

## اساسی‌سازی حقوق خصوصی و زمینه‌های شناسایی آن در نظام حقوقی افغانستان

داکتر عبدالواحد افضلی\*

چکیده

از دیدگاه حقوق طبیعی، اصل آزادی قراردادی محترم است و قرارداد نیز نتیجه توافق مشترک طرفین است؛ حتی اگر به ضرر یک طرف رابطه قراردادی باشد؛ لذا ارزش‌های ناشی از اراده باید محترم دانسته شود؛ یعنی صرفاً اراده ایجادکننده قاعده حقوقی در روابط قراردادی است؛ در حالی که در اندیشه پوزیتیسم، واقعیت‌هاوند که ارزش‌های حاکم را تعیین می‌کنند نه متأزیک. به همین دلیل، اساسی‌سازی حقوق خصوصی می‌تواند در واقعیت‌نگری کمک بیش‌تری کند و از حاکمیت صرف اراده‌ای که به ضرر یکی از طرفین رابطه قراردادی است، جلوگیری و منفعت عمومی را تأمین کند. اساسی‌سازی حقوق از طریق ارتقای حق خصوصی به جایگاه حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی اقدام و از تضمینات آن برخوردار می‌کند که به این منظور، مستلزم وجود مرجع دادرسی مستقل است که در بسیاری از کشورهایی که وجود دارد، اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیز درحال پیشرفت و تکامل است. در نظام حقوقی افغانستان با آن‌که زمینه‌های حقوقی بالقوه‌ای از

\* نویسنده و استاد دانشگاه.

اساسی‌سازی هم در قانون اساسی و هم در قانون مدنی و سایر قوانین وجود دارد؛ اما عملاً قابل تطبیق نیست که لازم است ستره‌محکمه با نگاه امروزی، با روش کارکرد غیرمستقیم، اقدام به اساسی‌سازی حقوق خصوصی و رویه قوی در این زمینه از خود به‌جای بگذارد تا در آینده زمینه‌های حمایت از طرف ضعیف‌تر در رابطه قراردادی بیش‌تر فراهم گردد.

واژگان کلیدی: مکتب حقوق طبیعی، مکتب حقوق پوزیتیویسم، اساسی‌سازی حقوق خصوصی، حقوق اساسی، دادرسی اساسی.

## مقدمه

حقوق خصوصی که به قواعد حاکم بر روابط خصوصی اشخاص می‌پردازد، اصولاً تابع قصد و اراده طرفین است. حاکمیت اراده که آزادی قراردادی را نتیجه می‌دهد، از قدرت و جایگاه بالایی برخوردار است و مراجع عمومی از دخالت در چنین روابطی منع می‌شوند. حقوق طبیعی که بر مبنای حاکمیت اراده عمل می‌کند، «قداست قرارداد» را مطرح و هنجارهای ارزشی را حاکم می‌داند؛ یعنی طرفین رابطه قراردادی به آنچه که رضایت داده‌اند، ملزم‌اند و این رابطه از تعرض مصون می‌ماند. روشن است که چنین نگرشی، زمینه‌ساز تعارض منافع را در «سطح افقی» فراهم می‌کند؛ چرا که طرفین قرارداد همیشه در سطح و جایگاه برابری نیستند. این نابرابری با وجود تعهد و ایستادگی به آرمان‌های حقوق طبیعی، نیازمند نوعی نگرش جدیدتر برای حذف یا کم‌تر ساختن آن است. به همین دلیل، اندیشه‌های پوزیتیویستی غیرافراطی در مقابل حقوق طبیعی، بر مبنای واقعیت‌نگری، مبنای ایجاد قواعد حقوقی را صرفاً بر مبنای ارزش نمی‌داند و تأمین منفعت عمومی را علاوه بر تأمین منفعت خصوصی طرفین رابطه خصوصی لحاظ می‌کند؛ از این‌رو، این اندیشه به‌دنبال «اجتماعی‌کردن» رابطه خصوصی است که یکی از روش‌های اجتماعی‌کردن این روابط، اساسی‌سازی حقوق خصوصی است که می‌تواند برای رفع یک رابطه خصوصی غیرعادلانه مورد استفاده قرار بگیرد و آثار زیانبار دیدگاه حقوق طبیعی محض را برطرف کند.

امروزه غالب قوانین اساسی کشورها به موضوع «حقوق اساسی» به‌عنوان یک ارزش و هنجار عالی پرداخته، آن‌ها را به‌عنوان خط قرمز در نظر گرفته‌اند و حتی برخی قوانین اساسی کشورها، از بین مصادیق حقوق اساسی نیز برخی را بالاتر و به‌عنوان «حقوق بنیادین» شناسایی کرده‌اند که

از تضمینات بالاتری نسبت به حقوق اساسی برخوردار می‌گردند؛ اما آنچه که از اهمیت بیش‌تری برخوردار شده است، نزدیکی و حذف فاصله بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی از طریق اساسی‌سازی حقوق خصوصی و خصوصاً حقوق قراردادهای است؛ یعنی در موارد متعددی حقوق خصوصی که مبتنی بر حاکمیت اراده است، در جایگاه حقوق عمومی و در قالب حقوق اساسی مطرح و یا مبتنی بر آن تفسیر و از طرف ضعیف‌تر رابطه قراردادی حمایت شده است. با توجه به تحولات صورت‌گرفته، لازم است که مفهوم اساسی‌سازی حقوق خصوصی، خصوصاً در حقوق قراردادهای و نحوه عملکرد آن، روشن گردیده، زمینه‌های شناسایی آن در نظام حقوقی افغانستان مطرح گردد. البته در این تحقیق، تلاش می‌شود اساسی‌سازی حقوق خصوصی بیش‌تر در موضوع «قراردادهای» مطرح گردد؛ به دلیل این‌که بیش‌ترین تعارض منافع طرفین را سبب می‌شود.

### ۱. جایگاه حقوق خصوصی در مکتب حقوق طبیعی

مکتب حقوق طبیعی، تاریخی طولانی و متمایز دارد که حاوی نظریه‌های مختلف توسط نظریه‌پردازان متعدد است و تقریباً روش‌شناسی مشترکی در تمام دیدگاه‌ها وجود ندارد (Patter-son, 2010: 211-227)؛ به همین دلیل، برای تعریف حقوق طبیعی دیدگاه واحدی وجود ندارد؛ با این حال، در یک عبارت کلی می‌توان آن را عبارت از مجموعه‌ای از قواعد تغییرناپذیر، ثابت و ابدی دانست که برخاسته از طبیعت انسان است (جاوید و رستمی، ۱۳۹۴: ۴۵۰). حقوق طبیعی دارای سه خصوصیت است که عبارتند از: «ثبات»، «ضرورت» و «جهانی‌بودن» که باید در تمام تفاسیر حقوق طبیعی مورد توجه قرار بگیرند. ثبات باعث می‌شود حقوق طبیعی به هیچ مرجع بشری وابسته نباشد؛ ضرورت سبب می‌گردد که رعایت آن، مقتضای طبیعت عقلانی آدمی‌زاد باشد و جهانی‌بودن حقوق طبیعی باعث می‌شود که قواعد آن در تمام زمان‌ها و مکان‌ها یکسان عمل کند (موحد، ۱۳۸۱: ۲۴۸). مصادیق حقوق طبیعی، مانند مفهوم آن، همواره محل اختلاف نظر بوده و هست؛ اما در مورد حقوقی از قبیل حق حیات، حق آزادی، حق برابری و عدم تبعیض، حق صلح، حق مالکیت و حق کار اتفاق نظر وجود دارد (جاوید و رستمی، ۱۳۹۴: ۴۵۰) که از بین مصادیق مذکور، «حق آزادی» یکی از مهم‌ترین مصادیق حقوق طبیعی انسان‌ها، به‌شمار می‌رود (سیدفاطمی، ۱۳۸۸: ۱۱۵)؛ به همین دلیل، از نگاه حقوق طبیعی که قرارداد در طبیعت خود فاقد الزام‌آوری است؛ اما مبتنی بر آزادی طرفین رابطه قراردادی، با اعلام رضایت و تلاقی

اراده‌های آن‌ها، قدرت الزام‌آوری می‌یابد (Cserne, 2008: 85-86)؛ لذا قرارداد، بیانی از اراده آزاد دو طرف توافق است که قدرت الزام‌آوری آن نیز از همین رضایت و تلاقی اراده‌های آن‌ها ناشی می‌شود (Tbcd: 85) و حاکمیت اراده آن‌ها است که آزادی قراردادی را نتیجه می‌دهد.

اندیشه حقوق طبیعی با تأکید بر عنصر حاکمیت اراده و به تبع آن آزادی قراردادی، تقدم منفعت خصوصی را بر منفعت عمومی در حقوق خصوصی دنبال می‌کند.<sup>۱</sup> منفعت خصوصی در این رویکرد مبنایی، به مثابه حقیقت و ارزش تلقی می‌شود و بر منفعت عمومی که نماد «واقعیت» است، حاکمیت پیدا می‌کند (حاج‌زاده، ۱۳۹۳: ۷؛ پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۲۹)؛ چرا که این رویکرد به حقوق خصوصی، «فردگرایانه»<sup>۲</sup> است و ارزش بنیادین نزد آن، فرد و منافع او است که مرکز و مدار تمام فعالیت‌ها دانسته می‌شود. در نتیجه، حقوق فردی از قبیل مالکیت و قراردادها و آزادی‌های فردی او را غیر قابل تعرض و مصون از محدودیت‌ها می‌پندارد و مداخلات هر نهاد دولتی یا اجتماعی را در حقوق فرد و در روابط اقتصادی بین افراد، تقبیح می‌کند و «قداست قرارداد»<sup>۳</sup> را معیار می‌داند. قانون مدنی افغانستان نیز اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را پذیرفته است (رسولی، ۱۳۹۱: ۱۶۹) و به همین دلیل در ماده ۴۹۷ می‌گوید: «(۱) عقد، عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون؛ (۲) به اثر عقد، وجایب هریک از عاقدین در برابر یکدیگر مرتبط می‌گردد.» در مواد ۵۰۲ و ۶۹۶ نیز طبق این اصل، طرفین قرارداد، تعیین آغاز، مفاد و شرایط قرارداد را تعیین می‌کنند.

در این رویکرد، آنچه اهمیت دارد، بیش‌ترین سود و رضایت‌مندی برای فرد است و این موضوع مقدم بر تأمین منفعت دیگران است. از دیدگاه حقوق طبیعی، فقط اراده فرد است که منافع او را تعیین می‌کند و هیچ عنوان و موضوعی غیر از عقلانیت فطری محض، مطلقاً مجاز نیست اقدام به تحلیل و تفسیر قواعد مربوط به حقوق خصوصی کند؛ دلیل آن این است که حوزه حقوق خصوصی، اختصاصاً مبتنی بر منافع محض طرفین آن است و قاضی نیز در مقام تفسیر، مکلف به احراز اراده طرفین قرارداد به صورت نامحدود است (صاحبی، ۱۳۷۶: ۱۰۲)؛ به همین دلیل، این عبارت از کانت

۱. قابل ذکر است که منفعت عمومی را نباید با حقوق عمومی خلط کرد؛ همان‌طور که نباید معیار منفعت عمومی را برای تفکیک حقوق عمومی از حقوق خصوصی ارائه داد. برای مثال: منفعت عمومی حاکمیت اصل انصاف قراردادی را بر اصل حاکمیت اراده نتیجه می‌دهد و این در حالی است که دولت هیچ نقش ماهوی در این تقدم ندارد. با این حال، تردیدی نیست که دولت با ایجاد قواعدی می‌تواند زمینه‌ساز «اجتماعی‌شدن» رابطه خصوصی و از جمله «قرارداد» را فراهم آورد.

2. Individualism.

3. Sanctity of Contract.

پایه آزادی قراردادی تلقی می شود که «اگر انسانی درباره دیگری تصمیم بگیرد، همیشه این نگرانی وجود دارد که عدالت رعایت نشود؛ ولی وقتی انسانی درباره سرنوشت خود تصمیم می گیرد، دیگر نگرانی از بی عدالتی بیهوده است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۱۶)؛ یعنی هر کس بهتر از دیگران منافع خود را می شناسد؛ لذا وقتی تصمیم گرفت قراردادی را منعقد کند، دیگر بی عدالتی وجود نخواهد داشت. (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۵) اگر بر این مبنا به محتوای حقوق خصوصی بنگریم، آن را ستایش خواهیم کرد؛ چرا که آن را به عنوان یکی از بازتاب های جوهر انسانی خواهیم دانست که باید حفظ کنیم؛ زیرا تنها نیرویی که انسان را ملزم می سازد، رضای خود او در قالب قرارداد است (Csme, 2008: 85-87). قرارداد، نه تنها بر او و قاضی و حقوق دان تحمیل می شود؛ بلکه قانون گذار نیز باید از تجاوز به آن خودداری کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۱۷)؛ به همین دلیل، پاراگراف اول ماده ۱۱۳۴ سابق قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۱۰۳ جدید قانون مدنی فرانسه می گوید: «قراردادهایی که مطابق قانون منعقد شده باشند، نسبت به کسانی که آن ها را منعقد نموده اند، به مثابه قانون است.»؛ لذا از دیدگاه فردگرایان: در صورت تعارض بین قاعده قانونی با مندرجات قرارداد که به علت اجمال یکی از آن دو باشد، قرارداد مقدم بر قانون است و دادرسی همیشه در تفسیر قراردادها باید به اراده حقیقی طرفین توجه نماید و از این طریق اجمال را رفع کند (Putman.E, 1996: 685-696)؛ یعنی تفسیر قرارداد بر مبنای کشف اراده طرفین آن صورت می گیرد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۹۷)؛ به همین دلیل، شرط انعقاد و صحت قرارداد مذکور در ماده ۵۰۲ ق. م افغانستان در دیدگاه حاکمیت اراده این گونه تفسیر می شود که شروط مذکور در احترام به تراضی هستند؛ یعنی شرط اساسی تحقق قرارداد، فقط تراضی است و اگر گفته می شود که دو طرف باید اهلیت داشته باشند، به این دلیل است که اشخاصی که اهلیت ندارند، اراده صحیح نیز ندارند و تراضی آن ها فاقد اعتبار است؛ لذا شرط اهلیت اصالت ندارد و تبعی است. آنچه اصالت دارد، احترام به تراضی و خواست طرفین و واقعیتی است که مورد توجه آنان بوده و در مفاد تراضی آمده است. شرط موضوع قرارداد نیز به این منظور است که تراضی و توافق باید موضوعی داشته باشد؛ چرا که تقویم هر چیز به موضوع آن است. هم چنین، مشروعیت سبب مذکور در ماده ۵۹۲ ق. م از این جهت است که انگیزه های انحرافی وارد تراضی نشوند؛ لذا این شرط، وسیله هدایت تراضی است نه شرط اصلی.

