از دیرباز در مقابل یکدیگر قرار می‌گرفتند تا زمانی که این تقابل‌ها در چهارچوب اصل «سیاست عمومی» مورد حل‌وفصل قرار گرفتند. سنجش وزن حقوق متقابل بر اساس جایگاهی که در قانون اساسی دارند، مبنای عمل بوده است. درحقیقت، «سیاست عمومی» دریچه‌ای است که ارزش‌های قانون اساسی به حقوق خصوصی راه پیدا می‌کنند.

زمانی که حقوق بشر وارد حقوق خصوصی شدند، سیستم ویژه‌ای برای حقوق بشر در حقوق خصوصی ایجاد نشد. به بیان دیگر، دو سیستم برای اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی و حقوق عمومی ایجاد نشدند و همواره یک سیستم برای اعمال حقوق بشر وجود داشته است. در گذشته، حقوق بشر به نوعی در قوانین حقوق عرفی تنیده شده بودند و بدیهی است که قوانین حقوق عرفی هم در هیچ کتابی ثبت نشده‌اند. امروزه، این حقوق در نرم فراقانونگذاری وجود دارند. به همین منوال، در گذشته حقوق بشر عرفی به‌واسطه اصطلاحات ارزشی^۳ به حقوق خصوصی نفوذ می‌کردند و امروزه حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی، خود به‌واسطه همین اصطلاحات به حقوق خصوصی وارد می‌شوند. تفاوت در جایگاه تخصیص‌داده‌شده در قانون اساسی، احتمالاً باعث ایجاد تفاوت در نتیجه خواهد شد.

¹ Good faith, reasonableness and negligence

² Public policy

³ Value terms

به عنوان نمونه، یک کارفرمای بخش خصوصی را در نظر بگیرید که کارگری را به دلیل ابراز عقیده سیاسی‌اش اخراج می‌کند. این طرز برخورد، قطعاً غیرقانونی است. زمانی که حق آزادی بیان در قانون اساسی تصریح نشده باشد، این شیوه برخورد غیرقانونی محتملاً با جبران خسارت و مواردی از این دست مدیریت می‌شود و نه با انجام عملی خاص. در نقطه مقابل، اگر جایگاه حق آزادی بیان در قانون اساسی همان جایگاه فراقانونگذارانه باشد، این احتمال بسیار بالاست که کارفرما در ازای عملی که مرتکب شده، ملزم به انجام فعلی خاص شود. در نظر گرفتن جایگاه هنجاری حق آزادی بیان، این حق را در حقوق خصوصی تقویت می‌کند و دادگاه را قادر می‌سازد تا خاطی را برای جبران خسارت، ملزم به انجام فعلی خاص شود. در گذشته سابقه نداشتن است. یک رستوران‌دار را در نظر بگیرید که از ارائه خدمات بنا بر دلایل تبعیض‌آمیز خودداری می‌کند. اگر حق برابری، تنها در حقوق عرفی وجود داشته باشد، رستوران‌دار تنها در مذاکرات منتج به معامله دارای حسن‌نیت تلقی می‌شود؛ چراکه دلیل عدم ارائه خدمات را توضیح داده است. حق برابری، آن قدر قدرت ندارد که در مقابل حق آزادی قراردادی رستوران‌دار قرار بگیرد. همین رستوران‌دار در صورتی که حق برابری در قانون اساسی تصریح شده باشد، به نداشتن حسن‌نیت در مذاکرات تجاری متهم می‌شود. مزیت مدل اعمال غیرمستقیم بر مدل اعمال مستقیم این است که مدل غیرمستقیم از ابزارهای حقوق خصوصی استفاده می‌کند. این ابزارها محتملاً ابزارهایی قدیمی هستند که محتوای جدید به آن‌ها اضافه شده‌اند و یا اینکه ابزارهای جدیدی هستند که توسط حقوق خصوصی با شیوه‌های مختص به خودش برای بیان محتوای جدید ایجاد شده‌اند.