در دیدگاه طرفداران حقوق فردی، مفاد قرارداد عین عدالت است و اصولاً محدودیتی برای حاکمیت اراده بر مبنای نظم عمومی و اخلاق حسنه یا مصالح دیگری مانند ملاحظات اجتماعی

وجود ندارد و این موضوعات باید با شدت بیش‌تری مورد توجه قرار بگیرند و در موارد بسیار ضروری اعمال گردند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۱). فردگرایان نظم عمومی را ناشی از قانون می‌دانند؛ آن‌هم قوانین مربوط به حقوق عمومی مانند قوانین جزایی، اساسی، مالیاتی و اداری؛ و داخل در حوزه حقوق خصوصی نمی‌دانند؛ چرا که قوانین حقوق خصوصی ناظر بر روابط خصوصی اشخاص و منافع آن‌ها است نه اجتماع (صاحبی، ۱۳۷۶: ۵۹)؛ لذا فقط قانون به مفهوم حقوق عمومی می‌تواند اراده را محدود کند و با استناد به ضرورت‌های دیگر اجتماعی، اراده محدود نمی‌شود و قرارداد بی‌ثمر نمی‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۲)؛ بنابراین، رویکرد اولویت تأمین منفعت خصوصی، اندیشه فردی را در مقابل اندیشه «اجتماعی شدن» حقوق خصوصی قرار می‌دهد (همان، ۱۱۶) و محدودیتی بر این آزادی نیست و افراد می‌توانند هر نوع شرطی را در قرارداد بگنجانند و محاکم نیز در حل و فصل اختلافات به اراده طرفین توجه می‌کنند و آن را معیار قرار می‌دهند. به همین دلیل، در حقوق خصوصی، اصل حاکمیت اراده و نقش فزاینده آن و هم‌چنین ستایش قرارداد، نشان از تقابل منفعت خصوصی و منفعت عمومی به سود منفعت خصوصی دارد. به دلیل حاکمیت اراده، عنوان قرارداد موضوعیت ندارد؛ بلکه با استناد به ماده ۷۰۶ ق. م، اراده حقیقی آن‌ها تعیین‌کننده ماهیت آن است؛ قواعد تکمیلی در حقوق قراردادها نمادی از حاکمیت اراده است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۹۹) و عناوین عدم نفوذ، بطلان نسبی یا قابل ابطال بودن قرارداد، پذیرش شرط فسخ و تعدیل قرارداد، نمادی از برتر بودن تأمین منفعت خصوصی بر مبنای آزادی قراردادی‌اند.

قابل ذکر است که برخی از طرفداران حقوق طبیعی مدرن، به شدت طرفداران سنتی، مبنای قواعد حقوقی را صرفاً عبارت از ارزش‌های طبیعی مانند اخلاق نمی‌دانند؛ به همین دلیل، طرفداران مکتب پوزیتیویستی، آن‌ها را اصلاً پیرو مکتب حقوق طبیعی نمی‌دانند (Himma, 2004: 103-62). اما گرایش به سوی در نظر گرفتن حقوق اساسی و بنیادین بشر، در رویکرد حقوق طبیعی مدرن، مشهور است که به صورت‌های مختلف مورد تأیید قرار گرفته است (Donnelly, 2007: 96)؛ چنان‌که بسیاری از اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها بر مبنای حقوق طبیعی، به حقوق اساسی و بنیادین بشری پرداخته‌اند.

## ۲. جایگاه حقوق خصوصی در مکتب حقوق پوزیتیویستی

از دیدگاه حقوق پوزیتیویستی، برخلاف حقوق طبیعی، قواعد حقوقی باید متکی بر حقایق ملموس و تجربی باشد نه حقایق معقول؛ مبنای قواعد حقوقی، «واقعیت‌های» خارج از عقل محض است و پدیده حقوقی را باید تابع واقعیت‌های ملموس دانست که با عقل تجربی قابل شناسایی اند؛ لذا از دیدگاه پوزیتیویسم حقوقی افراطی، ارزش کاملاً مجزا از واقعیت است و ارتباطی بین آن‌ها نیست (پولانزاس، ۱۳۵۴: ۶۷). البته، طرفداران این مکتب، در محتوای دیدگاه خویش، نظرات متفاوتی دارند؛ چنان‌که عده‌ای از پوزیتیویست‌های حقوقی، مبنای قواعد حقوقی را اراده دولت می‌دانند و تفاوتی بین آنچه «هست» و آنچه «باید» باشد، قائل نیستند؛ چرا که اراده دولت عین عدالت است و هیچ تعارضی بین حقوق و عدالت وجود ندارد. حقوق تابع اراده دولت است و آنچه را دولت اراده کند، همان حقوق است (دانش‌پژوه و خسروشاهی، ۱۳۹۰: ۵۶). عده‌ای دیگر، مبنای قواعد حقوقی را اراده عمومی و وقایع اجتماعی می‌دانند؛ یعنی آن‌ها مبنای قواعد حقوقی را نه اراده فرد و نه قدرت دولت؛ بلکه ناشی از میزان احترامی می‌دانند که هر قاعده در جامعه یافته است؛ لذا منشأ ایجاد قاعده حقوقی یا مستقیماً از اراده عمومی ناشی می‌شود و یا به دولت به‌عنوان نماینده خود اجازه می‌دهد قواعد حقوقی را وضع کند (همان، ۵۶-۵۷)؛ به همین دلیل، واقعیت ملموسی که حقوق باید ریشه در آن داشته باشد، آرای عمومی و خواست مردم است و مشروعیت قانون نیز به این است که با این واقعیت مطابقت داشته باشد.<sup>۲</sup> با آن‌که در برهه‌های طولانی، حقوق طبیعی جایگاه برتری داشته است؛ اما در قرن نوزدهم توسط طرفداران مکتب پوزیتیویسم حقوقی به چالش کشیده شده است تا جایی که برخی فیلسوفان انگلیسی، مانند «بنتام» و «آوستین»، حقوق طبیعی را مردود دانسته‌اند و یا در مقطعی از زمان، عدم توانایی دولت‌ها در دست‌اندازی در حقوق طبیعی را فقط شعار و فاقد نتیجه عملی دانسته‌اند (Patterson, 228-248). این مکتب حقوقی در برابر حقوق طبیعی، تلاش دارد حقوق خصوصی را بر مبنای جدایی از اخلاق، به تبعیت از علوم اجتماعی و بر مبنای مطالعات علمی

۱. واقعیت در حقوق طبیعی و عقلی و الهی، امری ثابت و لایتغیر است و از راه عقل نیز در مواردی قابل شناسایی است و معمولاً تحت عنوان ارزش از آن یاد می‌شود؛ اما واقعیت در نگاه پوزیتیویسم، امری متغیر، مادی و محسوس است که فقط از طریق شناخت حسی و تجربی قابل شناسایی است.

۲. قابل ذکر است که امروزه در پرتو جهانی‌شدن، برخی قواعد حقوقی ناشی از اراده جامعه بین‌المللی است که دولت‌ها در وضع آن‌ها دخالتی ندارند که موضوعی مستقل و مفصل است که از دیدگاه برخی ناشی از حقوق طبیعی هستند و از دیدگاه برخی ناشی از اراده جامعه فراملی مدنی که در این‌جا قابل بحث نیست.

و عینی بنگرد نه صرفاً بر مبنای معیارهای ارزشی (متافزیک) (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۳۵-۴۰۵)؛ یعنی طرفداران این مکتب، در صدد فهم حقوق در اجتماع‌اند (همان، ۲۴۰) و «واقعیت» را در مقابل «ارزش» لحاظ می‌کنند. به همین دلیل، در این دیدگاه، منفعت عمومی نسبت به منفعت خصوصی اولویت دارد؛ چنان‌که در اصالت اجتماع چنین است. به عبارتی، اندیشه‌های حمایت از مصالح جمعی و حقوق مردم که به صورت مکاتب اصالت جمع یا جمع‌گرا مطرح می‌گردد، اراده اجتماعی را که گاهی به صورت تصمیمات دولت به‌عنوان نماینده مردم تجلی پیدا می‌کند و گاهی از طریق دادرس بیان می‌شود، مبنای تفسیر حقوق خصوصی می‌دانند (صاحبی، ۱۳۷۶: ۱۰۲)؛ چرا که شرایط جدید زندگی انسان‌ها، اقتضات جدیدتری را در حوزه قراردادهای می‌طلبد و این سؤال را مطرح می‌کند که آیا هم‌چنان اصل آزادی قراردادی در مرکز نظم حقوقی قرار دارد یا باید مورد بازنگری قرار گیرد؛ به این دلیل که طرفین یک رابطه قراردادی از حیث قدرت معاملی، همیشه برابر نیستند؛ چرا که امروزه برابری و تساوی در قراردادهای دادوستدها، امری دست‌نیافتنی و بعید است. بازار صحنه‌ای است که در یک‌سوی آن زیان و سوی دیگر آن منفعت است و نقش آفرینان آن مستمراً در تلاشند تا موازنه قراردادی را به نفع خود تغییر داده و با تحمیل شرایط زیانبار آن بر طرف مقابل، طرف پیروز باشند. این موضوع به اندازه‌ای عمومیت یافته است که دیگر نمی‌توان عدالت اقتصادی را به‌عنوان یکی از اهداف محقق‌شده علم حقوق به‌عنوان شاخه‌ای از دانش که وظیفه نظم‌بخشیدن به روابط اجتماعی افراد را عهده‌دار است، تصور کرد؛ لذا در نگرش پوزیتیویستی به حقوق، در موردی که تساوی قراردادی بهم خورده است و طرف ضعیف‌تر نیاز به حمایت دارد، قاضی نمی‌تواند بی‌تفاوت باشد؛ بلکه باید آزادی قراردادی را از طریق قواعد امری، تکمیلی، عرف و انصاف تفسیر و محدود کند و در برابر اصل «آزادی قراردادی»، اصل «عدالت قراردادی» را نیز لحاظ یا حداقل اصل آزادی را تکمیل کند (همان)؛ چنان‌که در موارد متعددی عرضه محدود و تقاضا چنان افزایش می‌یابد که امکان واقعی مبادله وجود نخواهد داشت و مستهلک صرفاً آنچه را عرضه می‌شود، فقط می‌پذیرد و تنها چیزی که در رابطه قراردادی قابل تصور نیست، برابری طرفین و انعقاد قرارداد منصفانه است. برای پرهیز از این موضوع، قرارداد نباید صرفاً به دنبال تأمین منفعت یک‌طرف باشد؛ بلکه باید اصل‌عالی‌تر یعنی «انصاف قراردادی» را نیز لحاظ کند. به همین دلیل، فقره سوم ماده ۹ ق. م افغانستان می‌گوید مصلحت جزئی شخص، مقدم بر منفعت عمومی نیست؛ لذا قانون مدنی، قانون حمایت از رقابت و قانون حمایت از مستهلکین، چنین قراردادهایی را غیرمنصفانه و غیرعادلانه می‌دانند.

بر مبنای این دیدگاه، آزادی قراردادی باید با رعایت منافع عالی تر، تعدیل گردد؛ چرا که با توجه به واقعیت های اقتصادی و اجتماعی موجود، حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در کنار اقتصاد بازار، منتهی به استثمار و بی عدالتی می شود؛ لذا در صورتی که آزادی قراردادی منتهی به استثمار گردد، نباید به عنوان یک اصل معتبر شناخته شود و دارای اثر حقوقی باشد (امینی، عابدیان و کرمی، ۱۳۹۱: ۱۸۰). به همین دلیل، دولت ها برای حفظ تعادل در بازار، از طریق کنترل های حقوقی، مانند وضع قوانین ضد محدودیت های رقابتی و حمایت از مستهلکین، وارد شده و از طرف ضعیف تر حمایت و آزادی قراردادی را محدود به تأمین منفعت جمعی می کنند؛ چنان که قانون حمایت از رقابت تجاری و قانون حمایت از مستهلکین برای برقراری تعادل در آزادی قراردادی نافذ شده اند تا علاوه بر حفظ آزادی قراردادی، منفعت عمومی را نیز تأمین کنند که این موضوع به تعامل منفعت خصوصی و عمومی منتهی می شود؛ لذا مطابق ماده ۲۰ قانون حمایت از مستهلک، شروط غیر عادلانه در قراردادها معرفی شده اند و مطابق ماده ۲۲، اداره حمایت از مستهلکین آنها را می تواند فسخ کند.

با توجه به آنچه گفته شد، در تعامل منفعت خصوصی و منفعت عمومی، دیدگاه های پوزیتیویستی اولویت می یابد (Mills, 2009: 45)؛ چنان که در بسیاری از قراردادهای مهم از قبیل قراردادهای کار، اجاره اماکن و بیمه امروزه با شبکه های از قواعد امری که نوعی حمایت از طرف ضعیف تر را محقق می سازد، منفعت عمومی تأمین می شود. البته از این دیدگاه، شکل گیری قواعد حقوقی فارغ از بستر تاریخی آن که روابط بین فرد و دولت و توانایی های فردی است، نیست و این تجربیات اجتماعی مؤثر در قواعد حقوق قراردادی هستند و به همین دلیل است که گاهی عرف تعیین کننده تعهدات قراردادی قرار می گیرد؛ مانند این که متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در قرارداد است (ماده ۷۲۰ ق. م). هم چنین، در ماده ۷۲۴ نیز تصریح می کند که حقیقت به دلالت عادت ترک می شود. قانون مدنی در ماده ۶۹۷ نیز تصریح می کند که قاضی برای تعیین مکلفیت طرفین رابطه قراردادی باید «عدالت» را نیز لحاظ کند. فقره دوم ماده ۶۹۶ نیز در مورد تعدیل تعهدات طرفین رابطه قراردادی، تعدیل غیر عادلانه و مبتنی بر حاکمیت اراده را نادیده گرفته و باطل می داند.

در پرتو چنین نگرش هایی، توجه بیش تر به منفعت عمومی، نشان از «اجتماعی شدن حقوق

۱. ماده ۱۰ قانون اساسی افغانستان: «دولت، سرمایه سرمایه گذاری ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصونیت آنها را تضمین می نماید.»

خصوصی» دارد که موقعیت نظام حقوق خصوصی و به صورت خاص، نظام حقوق قراردادهای را بیش‌تر به سوی منفعت عمومی تغییر داده است و قانون تبدیل به وسیله‌ای برای تحقق اهداف اجتماعی می‌شود نه صرفاً بازتابی از ارزش‌های حقوق طبیعی (Coyle, 2007:83); لذا اگر در قرارداد منعقدشده اجمالی وجود داشته باشد، باید تفسیر بر مبنای مصالح اجتماعی انجام شود و موارد ابهام به نظم عمومی ارجاع گردد؛ چرا که قانون نتیجه ضروریات و مصالح اجتماعی و مقدم بر اراده فرد است (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۳۶) و ماده ۱۱۳۴ سابق قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۱۰۳ جدید قانون مدنی این کشور نیز به این مفهوم است که: قراردادهای خصوصی در روابط خصوصی بین متعاملین به مثابه قانون است اما نه هر قراردادی؛ بلکه آنچنان قراردادی که مطابق قانون و مصالح اجتماعی منعقد شده باشد (همان، ۱۳۹۹). با توجه به این رویکرد، تراضی و اهلیت دو شرط مستقل با آثار متفاوت‌اند. منافع اجتماعی گاه اقتضا می‌کند که بعضی اشخاص از اجرای حقوق خود محروم شوند تا صدمات ناشی از قرارداد آن‌ها به دیگران سرایت نکند. اگر مجنوننی را محجور می‌دانیم یا سفیهی را در نظارت ولی یا قیم قرار می‌دهیم، به این دلیل نیست که تراضی درست باشد؛ بلکه به این دلیل است که به طرف مقابل و یا به خود او صدمه وارد نشود و حقوق وارثان او تلف نگردد. لزوم معلوم‌بودن موضوع و مشروعیت سبب نیز به سلامت تراضی ارتباطی ندارد و شرط نفوذ آن در روابط اجتماعی است تا حقوق دیگران مورد تبنانی قرار نگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۱). البته اجتماعی شدن حقوق به معنای وحدت در حوزه مبنای قاعده حقوقی نیست؛ بلکه به معنای تعادل بین دو ارزش «برابری» و «آزادی» است؛ یعنی نوعی دوگانگی در مبنای قاعده حقوقی برقرار می‌شود؛ اما نفع عمومی پررنگ‌تر می‌گردد و «عدالت قراردادی» جایگزین «آزادی قراردادی» می‌شود (کتز و فلسنر، ۱۳۸۵: ۱۶)؛ لذا تغییر مذکور منجر به تعامل بین منفعت خصوصی و منفعت عمومی به سود منفعت عمومی می‌شود که نتایج آن عبارتند از: گسترش «اصل انصاف» و حاکمیت آن بر حقوق قراردادی، پذیرش اراده ظاهری و اراده قراردادی به عنوان نماد تعامل منفعت خصوصی و عمومی (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۳۰)، بطلان قرارداد و ایجاد قواعد مربوط به رقابت و حمایت از مستهلکین و شروط دادن اطلاعات راجع به کالا و مصرف آن، منجر به تعامل منفعت خصوصی و عمومی به سود منفعت عمومی می‌شود؛ شناسایی سبب در معاملات و توجه بیش‌تر به موضوع علت نسبت به قصد و رضا به علت این‌که واقعیت خارجی و عینی دارد، ناشی از تعامل منفعت خصوصی و عمومی است؛ توجه بیش‌تر به جنبه تشریفاتی قراردادها و این‌که مدام در حال افزایش است، به دلیل این‌که بهترین وسیله

کنترل بر اراده‌های قابل انحراف افراد می‌باشد، نشان از تعامل منفعت عمومی و خصوصی دارد (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۳۶).