۲-۳-۲- مباحث مخالف اعمال غیرمستقیم

مباحثی که در مخالفت با مدل اعمال غیرمستقیم طرح شده‌اند، اصولاً همان مباحثی هستند که در ضدیت با مدل اعمال مستقیم مطرح گردیده‌اند. بدیهی است که اگر حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی تنها در مقابل دولت مورد حفاظت قرار بگیرند، نمی‌توان آن‌ها را به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم در روابط بین طرفین حقوق خصوصی اعمال نمود. مدل اعمال غیرمستقیم سعی می‌کند تا فرایند هضم حقوق عمومی در حقوق خصوصی را تسهیل کند؛ اما این تسهیل‌سازی گمراه‌کننده است؛ چراکه این ایده در خاستگاه خود ارزنده نیست. اگر کرامت انسانی، آزادی و حق مالکیت حقوق مبتنی بر قانون اساسی باشند که باید در مقابل دولت حفاظت شوند، چگونه می‌توانند در ایجاد سیاست عمومی مرتبط با روابط بین طرفین حقوق خصوصی نقش داشته

باشند؟ چرا در قراردادی که برخلاف سیاست عمومی، آزادی حرفه را محدود می‌کند، اصل آزادی حرفه و پیشه تنها در مقابل دولت اعمال می‌شود و طرفین حقوق خصوصی را مقید نمی‌کند؟

۳- اعمال مدل دادگاه: مباحث موافق و مخالف

۳-۱- مباحث موافق اعمال غیرمستقیم

اعمال مدل دادگاه، گونه‌ای متفاوت با سه مدل پیشین امکان‌پذیر است. مدل‌های پیشین، همگی بر روی یک طیف وجود داشتند؛ درحالی‌که مدل چهارم (یا همان مدل دادگاه) در دسته‌بندی کاملاً متفاوتی قرار دارد.^۱ اهمیت اصلی این مدل در موقعیت‌هایی مشخص می‌شود که متن قانون اساسی مشخص می‌کند که حقوق بشر تنهاوتنها در مقابل دولت قابل مطالبه هستند. شروط قانونی مرتبط با حقوق بشر در چنین موقعیت‌هایی خطاب به دادگاه‌ها هم هستند و آن‌ها را ملزم به توسعه حقوق عرفی، تفسیر قوانین و یا چاره‌جویی‌های خاص می‌کنند و تمامی این موارد در راستای تحقق بخشیدن به حقوق بشر و نه ضدیت با آن‌ها هستند. به‌عنوان مثال، در یک سیستم حقوقی نوعی زمانی که حق آزادی بیان در قانون اساسی به زبانی تصریح شده که دولت را از نقض آزادی بیان بازمی‌دارد، دادگاه‌ها باید حقوق عرفی را به‌صورتی توسعه دهند که قوانین مرتبط با افتراء^۲ باعث نقض حق آزادی بیان نشوند. بر این اساس، در ایالات متحده تصمیم‌گیری شده است که قوانین عرفی مرتبط با افتراء و تهمت باید مسامحه و بی‌اعتنایی را به‌عنوان دفاع توسط چهره‌های مشهور سیاسی و هنری به رسمیت بشناسند.^۳

درحقیقت، دادگاه بازوی دولت است. زمانی که دادگاه صحبت می‌کند، دولت صحبت می‌کند و زمانی که دادگاه عمل می‌کند درحقیقت دولت عمل کرده است. دادگاه، یک مقام دولتی است و حقوق بشر باید در مقابل این نهاد دولتی هم حفاظت شوند. در یک سیستم حقوقی که حیطة مصوبات قانونگذار محدود شده‌اند و قانونگذار باید در چهارچوب بندهای محدودکننده قانون اساسی عمل کند، دلیلی برای معاف کردن حقوق عرفی (به‌عنوان مخلوق دادگاه‌ها) از تمامی محدودیت‌ها وجود ندارد.

به‌علاوه، اگر حقوق عرفی موضوع حقوق پایه مبتنی بر قانون اساسی باشد، هر قانون مفرد

¹ See Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory" 48 Mar. L. Rev. 247 (1989).

² Rules of defamation

³ As indeed the Supreme Court decided in *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

هم باید موضوع این حقوق باشند. در این صورت، هیچ تمایزی بین عمل به یک نرم هنجاری عمومی ایجاد شده توسط محاکم که منجر به توسعه حقوق عرفی می‌شود و یک حکم مفرد صادر شده برای حل یک اختلاف نوعی بین طرفین حقوق خصوصی وجود ندارد. زمانی که دادگاه حکمی صادر می‌کند و یک قرارداد تبعیض‌آمیز را اجرایی می‌کند، قدرت در دستان دولت قرار می‌گیرد. دولت در این موارد با ابزارهای متفاوتی مشتمل بر اصول اهانت به دادگاه‌ها^۱ عمل می‌کند و حق برابری یکی از طرفین حقوق خصوصی را نقض می‌کند. بنابراین، این رویه ناقض وظیفه دولت دال بر عدم اعمال تبعیض است.^۲ این نتیجه به هر روی نباید حاصل شود؛ چراکه اصل حاکمیت قانون و یا همان حاکمیت قانون اساسی باید در مورد دادگاه‌ها هم اجرایی شود.^۳

۲-۳- مباحث موافق اعمال غیرمستقیم

مدل دادگاه‌ها با انتقادات بسیار زیادی مواجه بوده است. در وهله نخست، هنگامی که دادگاهی حکمی را صادر می‌کند این حکم موضوع حقوق بشر مبتنی بر قانون اساسی نیست. در این مورد، دادگاه به‌عنوان یک نهاد بی‌طرف عمل می‌کند که تعیین‌کننده حقوق و الزامات است. درحقیقت، اگر جک محق باشد تا در قبال جان، تبعیضی قائل شود و دادگاه چنین امکانی را مهیا سازد (به‌موجب قضاوت، تعیین خسارت، اجرایی نمودن قانون و یا بی‌اعتبار نمودن قرارداد) دادگاه الزام دولت دال بر عدم اعمال تبعیض را نقض نکرده است. تمام کاری که دادگاه انجام می‌دهد، به‌رسمیت‌شناختن عدم اعمال اصل برابری در حقوق خصوصی است. قاضی مکتئیر به این موضوع پرداخته است:^۴

هنگامی که در ادبیات سیاسی قابل قبول است که دادگاه‌ها را به‌عنوان یکی از سه شاخه اصلی دولت مشتمل بر مقننه، مجریه و قضائیه به حساب بیاوریم، من بشخصه نمی‌توانم در راستای اعمال منشور حقوق بشر، حکم دادگاه را به‌عنوان یک عمل دولتی به حساب بیاورم. این مسئله به این معنا نیست که دادگاه‌ها مقید به مفاد منشور نیستند. بدیهی است که دادگاه‌ها مقید به مفاد منشور هستند، به‌صورتی که مقید به قانون می‌باشند. عمل به قانون وظیفه آن‌هاست؛ اما در عمل به این وظیفه به‌عنوان داوران بی‌طرف عمل می‌کنند و نه به‌عنوان طرفین مدعی که در

¹ Principles of contempt of court

² See *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

³ See Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., (Toronto: Carswell, 1992) at 842.

⁴ In the case of *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 at 603.

یک دعوا ذی نفع هستند.

درحقیقت، اگر ما رأی دادگاه برای حل یک اختلاف را موضوع محدودیت‌های قانون اساسی بدانیم، در این صورت تمامی حقوق مبتنی بر قانون اساسی طرفین حقوق خصوصی در مقابل دولت به حقوق قابل مطالبه طرفین حقوق خصوصی تبدیل می‌شوند. از این رو، هدف قانون اساسی محقق نخواهد شد. برای غلبه بر این مشکل، دادگاه می‌تواند دو رویکرد متفاوت و مجزا اتخاذ نماید و بین مواردی که تنها آزادی عمل طرفین حقوق خصوصی در حقوق خصوصی را به رسمیت می‌شناسد (صرف نظر از وجود محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی) و مواردی که در آن‌ها تحت عنوان دولت عمل می‌کند (موضوع محدودیت‌های تصریح شده در قانون اساسی) تمایز قائل شود، اگر دادگاه به واقع خواستار اعمال چنین تمایزهایی باشد و حقوق تطبیقی مؤید تلاش‌های بسیاری باشد که در این راستا صورت گرفته‌اند، اعمال مدل دادگاه با انتقاد دیگری مواجه خواهد شد. به موجب این انتقاد، تمایز بین مواردی که در آن‌ها دولت به عنوان داور بی طرف و خارج از محدودیت‌های قانون اساسی عمل می‌کند و مواردی که دولت در جایگاه خود به عنوان دولت و در چهارچوب محدودیت‌های تصریح شده در قانون اساسی عمل می‌کند، تصنعی است؛ چرا حکمی که یک قرارداد تبعیض آمیز را اجرایی می‌کند، به معنای نقض وظیفه دولت دال بر عدم تبعیض است؛^۱ اما حکمی که بر اساس آن آیین‌نامه‌های داخلی یک انجمن و یا هر مجمع دیگری (که بنا بر برخی ملاحظات تبعیض آمیز از پذیرش برخی افراد خودداری می‌کند) معتبر است نقض الزام دولت دال بر عدم تبعیض به حساب نمی‌آید؟^۲ بیایید به مثال رستوران‌داری بازگردیم که به دلایل نژادپرستانه از ارائه سرویس به برخی افراد خودداری می‌کند و در قبال شخصی که رستوران وی را ترک نمی‌کند، تبعیض قائل می‌شود. رستوران‌دار به دادگاه می‌رود و تقاضا می‌کند تا حکمی صادر شود و وی بتواند برخی افراد را از رستوران بیرون کند. آیا دادگاه که در این مورد در جایگاه دولت عمل می‌کند، وظیفه خود دال بر عدم تبعیض را با صدور چنین حکمی نقض می‌کند؟^۳