از دیدگاه پوزیتویست‌های حقوقی و جمع‌گرایان که قرارداد را به‌عنوان ابزار اجتماعی محترم می‌دانند و در پی اداره آن‌اند، نظم عمومی مفهوم سیال و گسترده‌ای دارد و می‌تواند حاکمیت اراده در قرارداد را محدود کند؛ چنان‌که در فقره دوم ماده ۵۰۲ ق.م. شرط صحت قرارداد عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه دانسته شده است؛ لذا نادیده گرفتن حکم ماده ۲۲۱۲ ق.م.ا از طریق حاکمیت اراده ناشی از ماده ۲۷ ق.م.مبنی بر حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، می‌تواند از این دیدگاه برخلاف نظم عمومی قلمداد گردد که در حقوق بین‌الملل خصوصی از آن تعبیر به تقلب به قانون می‌شود (افضالی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۲۹۲-۲۹۹). آن‌ها معتقدند که امروزه، نظم عمومی در قالب نظم اقتصادی و اجتماعی استقلال افراد را در روابط با یکدیگر از بین برده است و نمی‌تواند از طریق قراردادهای خصوصی آن را نادیده بگیرند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۲)؛ چنان‌که در فرانسه، پزشکی که با لابراتوار قراردادی می‌بندد به این مضمون که پزشک، بیماران را نزد او بفرستد و از میزان دستمزدی که می‌دهند، مقداری را دریافت کند، دیوان کشور فرانسه این قرارداد را خلاف نظم عمومی دانسته است؛ به این دلیل که وجود این قرارداد باعث تشویق پزشک برای عایدی بیش‌تر به ارجاع بیماران به لابراتوار می‌شود، بدون آن‌که نیازی به این کار باشد یا حداقل باعث سرگردانی بیماران می‌گردد (همان، ۱۲۳).

اما امروزه که حقوق پوزیتویسم جایگاه قابل توجهی یافته است، از افراط‌گرایی گذشته دست برداشته و می‌پذیرد که موجودیت و اعتبار پاره‌ای از حقوق اساسی بشر مدیون خواست و اراده دولت‌ها نیست؛ بلکه باید این دسته از حقوق را روایتی از حقوق طبیعی دانست که دولت‌ها نمی‌توانند چیزی از آن بکاهند (جاوید و رستمی، ۱۳۹۴: ۴۵۰)؛ به عبارتی، دولت‌ها پذیرفته‌اند که باید حداقلی از الزامات حقوق طبیعی را پذیرفته و به آن پایبند باشند (رحمتی‌فر، ۱۳۹۴: ۱۹۵)؛ بنابراین، با آن‌که از دیدگاه پوزیتویسم و اصالت اجتماع، منفعت عمومی مقدم است؛ اما اصل حاکمیت اراده طرفین در شکل‌گیری قراردادهای نیز محترم است؛ یعنی وحدت ارزش و واقعیت رخ می‌دهد تا اهداف اجتماعی حقوق را محقق سازد (Barkhuysen and Lindenbergh, 2006: 34)؛ چنان‌که صلح به‌عنوان یک ارزش مربوط به حقوق طبیعی به کمک دیدگاه پوزیتویستی قرار

۱. ماده ۲۲۱۲ قانون اساسی: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که در آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود، انتقال نمی‌نماید.»

می‌گیرد تا با اجتماعی شدن روابط حقوقی و حذف نابرابری، صلح نیز بهتر تأمین گردد (Coyle, 2007: 79). با این حال، در صورت تزاخم منفعت خصوصی با منفعت عمومی، اولویت خود را از دست می‌دهد؛ چنان‌که اگر منفعت خصوصی در تعارض با منافع سایر اشخاص قرار بگیرد، مانند فریب طرف قرارداد و عرضه کالای معیوب، باعث ایجاد حق فسخ می‌شود و اگر منفعت خصوصی در تعارض با قواعد امری قانون قرار بگیرد، مانند این‌که در اثر قرارداد انحصار در بازار رخ دهد و یا اثر قرارداد فراتر از طرفین آن رود، فاقد اعتبار خواهد بود؛ هم‌چنین اگر منفعت خصوصی در تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه قرار بگیرد، مانند این‌که موضوع قرارداد فروش اسلحه بدون مجوز باشد، قرارداد باطل خواهد بود.

### ۳. مفهوم حقوق اساسی

حقوق عمومی که تنظیم‌کننده رابطه فرد و دولت است، در این رابطه یک نابرابری وجود دارد که برای حذف یا حداقل کاهش آن، باید از موقعیت فرد حمایت گردد که این حمایت از طریق در نظر گرفتن حقوقی انجام می‌شود که اصطلاحاً به «حقوق پایه»، «حقوق اساسی»، «حقوق بشر» یا «حقوق بنیادین» تعبیر می‌گردد. این حقوق که ریشه در دیدگاه حقوق طبیعی دارند؛ اما برای تحقق اهداف اجتماعی حقوق مورد پذیرش حقوق پوزیتیویستی قرار گرفته‌اند که وجود آن‌ها موجب پایداری و نبود آن‌ها موجب از هم گسیختگی فردیت انسان می‌شود و به همین دلیل «اساسی» اند (طهماسبی، ۱۰۲). به این ترتیب، حقوق اساسی همان اصول انسانی‌اند که مبین حق طبیعی انسان‌ها هستند (هیمن دوا، ۱۳۸۲: ۱۲) و می‌توان آن‌ها را به آن دسته از حقوقی ارتباط داد که ذاتی طبیعت انسان هستند؛ به نحوی که نمی‌توان بدون آن‌ها، به‌عنوان انسان زندگی کرد؛ چرا که این حقوق اساسی و بنیادین افراد است که به آن‌ها اجازه می‌دهد تا کیفیت‌های انسانی خود را به‌طور کامل بسط داده و نیازهای خود را برآورده کند؛ لذا این موضوع چیزی نیست جز آن‌که بشر می‌خواهد مبتنی بر آن‌ها، کرامت ذاتی و ارزش انسانی خود را احترام و حمایت کند (شایگان و دیگران، ۱۳۸۲: ۱-۲). در حقیقت، این حقوق گویای ارزش‌های اخلاقی، سیاسی و فلسفی هستند که زمینه‌ساز آزادی، برابری، مردم‌سالاری و دولت قانون‌مدار می‌شود و از منظر حقوقی،

#### 1. Basic, Constitutional, Fundamental, Human Rights.

۲. قابل ذکر است که منظور از حقوق اساسی در این‌جا، یک رشته مطالعاتی مربوط به روابط دستگاه‌های دولتی با یکدیگر و با افراد نیست؛ بلکه ارزش‌هایی است که ناشی از حقوق طبیعی هستند اما در پرتو ضمانت اجراهای قانون اساسی، تبدیل به هنجار شده‌اند.

می توان آن ها را مجموعه ای از 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 حمایت های لازم از آن برخوردارند و اوصاف عارضی مانند رنگ، نژاد، ملیت، زبان، موقعیت های اجتماعی و غیره، در بهره مندی از آن ها بی تأثیراند؛ به دلیل این که حقوق اساسی مرتبط با ذات انسانی بشر است. این حقوق، امروزه نه تنها به عنوان یک ایده باقی نمانده اند؛ بلکه با درج در قوانین اساسی به عنوان ارزش، تبدیل به هنجارهای برتر حقوقی شده و تضمین مؤثر یافته اند؛ لذا برابری اتباع، آزادی، حق انسان بر حیات و تمامیت جسمانی، ممنوعیت شکنجه، آزادی بیان، آزادی رفت و آمد، مصونیت از سلب آزادی و توقیف غیرقانونی و حق مالکیت و موارد دیگر از جمله حقوق اساسی اند که در فصل دوم قانون اساسی افغانستان نیز به عنوان ارزش تضمین شده و به عنوان یک هنجار شناخته شده اند (قانون اساسی افغانستان، مواد ۲۲-۵۹).

در برخی نظام های حقوقی دیگر با آن که به حقوق اساسی پرداخته شده است؛ اما یک گام فراتر رفته اند به این صورت که از بین حقوق اساسی مذکور در قانون اساسی، برخی حقوق را برتری و اهمیت بیش تر داده اند و از آن تعبیر به «حقوق بنیادین»<sup>۱</sup> کرده اند؛ چنان که بخش اول قانون اساسی جرمنی، حقوق بنیادین نام گرفته و طی مواد یک تا ۱۹ به تشریح مواردی چون «کرامت انسانی»، «حق حیات»، «آزادی اقدام»، «برابری در مقابل قانون»، «آزادی مذهبی و عقیدتی»، «آزادی اندیشه»، «حقوق خانواده»، «حق آموزشی»، «آزادی تجمع»، «آزادی تشکیل انجمن»، «آزادی رفت و آمد»، «حق پناهندگی»، «آزادی حرفه ای و ممنوعیت کار اجباری»، «حق مالکیت» و غیره پرداخته است (Markesinis and Unberath, 2002: 29). بخش اول قانون اساسی اسپانیا نیز «حقوق و تکالیف بنیادین» نام گرفته است و نسبت به جرمنی، موارد بیشتری را تحت عنوان حقوق بنیادین قرار داده است. هم چنین، بخش اول ضمیمه «ب» قانون اساسی ۱۹۸۲ کانادا نیز از آزادی های بنیادین نام برده و تعداد محدودی از این حقوق را احصا کرده است. اما در قانون اساسی فرانسه چنین عنوانی نیامده است؛ با این حال، شورای قانون اساسی این کشور، برای اولین بار، در ۲۲ جنوری ۱۹۹۰ طی تصمیم شماره ۲۶۹-۸۹ از اصطلاح «آزادی ها و حقوق بنیادین» استفاده کرده است؛ با این تفاوت که شورای مذکور فقط شمار محدودی از حقوق و آزادی های مندرج در متن قانون اساسی را دارای خصوصیت «بنیادین» دانسته است که عبارتند از: برابری، آزادی فردی، امنیت،

1. Fundemetal Rights.

حق داشتن زندگی خانوادگی عادی، حق پناهندگی، حق اشتغال، حق سندیکایی، حق مشارکت، آزادی رفت و آمد، آزادی ازدواج، حق دفاع (متهم) و آزادی اقدام (گرجی، ۱۳۸۳: ۱۳). در این نگرش، آنچه که مرتبط با موضوع مورد بحث است و با حقوق قراردادها مرتبط می‌شود، حقوق بنیادین است که از ارزش بالاتری نسبت به حقوق اساسی برخوردارند؛ اما در مجموع در این جا، منظور از حقوق اساسی، حقوق بنیادین نیز می‌باشد.

با توجه به مفهومی که از حق اساسی و بنیادین ذکر شد، از رویکرد ماهیتی، ذکر یک حق در قانون اساسی یا اسناد هم‌تراز، تأثیری در ارزشی و اساسی بودن آن حق ندارد؛ بلکه ماهیت حق مورد نظر در این مورد تعیین‌کننده است. اگر وجود آن لازمه وجود شخصیت انسانی باشد، اساسی و بنیادین شناخته می‌شود. برعکس، از رویکرد شکلی، شرط لازم برای اساسی محسوب شدن یک حق، ذکر آن در قانون اساسی یا اسناد هم‌تراز است؛ چنان‌که در فرضی، قانون اساسی «حق حیات» را تضمین نکرده باشد، نمی‌توان این حق را اساسی نامید. برعکس، اگر قانون اساسی یک حق ماهیتاً غیراساسی یا فرعی‌تر را مورد ضمانت قرار داده باشد، نباید در بنیادین بودن آن شک کرد (طهماسبی، ۱۰۳). رویکرد دومی، بیش‌تر ناشی از افکار مکتب حقوقی پوزیتیویست‌های افراطی است که با اندیشه شناسایی این حقوق به‌عنوان قواعد تحدید قدرت حکمرانان سازگاری ندارد؛ درحالی‌که نگرش اول بیش‌تر مبتنی بر مکتب حقوق طبیعی است. علت اساسی بودن حقوق مذکور، درج آن‌ها در قوانین اساسی، کنوانسیون‌ها و معاهدات مربوط به حقوق بشر نیست؛ بلکه به این دلیل است که این حقوق بیانگر ارزش‌هایی‌اند که نظم حقوقی را در کلیت آن - اعم از عمومی و خصوصی - شکل می‌دهند که این حقوق بر تمایز حقوق عمومی و خصوصی تقدم منطقی دارند؛ اگرچه از نظر زمانی مؤخر باشند. رویه قضایی بعضی کشورها را می‌توان مؤید این رویکرد دانست مانند هالند؛ چنان‌که در این کشور، یک خانم بارداری به داکتر طب مراجعه کرده است؛ اما او به علت عدم انجام معاینات دقیق، معلول بودن جنین را به خانم مذکور اعلام نکرده است؛ در نتیجه، داکتر به علت این‌که فرصت تصمیم‌گیری در مورد داشتن یا نداشتن فرزند معلول را از مادر گرفته، صرف‌نظر از خسارت‌های دیگر، از جمله مصارف تربیت، خسارت معنوی مادر و غیره، در برابر او مسئول اعلام گردیده است. این حق، در قانون اساسی هالند ذکر نشده؛ اما دیوان عالی این کشور آن را منشعب از «حق اساسی خودمختاری مادر» دانسته است (Markesinis and Unberath, 2002: 28- 29).

#### ۴. اصل برتری ارزش ها و هنجارهای حقوق اساسی

تقریباً از اواخر قرن هجده به این سو، تمام نظام های حقوقی دارای قانون اساسی اند که حاوی ارزش ها و هنجارهایی<sup>۱</sup> می باشند که از ارزش ها و هنجارهای ناشی از قواعد حقوقی دیگر و از جمله قانون عادی، برترند.<sup>۲</sup> علت برتری آن ها دلایل متعددی دارد که در ادامه به برخی از آن ها که مرتبط با حقوق اساسی اند، اشاره می شود.

##### ۴-۱. برتری به دلیل محتوای برتر

یکی از دلایل برتری ارزش ها و هنجارهای حقوق اساسی به دلیل محتوای برتری است که دارند و این دلایل عبارتند از:

##### ۴-۱-۱. به دلیل فرایند شکلی خاص

قانون اساسی برآمده از نهادی است که برتر از تمام نهادهای دیگر نظیر قوه مقننه یا قوه مجریه است که صلاحیت تأسیس و ایجاد دیگر قواعد و ارزش های حقوقی را دارند. این نهاد می تواند مستقیماً توسط خود مردم از طریق رفراندوم ایجاد گردد، مانند قانون اساسی ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ فرانسه، یا مجلسی باشد که از طرف مردم اجازه ایجاد یک قانون اساسی را دریافت کرده است، مانند شورای خبرگان قانون اساسی ۱۸۷۱ فرانسه و لویه جرگه قانون اساسی افغانستان از جمله برای ایجاد قانون اساسی ۱۳۸۲ فعلی (قانون اساسی افغانستان، مواد ۱۱۰-۱۱۵) که در متن خود قانون اساسی ذکر می شود. به دلیل برتری فرایند شکلی مذکور، در صورت لزوم اصلاحات نیز باید مطابق این فرایند مذکور در قانون اساسی انجام شود و سایر مراجع قانون در این زمینه فاقد صلاحیت اند.<sup>۳</sup>

##### ۴-۱-۲. متأثر بودن قواعد مندرج در حقوق اساسی از اندیشه های حقوق طبیعی

۱. منظور از ارزش و هنجارهای برتر، حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی است که ماهیتاً دارای ارزش اند؛ چرا که حاوی حقوق اساسی بشر مبتنی بر حقوق طبیعی اند و به دلیل ذکر در قانون اساسی، تبدیل به هنجار شده اند؛ یعنی دارای ضمانت اجرا هستند.
۲. امروزه تنها استثنای قابل توجه، نظام حقوقی بریتانیای کبیر است که در آن قواعد قانون اساسی به دلایل تاریخی از عرف یا قوانین عادی ناشی می شوند.
۳. البته اصلاحات در حقوق اساسی به دلیل اهمیت و ماهیتی که دارد؛ پذیرفته نیست؛ مگر این که در راستای ارتقای چنین حقوقی باشد.