به واقع، هر تلاشی برای ایجاد تمایزهای معقول بین موقعیت‌های مختلفی که دادگاه در حل و فصل اختلاف‌های حقوق خصوصی با آن مواجه می‌شود، محکوم به شکست است؛ از این رو لازم است تا نسبت به انتخاب یکی از نتایج ذیل اقدام کنیم:

¹ Ibid at 600

² See *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972).

³ *Peterson v. Greenville*, 373 U.S. 244 (1963); *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964).

در وهله اول، تمامی اقدامات یک دادگاه نوعی که در راستای حل و فصل اختلاف‌های طرفین حقوق خصوصی انجام می‌شوند، اقدامات دولتی و موضوع حقوق بشر تصریح شده در قانون اساسی هستند. این رویکرد در تناقض با متن قانون اساسی بوده و مناسب نیست. نتیجه دیگری که می‌توان گرفت این است که هر فعلی را که از یک دادگاه نوعی و در جهت حل اختلاف‌های بین طرفین حقوق خصوصی صادر می‌شود، نباید به عنوان عمل دولتی در نظر گرفت که موضوع حقوق بشر تصریح شده در قانون اساسی باشد. در این صورت، مدل چهارم به نقطه فروپاشی خود می‌رسد.

نتیجه گیری

پس از خاتمه جنگ جهانی دوم، اعمال موازین حقوق بنیادین در عرصه روابط خصوصی افراد آغاز گردید. رفته رفته این باور قوت گرفت که اعمال حقوق بنیادین بشر مختص به روابط حقوقی مردم با دولت نیست؛ بنابراین ورود آن به عرصه حقوق خصوصی به ویژه مقوله قراردادهای در قوانین و رویه قضایی کشورهایی اروپایی پذیرفته شد. به مرور دولت‌ها به اساسی‌سازی حقوق بنیادین بشر اقدام کردند و تکلیف خود را تنها به عدم مداخله و احترام به حقوق بشر معطوف نمودند؛ بلکه حمایت از شهروندان در روابط با دولت را نصب‌العین خویش قرار دادند. چنانچه حق‌های بنیادین به طور مستقیم مبنای ادعا یا دفاع اطراف دعوی خصوصی قرار بگیرند و سرنوشت دعوی را تعیین بنمایند، اثر مستقیم افقی به کار بسته شده است و چنانچه عبارت‌های کلی حقوق خصوصی در پرتو آن تفسیر شوند، اثر غیرمستقیم افقی به کار گرفته شده است. حقوق بنیادین بشر از قلمرو سنتی یا همان رابطه عمودی فرد با دولت خارج شد و در روابط افقی قرار گرفت. دو شیوه رایج اعمال مستقیم و اعمال غیرمستقیم حقوق بنیادین بشر در قراردادها در دستور کار قرار گرفت. در شیوه اعمال مستقیم حقوق بنیادین بشر در قراردادها، حقوق بشر نه تنها فرد را در مقابل دولت، بلکه در برابر اشخاص حقوق خصوصی مورد حمایت قرار خواهد داد. به عنوان مثال می‌توان به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشاره نمود که اعمال حقوق بنیادین را به طرز مستقیم، ممکن ساخته است. اما در شیوه اعمال غیرمستقیم حقوق بشر در روابط خصوصی بین افراد، نیاز به ابداع قالب‌های جدید در نظام حقوقی نیست و به دلیل تقدم قواعد حقوق خصوصی بر حقوق بشر نباید اجازه داد حقوق بنیادین بشر قواعد و اصول حقوق خصوصی را از صحنه کنار گذارند و می‌توان با همان معیارها و قالب‌های سنتی به غایت مطلوب، دست پیدا نمود.