## و قرارداد اجتماعی

قانون اساسی، قواعدی ماهوی را تعیین می‌کند که همزمان بر حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان حاکم است. این اصول از یک طرف به حقوق فردی یا اجتماعی مرتبطاند که قدرت عمومی نه تنها نمی‌تواند بر تمتع افراد از آن‌ها مانع ایجاد کند؛ بلکه حتی مؤظف است شرایط اجرای عینی آن‌ها را تضمین و تأمین کند (تساوی شهروندان، تضمین آزادی بیان و در سال‌های اخیر حق اشتغال و حق برخورداری از تأمین اجتماعی و حتی حذف نابرابری موجود در یک قرارداد خصوصی و...). به عبارتی، از یک طرف، قانون اساسی در مجموع و حقوق اساسی به صورت خاص به حقوق اساسی بشری می‌پردازد که برگرفته از حقوق طبیعی‌اند و ارزش‌های ناشی از آن از یک منبع بالاست که حتی دولت‌ها قادر به کاستن از آن‌ها نیستند. از طرف دیگر، قانون اساسی به حقوق سیاسی که ناشی از نوعی سازمان‌دهی دموکراتیک نهادها است، می‌پردازد که این موضوع، اصولاً برگرفته از «قرارداد اجتماعی» است. در مجموع، حقوق مذکور برگرفته از ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ است که می‌گوید: «هر جامعه‌ای که در آن حقوق افراد تضمین نشده است و تفکیک قوا برقرار نیست، دارای نظام مبتنی بر قانون اساسی نیست.»

۲۰۴

### ۴-۲. برتری به دلیل نظام نظارتی برتر

به دلیل این‌که قانون اساسی به صورت کلی و حقوق اساسی به صورت خاص، حاوی ارزش‌های برتر می‌باشد، لازم است صیانت از چنین ارزش‌هایی نیز توسط مرجع اختصاصی و برتر صورت بگیرد تا تصمیمات آن توانایی ابطال تصمیمات تمام مراجع بالای دولتی را دارا باشد؛ لذا امروزه تمام نظام‌های حقوقی، شیوه‌ای را برای نظارت از قانون اساسی، خصوصاً ارزش‌های اساسی، دارند که بسته به نوع نظام موجود در هر کشوری، فرق می‌کند که از قرار ذیل می‌باشند:

#### ۴-۲-۱. نظارت توسط محاکم عادی

در این شیوه، مرجع اختصاصی برای نظارت وجود ندارد؛ بلکه این موضوع توسط محاکم عادی صورت می‌گیرد؛ یعنی در صلاحیت قاضی محاکم قضائی است که برتری ارزش‌های فزاین را بر ارزش‌های فرودین اعلام کند؛ چنان‌که نظارت بر قانون اساسی در ایالات متحده آمریکا و

بسیاری از کشورهای پیرو «کامن لا» چنین است.<sup>۱</sup> البته، به دلیل وجود سلسله مراتب، مرجعی که در رأس محاکم قرار می گیرد، مرجع نهایی محسوب می شود و چنین مرجعی جهت گیری های کلی رویه قضایی را در موضوعات مرتبط با قانون اساسی مشخص می کند که نمونه آن، دیوان عالی ایالات متحده است (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۸۵). البته روش نظارت توسط محاکم عادی در سایر نظام های حقوقی طرفداران زیادی ندارد.

#### ۲-۲-۴. نظارت توسط مرجع اختصاصی

از آنجایی که نظارت بر فعالیت های بالاترین مراجع دولت-کشور اعمال می شود و دارای آثار سیاسی نیز است،<sup>۲</sup> لازم است نظارت توسط افرادی اجرا گردد که به این منظور انتخاب شده اند. امروزه این شیوه طرفداران بیشتری دارد و بعد از فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی سابق، تقریباً اکثر کشورهای اروپایی آن را تطبیق می کنند. البته دولت-کشورهایی که دارای نظام غیردموکراتیک اند، قدرت سیاسی هنوز با ایجاد یک نهاد مستقل نظارتی مقابله می کند و نسبت به آن انعطاف کمتری نشان می دهند. حتی در فرانسه نیز با آن که از پیشگامان تدوین قانون اساسی و درج حقوق اساسی در آن است؛ اما به دلیل نوع نگاه مراجع قدرت در این کشور، یک قرن دیرتر مرجع نظارتی را ایجاد و خیلی دیرتر شورای قانون اساسی به صورت امروزی برقرار شده است (همان، ۹۷).

#### ۳-۴. قلمرو موضوعی مراجع نظارتی

به دلیل این که مراجع نظارتی بر اجرای ارزش ها و هنجارهای برتر (حقوق اساسی) نظارت می کنند، از قلمرو نظارت بر اقدامات بالاتری نیز برخوردارند؛ اما قلمرو نظارت بر اساس نظام های حقوقی تا حدودی متفاوت اند. با این حال، برخی موضوعات به صورت کلی در قلمرو

۱. البته ممکن است در سایر نظام های حقوقی، محاکم عادی بتوانند بر مطابقت طرز العمل ها و اعمال فردی با قانون اساسی نظارت داشته باشند که در فرانسه چنین است.

۲. خصوصیت سیاسی بودن، در تمام کشورها یکسان نیست؛ بلکه موضوعی نسبی است؛ چنان که در شورای قانون اساسی فرانسه و ایالات متحده بیش تر از محاکم قانون اساسی جرمنی و اسپانیا ملاحظه می شود. برای تشخیص میزان این نسبت در سیاسی بودن مراجع نظارتی، می توان معیارهایی را در نظر گرفت از جمله: (۱) شیوه انتصاب اعضا (چنان که در فرانسه تمام اعضا اما در ایتالیا و اسپانیا بخشی از اعضا توسط مراجع سیاسی انتخاب می شوند)؛ (۲) شرایط لازم برای انتصاب (چنان که در فرانسه اعضا از هر صنفی می توانند انتخاب شوند اما در جرمنی، ایتالیا و اسپانیا فقط از بین مشاغل مرتبط با حقوق باید انتخاب شوند)؛ (۳) موقعیت اعضا (از این جهت که آیا به قضات عادی نزدیک اند یا خیر)؛ (۴) شیوه انتخاب رئیس (از این جهت که رئیس توسط اعضا انتخاب می شود مانند ایتالیا، یا توسط پارلمان مانند جرمنی و یا توسط رئیس دولت-کشور مانند فرانسه و ایالات متحده).

نظارت مراجع مذکور مرتبط با حقوق خصوصی قرار می‌گیرند که از قرار ذیل‌اند.

### ۱-۳-۴. قوانین عادی

نظارت بر قوانین یکی از قلمروهای موضوعی اصلی مراجع نظارتی است؛ اما همیشه پذیرفته نیست و گاهی با چالش مواجه می‌شود؛ چرا که فرض بر این است که قانون به آن دلیل که ناشی از تصویب پارلمان است، بیان ارادهٔ مردم به‌عنوان منشأ حاکمیت می‌باشد. با این حال، امروزه به‌صورت کلی در قوانین اساسی تصریح می‌شود که اگر قواعد مقرر در قوانین عادی با ارزش‌ها و هنجارهای برتر مندرج در قانون اساسی که آن‌ها نیز ناشی از ارادهٔ مردم و حقوق طبیعی است در تعارض باشد، از تطبیق آن‌ها جلوگیری خواهد شد که این موضوع، ناشی از اساسی‌سازی حقوق خصوصی است<sup>۱</sup> که در عنوان بعد توضیح داده می‌شود.

### ۲-۳-۴. مقرره‌ها و قواعد فردی

چنین نظارتی بیش‌تر از نظارت بر قوانین شایع است؛ چرا که به‌طور کلی، مأمورین و متصدیان اداره، منتخب نیستند و به این ترتیب به‌عنوان تجسم حاکمیت ملی نیز در نظر گرفته نمی‌شوند و اقدامات آن‌ها بیش‌تر در معرض نظارت قرار می‌گیرد و چنانچه برخلاف حقوق اساسی باشد، امکان ابطال و جبران خسارت بیش‌تری نیز خواهد داشت که قانون اساسی افغانستان نیز به این نظارت اشاره کرده است.<sup>۲</sup>

### ۳-۳-۴. تصمیمات قضایی

این تصمیمات ممکن است به دو صورت مخالف با ارزش‌های مندرج در قانون اساسی باشند: یا از لحاظ ماهوی، مانند هنگامی که تصمیمات قضایی عملی مغایر با حقوق اساسی را رد و محکوم نمی‌کنند؛ یا از لحاظ شکلی، مانند طرز‌العامل اعمال‌شده بر آن، خصوصاً در شرایطی که حقوق دفاع یا تساوی طرفین دعوی رعایت نشده است. این نوع نظارت بر تصمیمات قضایی

۱. قابل ذکر است که تا بعد از جنگ جهانی دوم، فقط حقوق طبیعی در جرگهٔ ارزش‌های حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی قرار می‌گرفتند؛ اما امروزه ارزش‌های پوزیتیویسم حقوقی که ریشه در حقوق بین‌الملل و حقوق اتحادیه‌ای مانند ارزش‌های پذیرفته شده در اتحادیهٔ اروپایی نیز دارای ارزش‌های اساسی هستند و حتی نقش ارزش‌های بین‌الدولی «فرا قانون اساسی» را یافته‌اند.

۲. مادهٔ ۵۱. ا: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوی اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی‌تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.»

به صورت خاص در جرمنی و ایالات متحده انکشاف یافته است که در امریکا دیوان عالی مجموعه‌ای از قواعد طرز العمل جزایی و اداری را از روی فصل مربوط به آزادی‌های عمومی مندرج در قانون اساسی اقتباس کرده است (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۸۷).

#### ۴-۳-۴. اقدامات اشخاص تابع حقوق خصوصی

در صورتی که اقدامات اشخاص تابع حقوق خصوصی در قراردادها و وصیت‌نامه‌ها و غیره، حاوی پیش‌بینی‌هایی باشند که مخالف ارزش‌های مطروحه در حقوق اساسی به نظر آیند، ممکن است تحت نظارت این مراجع نظارتی قرار بگیرند؛ مانند اصل عدم تبعیض مذهبی یا نژادی؛ لذا در فرانسه که عبارت مندرج در یک وصیت‌نامه، شخصی را به دلیل انتخاب همسر یهودی از میراث محروم کرده بود، شورای قانون اساسی این اقدام را به دلیل رفتار تبعیض آمیز باطل و بی اثر کرده است (همان، ۸۸) و ده‌ها قضیه دیگر که در این ارتباط توسط مراجع نظارتی باطل شده است که در عنوان آینده مطرح می‌شوند. اما در مجموع، این نوع نظارت، موضوعی جدید است که مورد بحث نیز می‌باشد و کم‌تر در نظام‌های حقوقی کشورهای کم‌تر انکشاف یافته ملاحظه می‌شود.

#### ۵. مفهوم اساسی سازی حقوق خصوصی

از آنجایی که تقسیم‌بندی مبنای قواعد حقوق خصوصی و خصوصاً حقوق قراردادی بر مبنای مکاتب حقوق طبیعی و فردگرا از یک سو و پوزیتیویستی و جمع‌گرا از سوی دیگر - به دلیل این که هر یک دیگری را نفی می‌کند و «واقعیت‌ها» را نادیده می‌گیرند - خطرناک است، باید راه‌حلی در نظر گرفته شود که برای رفع این خطر، در سال‌های اخیر افکار «اساسی سازی حقوق خصوصی» پی‌گیری شده است. از دیدگاه این اندیشه که شامل افرادی مانند «رز» می‌باشد، اعتقاد به حداقلی از ارتباط بین حقوق و نظام ارزش‌ها به وجود آمده است (Raz, 2003: 2)؛ یعنی نباید مبنای شکل‌گیری قواعد حقوق خصوصی صرفاً بر مبنای منفعت خصوصی یا عمومی باشد؛ بلکه باید میزان اهمیت بنیادی و اجتماعی آن‌ها در نظر گرفته شود که یکی از مصادیق آن قواعد حقوق بشری است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۱۴). به دلیل این که اگر در گذشته و بر مبنای مکتب حقوق طبیعی، حاکمیت اراده محترم بوده یا است، مناسبات اجتماعی و اقتصادی نیز متناسب با آن،

1. Constitutionalisation of Private Law.

برقرار بوده است که در تحولات رخ داده در مناسبات اجتماعی و اقتصادی اخیر، مبنای استواری حاکمیت اراده تغییر کرده است و این تغییر مستلزم ضروری سازی مداخله در روابط قراردادی اشخاص شده است (امینی، عابدیان و کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷۷)؛ لذا دیدگاه اساسی سازی حقوق خصوصی سعی کرده است از حالت کشمکش بین دو حوزه حقوق عمومی و خصوصی خارج گردد (Barkhuysen and Lindenbergh, 2010: 371) و از طریق اتحاد نسبی، تفکیک سستی بین حقوق عمومی و خصوصی و تقابل منفعت خصوصی را با منفعت عمومی به تعامل تبدیل کند (Ibid). در واقع، اساسی سازی حقوق خصوصی سعی کرده است نظام ارزش ها و ارادی عمومی و دولت را در تحدید آزادی افراد جمع کند و از طریق حقوق اساسی و بنیادین، دولت را به حداقلی از الزامات حقوق طبیعی پایبند سازد (رحمتی فر، ۱۳۹۴: ۱۹۵). در این رویکرد، حقوق خصوصی با آن که برای تأمین منفعت خصوصی اشخاص است؛ اما برای جلوگیری از رفتار ناعادلانه در جامعه، تا حد یک حق اساسی و بنیادین ارتقا می یابد. به عبارتی، از این دیدگاه، دامنه حقوق اساسی منحصر به رابطه دولت-فرد نیست؛ بلکه به دلیل اهمیت موضوع، در تمام حوزه های حقوق فارغ از عناوین عمومی و خصوصی حاکم می گردد که قانونگذار در مقام واضع قواعد و قضات در مقام تطبیق و تفسیر، آن ها را به عنوان اصول رهنما مورد توجه قرار می دهند؛ چه این که در یک نظام مردم سالار خطر نقض حقوق اساسی افراد توسط یکدیگر بیش تر از احتمال نقض این حقوق توسط دولت است؛ یعنی تعارض منافع در خطوط افقی بیش تر از خطوط عمودی است<sup>۱</sup> و باید مبتنی بر اساسی سازی حقوق خصوصی، از وقوع آن جلوگیری کرد (Barkhuysen and Lindenbergh, 2010: 369)؛ مانند این که اگر در قرارداد اجاره شرط عدم استفاده از شبکه های تلویزیونی مجاز و استفاده از اینترنت شده باشد و این شرط منجر به تضییع حق مستأجر گردد، می توان شرط مذکور را به علت مغایرت با حقوق اساسی و بنیادین او نامشروع و در نتیجه فاقد اعتبار حقوقی دانست؛ یا این که اگر مردی برای عقیم کردن خود نزد پزشک مراجعه می کند؛ اما پزشک عمل مورد نظر را به صورت صحیحی انجام نمی دهد و همسر وی باردار می شود، بر مبنای اساسی سازی حقوق خصوصی قابل طرح دعوی است که در دعوی تولد فرزند ناخواسته به جای این که تولد او را به عنوان عامل خسارت دانسته و مبتنی بر آن، مصارف دوران حمل و ولادت طفل از داکتر مطالبه گردد، نقض «اصل خودمختاری» افراد و حق

۱. منظور از «اثر عمودی» کارکرد حقوق عمومی سستی در رابطه دولت و فرد است که در رویکرد جدید، «اثر افقی» نیز یافته است؛ یعنی روابط خصوصی اشخاص نیز می تواند در حوزه حقوق عمومی مطرح گردند که اصطلاحاً تحت عنوان «اساسی سازی حقوق خصوصی» بحث می شود.

آن‌ها برای تعیین تعداد اعضای خانواده به‌عنوان یک حق اساسی و بنیادی مبنای مطالبه خسارت قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> در نظام حقوقی افغانستان نیز بسیاری از قراردادها حاوی شروط غیر عادلانه‌اند که در بسیاری موارد با آن‌که بر مبنای حاکمیت اراده صحیح تلقی می‌شوند؛ اما می‌توان بر اساس اساسی‌سازی و مبتنی بر قانون مدنی و حقوق اساسی، برطرف کرد که نحوه کارکرد آن در عنوان بعد توضیح داده می‌شود.

امروزه پدیده اساسی‌سازی حقوق در بسیاری از نظام‌های حقوقی واقع شده یا در حال وقوع است و روز به روز بر ابعاد آن افزوده شده و گسترده‌تر می‌شود؛ چرا که نظم حقوقی به دغدغه دائمی انسان‌ها تبدیل شده است؛ یعنی احترام به حقوق اولیه و اساسی بشر و تحقق عدالت منطقی، هرچه بیشتر مورد انتظار است. هم‌چنین، این پدیده در گرایش‌های مختلف حقوق خصوصی در حال وقوع است؛ از جمله حقوق قراردادها، مسئولیت مدنی و حقوق اموال؛ اما نسبت به شمول آن بر حقوق خانواده به علت ارتباط شدید آن با نظم عمومی و مسائل دینی و مذهبی، تردید وجود دارد. البته، این پیش‌بینی وجود دارد که دامنه آن به مقوله‌های دیگری از قبیل حقوق شرکت‌ها و غیره نیز گسترش یابد. (همان) به دلیل گسترش دامنه اساسی‌سازی حقوق است که می‌توان گفت: اگر نهضت دستورگرایی و تصویب قوانین اساسی در نیمه دوم قرن هجده یک اقدام انقلابی محسوب می‌شده است، اساسی‌سازی نظم حقوقی، انقلاب نیمه دوم قرن بیستم است.

حقوق خصوصی نیز فقط بر مبنای حقوق طبیعی به مفهوم یک نظام صرفاً مبتنی بر حاکمیت اراده برای توزیع کالا بین طرفین رابطه قراردادی مطرح نیست؛ بلکه تابع یا مرتبط با ارزش‌های مندرج در حقوق اساسی و بنیادین است. به عبارتی، حقوقی که به‌عنوان حقوق بشر شناخته شده‌اند، ارزش‌های اساسی کل نظام حقوقی‌اند و این ارزش‌های اساسی باید هم در قلمرو حقوق خصوصی و هم در حقوق عمومی تطبیق گردند. به همین دلیل، باید حقوق خصوصی و خصوصاً حقوق قراردادها، حقوق اساسی را مورد توجه قرار دهد؛ چرا که مقررات بازار و حقوق قراردادها، فقط به دلیل نقش آن در گردش سرمایه مادی اهمیت ندارد؛ بلکه ابزاری برای دستیابی شهروندان به اساسی‌ترین نیازهای خود است و قانون در مفهوم عام وسیله‌ای برای رسیدن به این عدالت اجتماعی است (Coyle, 83). شهروندان برای تهیه نیازهای اساسی خود

۱. البته این موضوع عمدتاً در حقوق قراردادها، مسئولیت مدنی و حقوق اموال مورد توجه قرار گرفته است؛ اما شمولیت آن در مورد حقوق خانواده به علت ارتباط شدید آن با نظم عمومی، محل تردید است (طهماسبی، ۱۰۸).

مانند آب، انرژی، اخذ اعتبار و ارتباطات، روز به روز وابستگی بیش‌تری به بازار و حقوق قراردادهای پیدا می‌کنند و منافع آن‌ها باید در روابط قراردادی در شرایطی که در اغلب موارد طرف مقابل آن‌ها قدرتمندتر است، تا حد کافی مورد حمایت قرار بگیرد. برای ایجاد رابطه خصوصی برابر، یکی از راه‌کارها اندیشه پوزیتیویستی است که از طریق دخالت دولت با ایجاد قاعده حقوقی صورت می‌گیرد و سبب وحدت ارزش‌های حقوق طبیعی و واقعیت‌های حقوق پوزیتیویستی می‌شود. راه‌کار دیگر، اساسی‌سازی حقوق خصوصی است که این سازوکار نیز سبب وحدت مکاتب حقوقی مذکور می‌شود؛ چرا که هدف غایی جامعه انسانی، محقق‌ساختن زندگی دوستانه و روابط برابر و انسانی است و اقتضا دارد که فعالیت‌های اجتماعی حقوق نیز مورد توجه قرار بگیرد و ارزش و واقعیت هنگامی معنا و مفهوم داشته باشند که زمینه‌ساز تحقق هدف مذکور شوند (پولانزاس، ۱۳۵۴: ۱۹).

حقوق اساسی و بنیادین کارکرد دوگانه دارد که گاهی براساس اساسی‌سازی حقوق خصوصی، در قالب حقوق خصوصی ظاهر می‌شود و یا حقوق خصوصی را در جایگاه خود قرار می‌دهد و تبدیل به معیاری برای حمایت از یک‌طرف رابطه حقوق خصوصی می‌شود و گاهی در قالب حقوق عمومی بیان می‌شود که رعایت حقوق اساسی و بنیادین اتباع را توسط دولت تضمین می‌کند که عملکرد اولی در این‌جا مطرح است (Barkhuysen and Lindenbergh, 2010: 37)؛ بنابراین، در اساسی‌سازی حقوق، حقوق خصوصی، در سطح حقوق اساسی و بنیادین بشری قرار می‌گیرد و از جایگاه «حقوق خصوصی» مبتنی بر حاکمیت اراده صرف، به جایگاه «حقوق اساسی» تابع حقوق عمومی، ارتقا می‌یابد. به همین دلیل، نابرابری و عدم تعادل موجود در رابطه خصوصی، از این طریق برطرف می‌شود. البته، منظور از اساسی‌سازی حقوق خصوصی، صرفاً مبتنی بر اندیشه پوزیتیویستی نیست؛ مانند این‌که صرف درج آن در قانون اساسی به مفهوم حق اساسی باشد؛ بلکه این موضوع یک فرایند شکلی است و درج این حق در قانون اساسی، زمانی دارای ارزش حقوقی است که اساسی‌سازی در معنای واقعی آن صورت گرفته باشد؛ یعنی ورود این حقوق در قانون اساسی، منجر به این موضوع گردد که تأثیر بنیادینی در رویه قضایی - اعم از مراجع صیانت از قانون اساسی و هم محاکم قضایی و اداری - بگذارد و تحول اساسی را در تضمین محتوای حقوق خصوصی به جای بگذارد؛ لذا در کشورهایی که ارزش‌های مندرج در حقوق اساسی از قوت بالاتری در اجرا برخوردارند، هنجارهای قوی شکل گرفته و در موارد

متعددی، رویه قضایی در تضمین این حقوق متحول شده و مراجع نظارتی اقدام به صدور فیصله در این خصوص نموده‌اند که نمونه آن اصلاحات صورت گرفته در مورد حقوق بنیادین در قانون اساسی جرمنی است که دامنه آن به روابط اشخاص خصوصی نیز سرایت کرده است؛ یعنی اثر افقی نیز یافته است (Ibid, 36)؛ چنان‌که یکی از قراردادهای خصوصی که به دلیل نادیده گرفتن حقوق بنیادین در روابط خصوصی با توجه به رویکرد جدید قانون اساسی این کشور با بطلان مواجه گشته است، قضیه «بورگه»<sup>۱</sup> معروف به «ضامن»<sup>۲</sup> است. در این قضیه، یک شخصی از بانک درخواست مبلغ یک صد هزار مارک قرضه کرده بود و بانک نیز از دختر او تقاضا کرد که به عنوان ضامن، اسناد قرضه را امضا کند و تصریح کرده است که این امضا برای اعطای قرضه لازم است و البته برای شما تعهدات مهمی را ایجاد می‌کند؛ با این حال، او اسناد قرضه را امضا کرده است. ضامن که دختر ۲۱ ساله و دارای سواد کم، بدون دارایی و فاقد مهارت شغلی خاص بوده، در یک کارخانه با معاش ماهوار هزار و یک صد و پنجاه مارک کار می‌کرده است. اما بعد از دریافت قرضه، پدر دختر با مشکلات مالی مواجه شد و نتوانست قرضه مذکور را بازپرداخت کند. در نتیجه، بانک یک صد هزار مارک را به اضافه مفاد آن که مجموعاً بالغ بر یک صد و شصت هزار مارک می‌شده است، مطابق قرارداد ضمانت از ضامن مطالبه کرده است.

دوسیه مذکور در «محکمه ابتدائیه ولسوالی آ» مطرح شد و محکمه مذکور نیز با استناد به این‌که قرارداد ضمانت صحیح و معتبر است، حکم به پرداخت تمام دین صادر کرد؛ اما محکمه استیناف (ایالتی)، قرارداد را به دلیل این‌که مصدی بانک وظیفه خود را به «دادن اطلاعات» به ضامن نقض کرده است، باطل اعلام و ضامن را ملزم به پرداخت دین پدر ندانست. اما این فیصله در محکمه عالی فدرال نقض و استدلال شد که بانک چنین وظیفه‌ای نداشته است؛ چرا که شخصی که به سن رشد رسیده، از این امر آگاهی دارد که امضای قرارداد ضمانت، خطراتی به دنبال خواهد داشت. با این حال، ضامن از فیصله مذکور نزد «محکمه قانون اساسی فدرال» اعتراض کرد و مدعی شد که محکمه عالی حق اساسی وی نسبت به «استقلال خصوصی»<sup>۳</sup> را که در ارتباط با

1. Burge Case.
2. Burgschaft Case.
3. Landgericht.

۴. استقلال خصوصی (Private Autonomy) به مفهوم آزادی انسان در تصمیم‌گیری در رابطه با این موضوع است که «چیزی» در زندگی برای او ارزش بیشتری دارد که این موضوع در قانون اساسی جرمنی به عنوان یکی از حقوق بنیادین شناسایی شده است.

اصل «دولت اجتماعی»<sup>۱</sup> است، نقض کرده است. محکمه قانون اساسی نیز اعلام نمود در مواردی که عدم تعادل ساختاری طرفین در قدرت انجام معامله منجر به انعقاد قراردادی شود که برای طرف ضعیف قرارداد به شدت سنگین باشد، محاکم حقوقی وظیفه دارند که بر مبنای قواعد عمومی (مانند اخلاق حسنه و حسنیت) در قرارداد مداخله کنند. این وظیفه مبتنی بر تکلیف حمایت از حق اساسی استقلال فردی در رابطه با اصل دولت اجتماعی است؛ لذا در این دوسیه، عدم تعادل قراردادی وجود داشته است؛ چرا که بانک در دادن اطلاعات کافی و مناسب به ضامن در مورد خطر مربوط به ضمانت کوتاهی کرده است؛ خصوصاً که قرضه مذکور در مقایسه با عایدی وی بسیار بیش تر بوده است (Cherednychenko, 2007: 7)؛ بنابراین، این قضیه به خوبی نشان می‌دهد که حقوق اساسی چگونه بر حقوق خصوصی تأثیر گذاشته است و از طرف ضعیف در یک رابطه قراردادی حمایت می‌کند؛ اگر هم بین دیدگاه‌های محاکم تفاوت نگرش وجود دارد، نه به دلیل عدم شناسایی چنین تأثیری است؛ بلکه به محتوای موضوع بازمی‌گردد (Lindenbergh, 2010: 372).

هم‌چنین، در برخی موارد حق دسترسی آزاد به اطلاعات به‌عنوان یک حق اساسی و بنیادین شناسایی شده و قرارداد خصوصی مغایر با آن، باطل اعلام شده است. در قضیه «مستأجر» که مهاجر ترکیه‌ای بوده است، موجد در ضمن قرارداد اجاره شرط می‌کند که مستأجر نمی‌تواند رسیور شبکه‌های تلویزیون ماهواره‌ای را در عین مستأجره نصب کند؛ اما مستأجر به دلیل این که نمی‌توانست با آنتن عادی شبکه‌های ترک‌زبان را دریافت کند، برخلاف قرارداد، اقدام به نصب رسیور نمود که موجد نیز با اطلاع از این موضوع، اقدام به مخالفت و اقامه دعوی علیه مستأجر کرده است. محکمه مدنی جرمنی نیز شرط مذکور در قرارداد را صحیح دانسته و مستأجر را محکوم کرده است؛ اما مستأجر قانع نشده و با استناد به حق دسترسی آزاد به اطلاعات، نزد محکمه قانون اساسی طرح دعوی کرده است.<sup>۲</sup> محکمه مذکور با تأیید استدلال مستأجر، تصریح کرده است که چنین شرطی با حق اساسی و بنیادین آزادی دسترسی به اطلاعات - که در اصل

۱. منظور از دولت اجتماعی (Social State)، دولتی است که در آن تأمین و بهبود رفاه عمومی، وظیفه قانونی نهادها بوده و در این نظام، دولت به همه اشخاصی که به هر دلیل نتوانند مصارف خود را تأمین کنند، یاری می‌رساند. به عبارتی، در این نظام، یکی از اهداف اصلی دولت، برقراری عدالت اجتماعی است که اصل دولت اجتماعی از طریق ایجاد تعادل بین طرف ضعیف قرارداد و طرف قدرتمند، بر حقوق قراردادهای اثر می‌گذارد.

۲. محکمه عالی قانون اساسی جرمنی، از جمله محاکم نادری است که از بیش‌ترین صلاحیت‌ها برخوردار است و حتی می‌تواند درخواست رسیدگی از سوی اشخاص خصوصی را مورد بررسی قرار دهد. به همین دلیل، می‌توان در رویه این محکمه، قضایای متعددی را مرتبط با این موضوع یافت و مورد بررسی قرار داد.

پنجم قانون اساسی جرمی تضمین شده است- مغایرت دارد و مستأجر حق دارد از رسیور شبکه های ماهواره ای استفاده کند و موجر نیز مکلف به اجازه نصب آن است (Ibid, ۷).