فهرست منابع

منابع فارسی

۱. اسدی، عباس (۱۳۹۶)، «تاثیر حقوق اساسی در حقوق قراردادها»، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، بهمن.
۲. شهبازی، حشمت الله (۱۳۹۶)، «حقوق بشر در حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱۹، تابستان.
۳. طهماسبی، علی (۱۳۹۱) «فزون خواهی حق های اساسی: درآمدی بر اساسی سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، پاییز.
۴. قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۹۹)، «حقوق بشر در جهان معاصر»، جلد اول، نشر شهر دانش، چاپ ششم.
۵. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۳) «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲.
۶. محمدی، زینب، سید مصطفی محقق داماد و محمد حبیبی مجنده (۱۳۹۹)، «تاثیر حقوق بشر بر قراردادها در حقوق آلمان، انگلیس و ایران»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۷، شماره ۶۵ تابستان.
۷. مولایی، یوسف و ابراهیم شعاریان (۱۳۹۳)، «نفوذ حقوق بشر در حقوق قراردادها در پرتو رویه قضایی اروپایی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۵، شماره ۴۲، بهار.
۸. مولایی، یوسف (۱۳۹۷) «مبانی نظری اعمال حقوق بنیادین در حقوق قراردادها»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۱، بهار و تابستان.
۹. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۹)، «حقوق بشر و آزادی های اساسی»، نشر میزان، چاپ ششم.
۱۰. یشربی، سیدمحمدعلی و محسن آرین (۱۴۰۰)، «دخالت دولت در قراردادهای خصوصی بر اساس نظریه تاثیر حقوق بنیادین در قراردادها»، سال ۱۸، شماره ۶۸، بهار.
۱۱. گرجی، علی اکبر (۱۳۹۹)، «در تکاپوی حقوق اساسی»، نشر جنگل، چاپ ششم.

منابع انگلیسی

1. Cf. Art. 14 of the German Basic Law (GBL). In the following, the paper occasionally refers to German law. This is done just for the

- purpose of illustration. Any particularities of the German version of the law do not play a systematic role in the argument.
2. GUNTER DORIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung [Fundamental Rights and Adjudication], in FESTSCHRIFT FOR HANS NAWIASKY 183 (1956) ("[E]s geht [bei derDrittwirkung, F.R.] um die Erhaltung der privatrechtlichen Eigenständigkeit").
 3. H. Beale & N. Pittam (2001) The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law, in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (eds.), Human Rights in Private Law, Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing .
 4. Hogg, Constitutional Law of Canada, 3rd ed., (Toronto: Carswell, 1992) at 842.
 5. K. Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in W. Tarnopolsky and G. Beaudoin, eds., The Canadian Charter of Rights and Freedoms (Toronto: Carswell, 1982) 41.
 6. N. Bamforth, The True 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act 1998, LQR 2001, p. 34-41.
 7. N. Foster & S. Sule (2016), German Legal System and Laws, third edition, Oxford: Oxford University Press .
 8. 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.
 9. Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory" 48 Mar. L. Rev. 247 (1989).
 10. Peterson v. Greenville, 373 U.S. 244 (1963); Bell v. Maryland, 378 U.S. 226 (1964).
 11. R. A. MacDonald, "Postscript and Prelude - The Jurisprudence of the Charter: Eight Theses" (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 321 at 347.
 12. R. D. Gibson, "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982-1983) 12 Man. L.J. 213; B. Slattery, "Charter of Rights and Freedoms - Does it Bind Private Persons" (1985) 63 Can. Bar. Rev. 148; Y. de Montigny, "Section 32 and Equality Rights" in A. Bayefsky and M. Eberts, eds., Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms (Toronto: Carswell, 1985) 565;
 13. A. McLellan and B. P. Elman, (1986), "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" 24 Alberta L. Rev. 361; W. Lederman,
 14. Democratic Parliaments(1985), Independent Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" 11 Queens L.J. 1

15. See, e.g., ROBERT ALEXANDER, 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 ("Conceptually then, private law, like any law in Germany, qualifies as a branch of applied constitutional law.").