در فرانسه برای حفظ یا ایجاد تعادل و برابری بین طرفین قرارداد، در قانون ۱۹۷۸ مصرف<sup>۱</sup> و مقررۀ ممنوعیت «شروط تحمیلی»<sup>۲</sup> از طرف متخصص بر غیرمتخصص و مستهلکین،<sup>۳</sup> تصویب و تعیین مصادیق شروط تحمیلی به کمیسیون اختصاصی واگذار گردیده است و این کمیسیون حدود ۵۰ لیست از شروط تحمیلی تهیه کرده است. شروطی که در قراردادهای کاملاً متفاوت ظاهر می شوند، از اجاره مسکن گرفته تا قراردادهای اعمار منازل شخصی، بیمه، اسکان افراد یا قراردادهای منعقدۀ با آژانس های همسریابی (سیملر، ۱۳۷۷: ۲۵۲). علی رغم تنوع این شروط، ابطال اندکی از این شروط غیرقابل احصا به محاکم واگذار شده است؛ اما این بدان معنا نیست که اقدامات مزبور بی فایده بوده است. اقدامات این کمیسیون غالباً بدون سروصدا در ضمن موافقت های حاصله بین نهادهای صنفی متخصصین و انجمن های مستهلکین اعمال گردیده است. از جمله این موافقت ها ارائۀ مدل قراردادهای عادلانه تر است که به منظور پیش گیری از نابرابری های قراردادی تهیه شده اند. تغییرات شکلی در قراردادهای مزبور گاهی به شکل یک جانبه توسط متخصصین یا نهادهایی که صادقانه عمل می کنند، صورت گرفته و در بعضی موارد حتی قبل از به کارگیری قراردادهای نمونه، پیشنهاددهنده ها، پروژه های خود را به کمیسیون شروط تحمیلی ارائه نموده اند (همان، ۲۵۳)؛ لذا موضوع حفظ تعادل بین طرفین رابطۀ قراردادی در رویۀ قضایی فرانسه نیز جایگاه مهمی دارد و در موارد متعددی، محاکم توانسته اند فراتر از قانون مذکور عمل کنند؛ چنان که در قضیه ای، شخصی برای چاپ عکس های خود چند حلقه فیلم را به لابراتوار عکاسی داده و رسید دریافت کرده است. رسید مذکور حاوی شرطی مبنی بر عدم مسئولیت لابراتوار عکاسی در فرض معدوم شدن کلیشه ها بوده است. اتفاقاً کلیشه ها معدوم

1. Code de la Consommation.

2. Clause Abusive.

۳. در ماده ۳۵ قانون ۱۰ جنوری ۱۹۷۸ مقرر شده است که: در قراردادهای منعقدۀ بین متخصصین و غیرمتخصصین یا مستهلکین شروط مشروحه ذیل را که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی طرف مقابل بر غیرمتخصصین یا مستهلکین تحمیل شده و در نتیجه به سوء استفاده کننده منافع بیش از حد اعطا می کند، می توان توسط دستورالعمل اجرایی شورای دولتی (Conseil d'Etat) (که مبتنی بر نظر کمیسیون تأسیس شده طبق ماده ۳۶ است) ممنوع، محدود یا تحت نظم خاصی درآورد. شروط مذکور عبارتند از: شروط راجع به خصوصیت معین قیمت و یا قابلیت تعیین و پرداخت آن، شروط مربوط به موضوع عقد و تحویل آن، مربوط به مسئولیت خطرات، دامنه مسئولیت و ضمانت، شرایط اجرای عقد، فسخ، فسخ قهری یا تمدید معاهدات (متن ماده مذکور امروزه با عنوان ماده ۱-۱۳۲ لام در مجموعه قانون مصرف مطرح شده است).

شدند و مشتری نیز از قبول شرط عدم مسئولیت متخصص امتناع کرده است. شرط مذکور مشمول بطلان پیش‌بینی شده در قانون اجرایی ۱۹۷۸ نبود؛ چرا که قانون مذکور این نوع شروط را صرفاً در فرض اندراج در «عقد بیع» باطل می‌دانست؛ اما در دعوای مورد بحث، عقد بیعی واقع نشده بود و دوسیه صرفاً یک قرارداد انجام کار و در نتیجه مشمول قواعد عقد اجاره اشخاص بوده است. با این حال، محکمه ابتدائیه، شرط مورد بحث را از مصادیق شروط تحمیلی تشخیص داده است؛ چرا که براساس آن، لایراتوار از برتری بیش از حدی نسبت به مشتری برخوردار شده است؛ لذا متخصص ملزم به جبران کامل خسارت وارده بر مشتری شده است. دیوان عالی این کشور نیز در فیصله ۱۴ می ۱۹۹۱، تقاضای تجدید نظر فیصله صادره از ناحیه محکمه ابتدائیه را رد و با این توجیه که فیصله محکمه ابتدائیه که بر طبق آن چنین شرطی به لایراتوار برتری بیش از حدی اعطا کرده است و این که لایراتوار مذکور به علت برخوردارگی از موقعیت اقتصادی برتر در مسأله، در شرایطی بوده که می‌توانسته است شرط مذکور را بر مشتری خود تحمیل نماید، قابل اعتراض ندانسته است؛ بنابراین، فیصله صادره دلالت بر تحمیلی بودن شرط مورد بحث داشته و در نتیجه ابطال آن صحیح می‌باشد (همان، ۲۵۶-۲۵۷)؛ لذا با نقض آشکار ماده ۳۵ قانون ۱۹۷۸ که صلاحیت شناسایی صفت «تحمیلی بودن» را به مراجع صالح قضایی و اداری واگذار نموده بود، دیوان عالی کشور در واقع به موردی که قانون‌گذار بدان اشاره نکرده، تعدی و آن را انکشاف داده است.<sup>۱</sup>

البته قانون ۵ جانوری ۱۹۸۸ مکمل مقررات ۱۹۷۸، به انجمن‌های مستهلکین که از جایگاه قانونی برخوردارند، اجازه می‌دهد تا در مورد درخواست حذف شروط، ابتکار عمل را به دست گرفته یا حتی در جریان دادرسی مستهلک مداخله نمایند (همان، ۲۵۹).

قابل ذکر است که مبتنی بر قواعد حقوق بشر فراملی و اقدامات محاکم قضایی، رویه‌ای شکل گرفته است که در اساسی‌سازی حقوق خصوصی نقش قابل ملاحظه‌ای دارد و در مواردی که

۱. این مقررات به دلیل چالش‌هایی که در اجرا و تفسیر محاکم ایجاد می‌کرد، بر طبق درخواست دولت از درجه اعتبار ساقط شد. با این حال، در اول فبروری ۱۹۹۵، متن اصلی مندرج در ماده ۱-۱۳۲ لام قانون مصرف با تغییر ملاک سوء استفاده، مجدداً تنظیم گردید. از این به بعد، به جای ملاک «برتری قابل ملاحظه» که در مورد مسئله سوء استفاده از قدرت اقتصادی اعمال می‌شد، ملاک «عدم تعادل قابل توجه» به ضرر غیرمتخصص یا مصرف‌کننده» مورد عمل قرار گرفت. البته تغییر مذکور بیش از این که ماهوی باشد، تغییر شکلی است که صرفاً برای هماهنگی با عبارات دستورالعمل ۵ اپریل ۱۹۹۳ اتحادیه اروپایی صورت گرفته است. در سال ۱۹۹۳ شورای اتحادیه اروپا دستورالعملی را تحت عنوان «شرایط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف» صادر نمود که بر اساس آن، دولت‌های عضو مکلف شدند به منظور مقابله با شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف، قوانین لازم را به تصویب برسانند (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts).

نابرابری در روابط قراردادی منجر به ورود زیان به طرف ضعیف‌تر می‌شود، از طریق اساسی سازی آن رابطه، به حمایت می‌پردازد؛ چنان‌که در قضیه «ویبک بوش»<sup>۱</sup> که وی یک نرس شفاخانه بود، برای دوران حمل و ولادت جنین خویش از کارفرمای خود برای مدت سه سال درخواست رخصتی کرده است؛ درحالی‌که در این هنگام، هفت ماهه حامل بوده است. کارفرما نیز موافقت می‌کند اما بعد از اعلام موافقت، خواهان بازگشت زودتر نرس به سر وظیفه می‌شود و ادعا می‌کند که در مورد این توافق، او دچار اشتباه و فریب شده است. اما پس از طرح دعوی، «محکمه عدلی اروپایی»<sup>۲</sup> که مرجع حمایت از حقوق اساسی و بنیادین اشخاص نیز می‌باشد، چنین ادعایی را رد می‌کند و حتی تصریح می‌کند که خانم مذکور مکلف به بیان حامل بودن خویش نبوده است و کارفرما باید متعهد بر قرارداد صورت گرفته باقی بماند و نباید این قرارداد را بر مبنای اشتباه و فریب معکوس کند و مبتنی بر قوانین ملی که اشتباه و فریب را می‌پذیرد، خواهان بازگشت وی گردد. این موضوع، نشان از پذیرش آزادی‌های اروپایی و احترام به قرارداد به‌عنوان یک حق اساسی دارد؛ جدای از این‌که رفتار برابر شده است یا خیر (Lindenbergh, 372). هم‌چنین است قضیه «مسافر»<sup>۳</sup> در مورد محدودیت مسئولیت که در این قضیه به مسافر صدمه‌ای وارد شده که منجر به قطع هردو پای او گردیده است. با توجه به نظام حقوقی ملی هالند که سقف نهایی جبران خسارت ناشی از حوادث را ۱۳۷ هزار یورو تعیین کرده است، حکم اولیه خسارت قابل پرداخت را عبارت از همین رقم دانسته بود؛ اما مسافر اقدام به اعتراض نزد دیوان عالی مبتنی بر ماده یک پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر اتحادیه اروپایی<sup>۴</sup> کرده است. محکمه حقوق بشر اروپایی از ماده ۱ پروتکل مذکور تفسیر موسع کرده است که ایجاد محدودیت در مسئولیت در قوانین ملی، نادیده‌گرفتن حقوق اساسی است و به این ترتیب، مسئولیت شرکت نسبت به صدمه وارده تا یک میلیون یورو افزایش یافته است (Lindenbergh, 373-374).

## ۶. دادرسی اساسی

اساسی سازی حقوق خصوصی یک روند قانون‌گذاری صرف ندارد؛ بلکه از جهت حمایت از حقوق اساسی و بنیادین افراد توسط مرجع قانونی است که ممکن می‌شود؛ یعنی مرجع ناظری که

1. Wiebke Busch Case.
2. European Court of Justice.
3. Traveler Case.
4. European Convention of Human Rights (ECHR).

بتواند رفتارهای خلاف حقوق اساسی و بنیادین بشری را باطل کند. به عبارتی، یکی از نمودهای آشکار شکل‌گیری دولت قانون‌مدار و انکشاف قضایی و حقوقی در هر کشوری، انکشاف کمی و کیفی نظارت بر انطباق قوانین مصوب پارلمان با ارزش‌ها و هنجارهای اصولی و کلی‌تر قانون اساسی است (گرچی، ۱۳۸۸: ۳۷۵) که شامل نظارت بر تصمیمات مراجع قضایی نیز می‌شود که این نظارت از طریق نهاد «دادرسی اساسی» صورت می‌گیرد؛ چرا که امروزه تقریباً تمام نظام‌های حقوقی، برتری قانون اساسی را به‌عنوان یک اصل پذیرفته‌اند و به تبع آن، مراجعی را برای صیانت از این برتری در نظر گرفته‌اند اعم از این‌که محکمه عادی باشد یا یک نهاد کاملاً مستقل. (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۸۲) به همین دلیل، دادرسی اساسی عبارت است از مجموعه‌ای از مراجع و سازوکارهایی که غایت آن‌ها تضمین احترام و برتری قانون اساسی است (فاورو و ودل، ۱۳۸۲: ۲۴۴) و به این طریق، برتری حقوق اساسی تضمین می‌شود؛ چرا که حقوق اساسی با درج در قانون اساسی، نیاز به مرجعی برای صیانت از این ارزش و هنجار برتر دارد و به همین دلیل، مستلزم وجود ضمانت‌اجرای مؤثر نیز است؛ لذا بحث دادرسی اساسی به‌عنوان یکی از مفاهیم اصلی حقوق اساسی نوین، از همین نیاز سر برآورده است.

اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیازمند توجه بیش‌تر به نهاد دادرسی است که عامل بنیادین در این تحول نیز می‌تواند باشد؛ چرا که در اساسی‌سازی حقوق خصوصی، قرار است یک رابطه خصوصی و تابع حاکمیت اراده طرفین آن، در جایگاه یک حق اساسی که مقرر در قانون اساسی است، قرار بگیرد که وظیفه صیانت از حقوق اساسی در حوزه صلاحیت و وظایف چنین مرجعی است؛ لذا محاکم قوه قضائیه اصولاً در جایگاهی نیستند که چنین شناسایی را انجام دهند؛ مگر این‌که چنین وظیفه‌ای به آن‌ها محول شده باشد؛ اگرچه تعیین مرجع قضایی حتی در سطح عالی‌ترین نهاد قضایی نیز نمی‌تواند این موضوع را محقق کند؛ چه این‌که خود آن‌ها ممکن است ناقض چنین حقوقی باشند؛ چنان‌که در قضیه «ضامن» در جرمنی، محکمه عالی فدرال چنین حقوقی را نادیده گرفت؛ اما محکمه قانون اساسی چنین خطایی را جبران کرده است. مرجع صیانت از حقوق اساسی، خود باید مستقل از مرجع حل و فصل اختلافات خصوصی یعنی نظام قضایی باشد تا اقدام به نظارت بر اجرای حقوق بنیادین کند؛ چنان‌که در جرمنی، اسپانیا و ایتالیا محکمه عالی قانون اساسی و در فرانسه شورای قانون اساسی مستقل از نظام قضایی به صیانت از قانون اساسی و حمایت از حقوق اساسی می‌پردازند.

یکی از کشورهای که نظام مستقل دادرسی اساسی در آن به خوبی انکشاف یافته و توانسته است رویه‌ای بسیار قوی به جای بگذارد و در این راستا در حال تحول نیز می‌باشد، نظام حقوقی فرانسوی است که عبارت از «شورای قانون اساسی» در این کشور می‌باشد. موضوع اساسی سازی در فرانسه از اعلامیه حقوق بشر و شهروند<sup>۱</sup> ۱۷۸۹ پایه‌ریزی شده است (فاورو، ۱۳۸۵: ۲۷۲) و تا اکنون مسیر تکامل را طی می‌کند؛ چنان‌که مطابق تصمیمات شورای قانون اساسی در سال ۱۹۷۰، مقدمه قانون اساسی نیز به‌عنوان منبعی برای بررسی اساسی بودن مصوبات پارلمان در نظر گرفته شده است و در اصلاحیه<sup>۲</sup> ۲۹ اکتبر ۱۹۷۴، مراجعه به شورای قانون اساسی به شصت نماینده پارلمان و سنا نیز داده شده است (گرچی، ۱۳۸۸: ۳۸۸). در چارچوب اندیشه دولت قانون‌مدار، شورای قانون اساسی در یکی از آرای خود، به لزوم نظارت بر اعمال پارلمان تصریح کرده و می‌گوید: قانون تنها در چارچوب احترام به قانون اساسی بیانگر اراده ملی است؛<sup>۳</sup> یعنی برخلاف اندیشه حاکم بر دولت قانونی<sup>۴</sup>، درست است که قانون محصول تلاش برگزیدگان ملت است؛ اما نمی‌توان هر قانونی را سبیل اراده عمومی دانست. قانون تنها در صورتی حکایت از اراده همگانی خواهد داشت که اصول و اهداف مندرج در قانون اساسی را رعایت کرده باشد (همان، ۳۷۵). هم‌چنین، شورای قانون اساسی برای صیانت از حقوق اساسی در تصمیمات اخیر خود، برخی حقوق اساسی را از ارزش بالاتری برخوردار دانسته و از آنها تحت عنوان حقوق و آزادی‌های بنیادین نام برده است.

۱. اعلامیه مذکور حاوی دو طیف از موضوعات است؛ طیف اول به «اصول سازمان‌دهی سیاسی» پرداخته است و طیف دوم به شناخت «حقوق طبیعی بشر» اختصاص دارد که با انگیزه پایان‌بخشیدن یک‌باره به انکار حقوق بشر وارد اعلامیه شده است و تأکید می‌کند که انسان‌ها از نظر حقوقی، آزادانه و برابر متولد می‌شوند و آزاد و برابر نیز زیست می‌کنند (ماده ۱). غایت هر جامعه سیاسی، پاسداری از حقوق طبیعی و تغییرناپذیر بشر است. این حقوق عبارتند از آزادی، مالکیت، امنیت و پایداری در برابر ظلم (ماده ۲). ماده ۴ به ارائه تعریف از آزادی پرداخته است که عبارت است از توانایی بر انجام همه کارهایی که به حال دیگران زیانبار نباشد. ماده ۷ نیز اصل برابری همگان در برابر قانون را پرداخته است و ماده ۸ اعلامیه به حق دادخواهی نزد محاکم ملی صالح به‌دلیل تجاوز به حقوق بنیادین اشاره کرده است.

2. Cf: 197 DC, 23 aout 1985, cons.N 27, RJC 1-238-85.

۳. در چارچوب دولت قانونی، قانون، مقدس و نظارت‌ناپذیر بوده و حداکثر می‌توان به اعمال یک نظارت ساده بر فعالیت‌های اداره پرداخت. این درحالی است که اعمال نهادی مانند پارلمان نیز نباید مصون از نظارت بماند. به همین دلیل، گفته می‌شود جمهوری پنجم فرانسه دوران دولت قانونی را پیشتر گذاشته و وارد دوره جدید «دولت قانون‌مدار» شده است. براساس اندیشه دولت قانونی است که ماده ۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه، مقرر کرده است: «قانون بیانگر اراده عام است. تمامی شهروندان، خواه به‌صورت شخصی و خواه از طریق نمایندگان خود حق مشارکت در شکل‌گیری قانون را دارند. قانون باید، چه در مقام مجازات و چه در مقام حمایت، برای همگان یکسان باشد. از دیدگاه قانون، همه شهروندان برابر هستند و پذیرش آنها برای مقام‌ها، موقعیت‌ها و مشاغل عمومی به‌طور برابر و بر اساس قابلیت آنها صورت گرفته و تمایز دیگری جز استعداد و فضایل آنها اعمال نخواهد شد.»

به این طریق، این کشور توانسته است منابع غنی از هنجارهای اساسی فراهم کند و بر غنای حقوقی نظام حقوقی خود بیفزاید که باید نیز چنین باشد؛ چرا که قانون اساسی حاوی ارزش‌ها و هنجارهایی است که باید توسط مقامات پایین‌تر نیز قابل اجرا باشند؛ یعنی قضات عادی، مقامات اداری یا اشخاص بتوانند اجرا کنند؛ به دلیل این که «قانون اساسی، حقوق است» و قواعد اساسی آن باید قابل اجرا باشد (فاورو، ۱۳۸۵: ۲۷۲) که این موضوع به اساسی شدن حقوق خصوصی کمک می‌کند و افراد در مقابل قوانین مغایر اهداف و روح قانون اساسی مقاومت می‌کنند؛ لذا تصمیمات شورای قانون اساسی باید بر تمام مقامات اداری و قضایی تحمیل گردد.

امروزه موضوع ذخیره‌سازی و انباشت هنجارهای اساسی در تمام کشورهایی که دارای نظام دادرسی اساسی هستند، وجود دارد (همان، ۲۷۱) و به‌عنوان منبعی در جلوگیری از نابرابری‌ها در روابط خصوصی اشخاص نیز به کار می‌رود و قضات در مقام رفع این نابرابری‌ها به آن‌ها استناد می‌کنند و اگر چنین نکنند نیز دادرس اساسی اقدام خواهد کرد. نظام دادرسی فرانسه و هم‌چنین سایر مراجع نظارتی در کشورهای دیگر توانسته‌اند با ایجاد و انباشت چنین هنجارهایی، به تقویت نظام حقوقی خود پردازند و از طریق اساسی‌سازی حقوق خصوصی در برقراری تعادل در روابط طرفین خصوصی کمک شایانی بکنند.

در خصوص اساسی‌سازی حقوق خصوصی، نظام حقوقی افغانستان نیز با نگرش وسیع به آن، از انکشاف دور نیفتاده است و در مقدمه قانون اساسی می‌گوید: ما مردم افغانستان... با درک بی‌عدالتی‌ها و نابسامانی‌های گذشته... با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر... به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم... این قانون اساسی را... تصویب کردیم. بیان مذکور در مقدمه قانون اساسی، اگرچه ممکن است به‌عنوان یک متن الزام‌آور تلقی نشود؛ اما چنان‌که شورای قانون اساسی فرانسوی به آن جنبه الزامی داده است، با وجود یک مرجع دادرسی حقوق اساسی مستقل در افغانستان نیز می‌تواند قابل تحقق باشد. با این حال، فعلاً نیز می‌توان آن را حداقل به‌عنوان یک رویکرد و هدف در قانون اساسی دانست که تفاسیر از حقوق اساسی نیز نمی‌توانند آن را نادیده بگیرند. هم‌چنین، قانون اساسی در متن خود بدون تفکیک حقوق اساسی از حقوق بنیادین، به موارد متعدد حقوق اساسی می‌پردازد و به‌صورت خاص در مواد ۷، ۲۲ و ۴۰ مرتبط با حقوق خصوصی به نحوی

تصریح دارد که با تفسیر مراجع ذیصلاح، می تواند در ارتقای جایگاه حقوق خصوصی مورد استناد قرار بگیرند. ماده ۷ قانون اساسی به صورت کلی اشاره دارد که: «دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی براساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می باشد.» ماده ۲۲ نیز در این خصوص چنین تصریح دارد که: «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند.» هم چنین، در ماده ۴۰ می گوید: «ملکیت از تعرض مصون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود؛ مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص، بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره نمی شود. استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تأمین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه به موجب قانون مجاز می باشد. تفتیش و اعلان دارایی شخص، تنها به حکم قانون صورت می گیرد.»

در ساختار حقوقی افغانستان در خصوص مرجع صیانت از قانون اساسی، مواد ۱۲۱ و ۱۵۷ ق. ا پیش بینی دارند و ماده ۱۲۱، مرجع قضایی را به عنوان نهاد نظارتی معرفی می کند و می گوید: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها براساس تقاضای حکومت و یا محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.» اما ماده ۱۵۷ ق. ا، مرجع مستقل دیگری را به عنوان مرجع ناظر پیش بینی می کند و می گوید: «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق به احکام قانون تشکیل می گردد. اعضای این کمیسیون از طرف رئیس جمهور تعیین می گردند.»<sup>۱</sup> با توجه به پیش بینی هردو ماده مذکور، این ابهام وجود دارد که نهایتاً کدام یک از مراجع مذکور، وظیفه صیانت از حقوق اساسی را بر عهده دارند. استدلال شده است که صیانت از قانون اساسی به دوش ستره محکمه است؛ یعنی نظام قضایی عهده دار وظیفه صیانت از قانون اساسی است (دانش، ۹۷-۹۹)؛ اما موضوع مورد بحث در این جا، نظام دادرسی اساسی است که به دوش کدام یک از دو مرجع مذکور است؛ یعنی مرجعی که بتواند به دعاوی مربوط به حقوق اساسی رسیدگی و صلاحیت آن را داشته باشد.

۱. البته، قانون اساسی در ماده ۵۸، کمیسیون مستقل حقوق بشر را برای نظارت از رعایت حقوق بشر معرفی کرده است؛ اما چنین مرجعینی تواند به عنوان مرجع صیانت از حقوق اساسی مطرح باشد؛ بلکه بیش تر نقش رصدکننده تخلفات حقوق بشری را دارد که با حقوق خصوصی نیز کم تر ارتباط می گیرد.

برای پیش‌بینی مذکور در ماده ۱۵۷ ق. ا افغانستان، قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به تصویب رسیده است.<sup>۱</sup> قانون مذکور در ماده ۸، وظایف کمیسیون را مطرح نموده است که فقره‌های اول<sup>۲</sup> و چهارم<sup>۳</sup> آن از طرف شورای عالی ستره‌محکمه به دلیل مخالفت با ماده ۱۲۱ ق. ا رد شده است؛ اما سایر فقره‌ها باقی‌اند که عبارتند از: (۲) نظارت از رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی توسط رئیس جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، مؤسسات و سازمان‌های دولتی و غیر دولتی؛ (۳) ارائه مشوره‌های حقوقی در مورد مسائل ناشی از قانون اساسی به رئیس جمهوری و شورای ملی؛ (۵) ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر به منظور انکشاف امور قانون‌گذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است؛ (۶) ارائه گزارش به رئیس جمهور در صورت ملاحظه تخطی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی؛ (۷) تصویب لوایح و طرز‌العمل‌های مربوطه.

با توجه به فقره دوم ماده ۸ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، کمیسیون مذکور در ماده ۱۵۷ ق. ا، صلاحیت نظارت بر تصمیمات محاکم را بر عهده دارد؛ یعنی در موضوع مورد بحث، اگر در یک رابطه حقوق خصوصی، مانند قرارداد خصوصی، نابرابری وجود داشته باشد که منجر به نقض یک حق بنیادین گردد و محکمه به آن توجه ننموده باشد، کمیسیون می‌تواند این موضوع را تذکر دهد و به دلیل این‌که نقش قضایی برای کمیسیون تعریف نشده است، نمی‌تواند تصمیم مذکور را ابطال کند؛ خصوصاً که تذکر تخلفات رخ داده را فقط به رئیس جمهور پیش‌بینی نموده است نه دستگاه قضایی. اما مطابق ماده ۱۵۷ که صیانت از قانون اساسی را به دوش ستره‌محکمه قرار داده است و ماده ۱۲۰ که صلاحیت رسیدگی به دعاوی را به صورت انحصاری در صلاحیت قوه قضائیه افغانستان می‌داند، می‌توان گفت محاکم افغانستان می‌توانند موارد نقض حقوق اساسی را رسیدگی و در صورت نقض آن، ستره‌محکمه از طریق شورای عالی تصمیم صحیح را اتخاذ نموده، تصمیم محاکم تحتانی را به دلیل مغایرت با قانون اساسی باطل کند.

۱. منتشره در جریده رسمی ۹۸۶، سال ۱۳۸۸.

۲. فقره اول چنین تصریح کرده بود: «تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره‌محکمه و حکومت.»

۳. فقره چهارم چنین تصریح کرده بود: «مطالعه قوانین نافذه غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها.»

۴. ماده ۱۲۰ ق. ا افغانستان: «صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی‌علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.»

بنابراین، مرجع دادرسی اساسی در افغانستان در نوعی ابهام ناشی از دوگانگی مرجع با صلاحیت قرار دارد؛ اما با توجه به ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ ق. ا و ماهیت کارکرد محاکم قوه قضائیه، ستره محکمه به عنوان مرجع اصلی مطرح می شود که می تواند تصمیم قضائی اتخاذ کند؛ چرا که نقض حقوق اساسی مستلزم چنین اقدامی است که منجر به ایجاد هنجارهای حقوقی در رویه قضائی گردد تا اساسی سازی حقوق خصوصی قابل تحقق باشد نه آن که صرفاً اقدام به صدور نظر مشورتی کند؛ خصوصاً که برای صیانت از حقوق اساسی و خصوصاً موضوع مورد بحث، اشخاص خصوصی نمی توانند درخواست بررسی و رسیدگی را از کمیسیون مذکور مطالبه کنند؛ چنان که در جرمنی و اسپانیا اشخاص خصوصی نیز از صلاحیت درخواست رسیدگی برخوردارند که این موضوع به اساسی سازی حقوق خصوصی نیز کمک قابل توجهی می کند. اگرچه به لحاظ نظری، کمیسیون شایستگی بیش تری بر این امر دارد. در هر صورت، تعیین مرجع قضایی به عنوان مرجع دادرسی اساسی با توجه به تحولات امروزی صحیح نیست؛ چرا که اصلاً یکی از دعاوی مربوط به نقض حقوق اساسی، متوجه محاکم قضائی است و اگر مرجع تشخیص نقض را هم قوه قضائیه مانند ستره محکمه بدانیم، نقض غرض خواهد بود. به این منظور، لازم است مرجع صیانت از حقوق اساسی، مستقل از مرجع حل و فصل اختلافات خصوصی باشد تا اقدام به نظارت بر اجرای حقوق بنیادین کند؛ اعم از این که یک شورای نظارت بر قانون اساسی یا یک محکمه عالی نظارت بر تطبیق قانون اساسی باشد؛ چنان که در ماده ۱۴۶، متن قبلی قانون اساسی فعلی، در یک فصل مستقل از نهاد مستقلی تحت عنوان «دیوان عالی قانون اساسی» نام برده شده است؛ اگرچه دارای صلاحیت قضائی نبوده است؛ لذا برای تحقق دادرسی اساسی، لازم است مرجع مذکور - اعم از این که دیوان یا محکمه باشد - «مستقل از تمام نهادهای دولتی» باشد (کارگزاری، ۱۳۸۳: ۲۷۶) که در این صورت، تعریف و وضعیت سازمان، کارکرد و صلاحیت های دیوان توسط قانون اساسی تعیین می شود؛ به نحوی که قوای عمومی تحت نظارت مرجع مذکور، حق آسیب رساندن به آن را نداشته باشند. لازمه چنین امری این است که مقررات ضروری مربوط به دیوان قانون اساسی، استقلال اداری و مالی آن و نیز ضمانت های مربوط به استقلال اعضای آن در خود قانون اساسی گنجانده شود؛ چرا که هر نهادی که وجود، کارکرد و صلاحیت های آن در معرض دست اندازی های قانون گذار یا دولت باشد، نمی تواند به عنوان یک دیوان قانون

۱. جریده رسمی شماره ۹۷۶، سال ۱۳۸۸، ص ۵۴ که چنین تصریح داشته است: «دیوان عالی قانون اساسی افغانستان دارای صلاحیت های ذیل می باشد: (۱) بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، قراردادها و میثاق های بین المللی با قانون اساسی؛ (۲) تفسیر قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی.»

اساسی یا حتی محکمه قانون اساسی در نظر گرفته شود (فاورو، ۱۳۸۵: ۳۷۰)؛ حتی محکمه عالی قضایی نیز نمی‌تواند دقیقاً یک نهاد دادرسی اساسی به‌شمار رود؛ چرا که به شدت وابسته به قوه قضائیه است؛ در حالی که چنین نهادی باید از هر مرجع حلو فصل‌کننده مستقل باشد؛ چنان‌که محکمه قانون اساسی ایتالیا است تا جایی که این محکمه نه تنها وارد نظم قضایی نمی‌شود؛ بلکه در چارچوب قضایی در معنای کاملاً موسع آن هم قرار نمی‌گیرد. این محکمه یک قدرت مستقل به‌شمار می‌رود و نقش آن تضمین احترام قانون اساسی در تمام حوزه‌ها است (همان، ۳۷۱). البته این استقلال سازمانی به این مفهوم نیست که از لحاظ کارکردی روابطی با مراجع دیگر نداشته باشد؛ بلکه می‌توان دعاوی را از محاکم عادی به مرجع دادرسی اساسی ارجاع داد و یا احکام صادره در محاکم عادی را به دلیل تجاوز به حقوق بنیادین، به آن ارجاع نمود که معمولاً در بیش‌تر مراجع مستقل نظارتی، عملکرد متفاوت وجود دارد و تنها نظامی که چنین ارتباطی را بین قضات عادی و قاضی اساسی برقرار نمی‌کند، نظام دادرسی اساسی فرانسوی است (به استثنای موارد نادر مربوط به انتخابات) (همان، ۳۷۴). لزوم وجود چنین استقلالی به این دلیل است که از این طریق، ارزش‌های تجسم‌یافته در قانون برتر، عنوان هنجارهای برتر را یافته و به واقعیت‌های عملی تبدیل می‌شوند و آرمان‌های غیر مؤثر و انتزاعی حقوق طبیعی را با مقررات عینی و واقعی حقوق پوزیتیویستی ترکیب می‌کند. به عبارتی، حقوق طبیعی از طریق «دستورگرایی» مدرن با به نمایش گذاشتن وضعیتی تاریخی و واقع‌گرایانه، جایگاه جدیدی در اندیشه حقوقی بنیاد می‌گذارد (کارگزاری، ۱۳۸۳: ۲۷۷) که این عملکرد، بیش از پیش در تحقق اساسی‌سازی حقوق خصوصی می‌تواند کارآمد باشد.

## ۷. کارکرد اساسی‌سازی حقوق خصوصی

با آن‌که اصل اساسی‌سازی حقوق خصوصی مورد قبول است؛ اما در مورد شیوه کارکرد آن اتفاق نظر وجود ندارد؛ چنان‌که برخی اعتقاد به اثر مستقیم اساسی‌سازی دارند و عده‌ای دیگر اعتقاد به اثر غیرمستقیم آن که در ادامه توضیح داده می‌شود.

### ۷-۱. کارکرد مستقیم

از این دیدگاه، حقوق اساسی همان‌طور که در حقوق عمومی قابل تطبیق‌اند، به دلیل این‌که

«کارکرد مستقیم» دارند، در حقوق خصوصی نیز تطبیق می شوند؛ یعنی اشخاص می توانند دعوی یا دفاع خود را در خصوص اختلاف ناشی از قرارداد، مستقیماً بر حقوق اساسی استوار کنند (Cherednychenko, 3)؛ چرا که حقوق مذکور بر اتباع نیز مانند دولت الزام آوراند؛ لذا مشروعیت اقدامات حقوقی آنها- اعم از قرارداد یا ایقاع- با توجه مستقیم به این حقوق ارزیابی می شوند و در صورت نقض این حقوق در اعمال حقوقی، حقوق خصوصی صرفاً آثار این عدم مشروعیت- اعم از عدم اعتبار یا پرداخت خسارت- را مقرر می دارد؛ لذا در دعوی یک شخص علیه دیگری یا دفاع مخاطب در مقابل آن، استناد مستقیم به حقوق اساسی می تواند موجب الغای یک قاعده حقوق خصوصی مغایر آن گردد؛ درحالی که اگر حق اساسی موصوف وجود نداشت یا استناد به آن قابل تصور نبود، فقط همان قاعده حقوق خصوصی علی الاصول قابل اعمال می بود (Ibid, 5). این روش تطبیق مستقیم حقوق اساسی، حقوق خصوصی را نادیده گرفته و در صدد به کارگیری طرق جبرانی فراتر از قلمرو حقوق خصوصی است که مستقیماً از حقوق اساسی نشأت می گیرند و نوعی نظام «حقوق خصوصی اساسی» را در عرض حقوق خصوصی عادی ارائه می کند که این روش در کشورهای آیرلند و سویدن پذیرفته شده است (طهماسبی، ۱۱۱). البته، قبل از رویکرد فعلی محکمه قانون اساسی جرمنی، در این کشور نیز کارکرد مستقیم مورد شناسایی قرار گرفته بوده است (Cherednychenko, 5; Barkhuysen and Lindenbergh, 37). این کارکرد در مواردی مناسب تر است که در قوانین عادی، قاعده ای در خصوص حمایت از طرف ضعیف وجود نداشته باشد یا هنوز قانونی در آن مورد خاص نافذ نشده باشد که در این صورت، می توان مستقیماً به حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی استناد کرد (Barkhuysen and Lindenbergh, 40).

## ۲-۷. کارکرد غیرمستقیم بنیاد اندیشه

از دیدگاه دیگر، اساسی سازی حقوق خصوصی «کارکرد غیرمستقیم» دارد؛ یعنی حقوق اساسی به طور مستقیم در حقوق خصوصی تأثیر ندارد؛ بلکه در قالب خصوصی ظاهر و سپس مبتنی بر حقوق اساسی در روابط اشخاص تطبیق می گردد؛ لذا دعوی خصوصی یا دفاع در مقابل آن نمی تواند مستقیماً بر مبنای حقوق اساسی استوار گردد (Ibid, 39)؛ بلکه طرفین، ادعا یا دفاع خود را بر مبنای حقوق خصوصی که غالباً در قانون مدنی مطرح می شوند، استوار می کنند

1. Direct Horizontal Effect.
2. Constitutional Private Law.
3. Indirect Horizontal Effect.

و توسل آن‌ها به حقوق اساسی صرفاً عاملی است برای تقویت موضعی که در دعوی دارند و (Cherednychenko, 5). در این تحلیل، حقوق اساسی قواعد حقوق خصوصی را لغو نمی‌کند؛ بلکه صرفاً به‌عنوان اصول رهنما و الهام‌بخش به کار می‌روند و حقوق خصوصی در پرتو آن‌ها تفسیر و تطبیق می‌گردند. در این رویکرد، حقوق اساسی به جای حاکمیت بر حقوق خصوصی صرفاً بر آن تأثیر می‌گذارد و دعوی خصوصی، هم به لحاظ شکل و هم محتوا، در قلمرو حقوق خصوصی باقی می‌ماند (طهماسبی، ۱۱۱). در این رویکرد، ارزش‌های مذکور هم‌چنان باقی خواهند بود و فقط این امتیاز را می‌یابند که به ابزار سنتی نظام حقوق خصوصی محتوای جدید می‌دهند که ممکن است نتیجه متفاوتی را داشته باشند (Cherednychenko, 39-40)؛ چنان‌که اگر یک کارفرمای خصوصی، کارگر خود را به دلیل بیان عقاید سیاسی اخراج کند و آزادی بیان یک حق اساسی محسوب نگردد، ممکن است صرفاً حکم به پرداخت غرامت به کارگر داده شود؛ اما در صورتی که حق اساسی محسوب گردد، حکم به بازگشت کارگر به کار نیز ممکن خواهد بود؛ لذا ارتقای جایگاه ارزش حق آزادی بیان، ارزش آن را در حقوق خصوصی افزایش می‌دهد و محکمه را قادر می‌سازد طرق جبرانی را مورد حکم قرار دهد که قبل از آن در دسترس نبوده است (طهماسبی، ۱۱۲).

این نوع کارکرد در بعضی کشورها، از جمله ایتالیا، اسپانیا و افریقای جنوبی، پذیرفته شده است. هم‌چنین، امروزه در جرمنی نیز این رویکرد تطبیق می‌شود؛ اگرچه هنوز در برخی موارد، رویکرد مستقیم در نظر گرفته می‌شود (Barkhuysen and Lindenbergh, 37-38) و قضایای متعددی نیز در این خصوص نزد محاکم و خصوصاً محکمه قانون اساسی این کشور مطرح شده است؛ چنان‌که در قضیه «لوس»<sup>۱</sup> به کارکرد غیرمستقیم اساسی‌سازی حقوق خصوصی تصریح شده است. در این قضیه، شخصی به نام «لوس» در سال ۱۹۵۰، رئیس روزنامه دولتی در هامبورگ اقدام به تحریم فیلم جدید کارگردانی به نام «جود ساب» کرد؛ اما تولیدکننده و توزیع‌کننده فیلم علیه او اقامه دعوی کردند و محکمه ابتدائیه لوس را از تحریم منع کرد که در محکمه استیناف نیز تأیید گردید. از دیدگاه محکمه، عمل مخاطب اخلال عمدی در کسب و کار مدعی و مغایر اخلاق حسنه بود؛ اما محکمه قانون اساسی با رویکرد اثر افقی غیرمستقیم حقوق اساسی، این فیصله را نقض کرد. از دیدگاه این محکمه، حقوق خصوصی در پرتو ارزش‌های

1. I.uth.

ناشی از قانون اساسی تفسیر می‌گردد و اختلاف طرفین در خصوص حقوق و تکالیف ناشی از قواعد رفتاری، متأثر از حقوق اساسی است. محکمه تأکید کرده است که: اساساً دعوی هم به لحاظ شکلی و هم به لحاظ ماهوی در حوزه حقوق خصوصی قرار دارد و حتی با وجود تفسیر حقوق خصوصی در پرتو حقوق اساسی، در نهایت حقوق خصوصی تفسیر و تطبیق می‌گردد (Cherednychenko, 8). هم‌چنین، این موضوع در قضیه «ضامن» که قبلاً نیز مطرح گردید، توسط محکمه قانون اساسی ابراز شده است.

در نظام حقوقی افغانستان، به دلیل این که رویه قضایی بسیار فقیر است و مرجع قضایی مستقل و قدرتمندی در خصوص نظارت بر تطبیق حقوق اساسی نیز وجود ندارد، نمی‌توان گفت دقیقاً کدام کارکرد می‌تواند قابل تطبیق باشد. با این حال، به دلیل این که هنوز جایگزینی حقوق اساسی به جای حقوق خصوصی برای بطلان یک قرارداد، موضوعی شناخته شده نیست و ممکن است به اعتبار روابط خصوصی و از جمله قراردادهای صدمه بزند، در صورت برخورد با یک قرارداد خصوصی که تعادل عادلانه در آن وجود ندارد، محکمه ذیصلاح و در رأس آن ستره محکمه به‌عنوان ناظر بر تطبیق حقوق اساسی، می‌تواند بر مبنای «کارکرد غیرمستقیم» اساسی سازی و با استناد به قانون مدنی، قرارداد غیرعادلانه را باطل یا تعدیل کند که قانون اساسی نیز در مقدمه و مواد ۲۲ و ۲۴ اصل را بر برابری، عدم تبعیض و حفظ کرامت انسانی می‌دهد و بطلان قراردادهایی را که در آن‌ها برابری بهم خورده و تبعیض وجود دارد، تقویت می‌کند و قاضی را قادر می‌سازد که با صراحت بیش‌تر اقدام کند. البته، در این رویکرد، قاضی محکمه مستقیماً مبتنی بر حقوق اساسی تصمیم نمی‌گیرد؛ بلکه مستندات اصلی همان قواعد مذکور در قوانین عادی مرتبط خواهند بود (Barkhuysen and Lindenbergh, 41).

بنابراین، اگر در قراردادی، با توافق طرفین، ضامن غیرعادلانه تعیین شده باشد اما محاکم ثلاثه چنین ضمانتی را به دلیل توافق طرفین صحیح یا این که ضرر وارده را با ضامن متناسب بدانند، محکوم علیه می‌تواند با استناد به مقدمه و مواد ۲۲ و ۲۴ ق.ا، درخواست رسیدگی نزد مرجع سیانت از حقوق اساسی را مطرح کند که در این صورت، قدرت استنباط و صدور فیصله به نفع محکوم علیه توسط قاضی با توجه به تصریح ماده ۷۳۲ ق.م.ا بیش‌تر می‌شود. هم‌چنین، بر

۱. ماده ۷۳۲ ق.م: «هرگاه مدیون ثابت نماید که ضامن تعیین شده غیرعادلانه بوده و با ضرری که از عدم تنفیذ نشأت نموده متناسب نمی‌باشد، داین مستحق آن شده نمی‌تواند.»

اساس حکم فقرة اول ماده ۶۹۸ ق. م<sup>۱</sup> و رهنمایی مواد فوق‌الذکر قانون اساسی از جمله ماده ۵۱، می‌توان قراردادهای اذعان را از طریق اساسی‌سازی حقوق خصوصی که یک‌طرف آن دولت است و محاکم ثلاثه مورد توجه قرار نداده‌اند، لغو یا تعدیل کرد؛ چرا که دلیلی بر برتری اداره دولتی نسبت به حقوق اساسی اتباع وجود ندارد. فقرة دوم ماده ۶۹۶ ق. م<sup>۲</sup> در مورد تعدیل تعهدات تصریح دارد که تعدیل غیرعادلانه قرارداد- حتی اگر ناشی از حاکمیت اراده طرفین باشد- نیز فاقد اثر است که اگر محاکم قوه قضائیه این موضوع را نادیده بگیرند، می‌توان از طریق اساسی‌سازی حقوق خصوصی با استناد به ماده ۶۹۶ ق. م و در پرتو حقوق اساسی، تعدیل یا باطل کرد. قانون مدنی در مواد متعددی معیار «عدالت» را در روابط خصوصی تصریح کرده است که محاکم باید در هنگام رسیدگی به اختلاف و تفسیر مواد قانون، رعایت کنند که اگر چنین اتفاقی رخ ندهد، مدعی می‌تواند بر مبنای اساسی‌سازی از مرجع صیانت از حقوق اساسی درخواست رسیدگی کند؛ چنان‌که ماده ۶۹۷ ق. م<sup>۳</sup> تصریح دارد که قرارداد شامل تمام آنچه طبیعت و جیبه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد نیز می‌شود.

## ۸. تعامل یا تقابل حقوق خصوصی و حقوق عمومی

یکی از موضوعاتی که بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی اثر می‌گذارد، بررسی تعامل یا تقابل حقوق خصوصی و حقوق عمومی است؛ چرا که اگر تقابل وجود داشته باشد، اساسی‌سازی نیز ممکن نمی‌شود و یا با چالش مواجه می‌گردد. به دلیل این‌که حقوق عمومی اجازه مطرح شدن را به حقوق خصوصی در جایگاه خود نمی‌دهد؛ اما در رابطه تعاملی، حقوق خصوصی می‌تواند در جایگاه حقوق اساسی به‌عنوان بخشی از حقوق عمومی قرار گرفته یا حقوق اساسی به حمایت از حقوق خصوصی بپردازد.

۱. فقرة اول ماده ۶۹۸ ق. م: «هرگاه عقد به‌صورت اذعان و تحت شرایط غیرعادلانه صورت گرفته باشد، محکمه می‌تواند شرایط مندرکده را تعدیل و یا به برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آن است حکم نماید؛ مگر این‌که شرایط اذعان از طرف مراجع دولتی وضع شده باشد.»
۲. ماده ۶۹۶ ق. م: «(۱) عقد بعد از انفاذ لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون جواز ندارد. (۲) در صورت ظهور حوادث استثنایی یا آفات طبیعی و یا واقعه‌ای که پیش‌بینی آن ناممکن بوده و مدیون به علت آن مواجه به چنان مشکلی گردد که وی را به خساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی بر عقد مستحیل نباشد، محکمه می‌تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون را به حد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته می‌شود.»
۳. ماده ۶۹۷ ق. م: «عقد بر آنچه که شامل آن بوده و حسنیت مقتضی آن باشد، نافذ می‌گردد. هم‌چنان عقد علاوه از این‌که طرفین را به آنچه در عقد وارد گردیده ملزم می‌سازد، شامل تمام آنچه طبیعت و جیبه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد نیز می‌باشد.»

در تقسیم‌بندی سنتی، حقوق به عمومی و خصوصی تقسیم می‌شود که حقوق عمومی ناظر به روابط مراجع دولتی با یکدیگر و دولت و فرد است؛ لذا در حقوق عمومی نوع رابطه عمودی است؛ یعنی از بالا به پایین است؛ به این معنا که در ایجاد هنجار، طرفین مشارکت ندارند؛ بلکه دولت است که ایجادکننده است و مکلف دخالتی ندارد. به همین دلیل، در این رابطه، یک وضعیت نابرابری وجود دارد و شهروندان در جایگاه ضعیف‌تری قرار می‌گیرند. منطقی و عدالت ایجاد می‌کند راه‌کارهایی برای حمایت از شهروندان پیش‌بینی شود که در این‌جا بحث اساسی‌سازی حقوق مطرح می‌شود. اما حقوق خصوصی حاوی قواعدی برای تنظیم روابط حقوقی بین اشخاص خصوصی است (Resenfeld, 2013: 125-126). به همین دلیل، در حقوق خصوصی، اصولاً طرفین رابطه از برابری برخوردارند و اصولاً موضوع حمایت از یکی از طرفین مطرح نمی‌شود؛ چرا که در حقوق خصوصی نوع رابطه افقی است؛ یعنی طرفین رابطه قراردادی ایجادکننده هنجارهای جزئی‌اند و هر دو در ایجاد آن‌ها مشارکت دارند و جوهر ایجاد قرارداد نیز در همین نکته نهفته است (Csenc, 85-86).

با توجه به مطلب فوق، روشن است که حقوق عمومی در تقابل با حقوق خصوصی است و پیوند بین آن‌ها دور از ذهن است و از این نظر، اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیز در تنازع بین این دو شاخه حقوق قرار می‌گیرد. (Lindenbergh, 367-382) تا چند دهه قبل، عقیده بر این بود که ارزش‌هایی؛ مانند برابری، آزادی، احترام به کرامت انسانی، حریم خصوصی و مواردی از این قبیل، در زمره اصولی‌اند که از حق ملت در برابر دولت دفاع می‌کنند و در نتیجه فقط در روابط عمودی دولت و شهروندان قابل اعتنا و استنادند. به عبارتی، این حقوق در اصل برای حکومت بر رابطه دولت و زیردستان طراحی شده‌اند که می‌توانند ناشی از قانون ملی یا معاهده‌ای مرتبط با حقوق بشر یا حتی منبعی نانوشته و از روح کلی حاکم بر قوانین در جهت ایجاد عدالت استنباط شوند. اما این دیدگاه سنتی، امروزه با توجه به نفوذ و مداخلات متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی و اهمیت اصول اساسی انسانی قابل پذیرش نیست؛ چنان‌که می‌توان در روابط بین اشخاص تابع حقوق خصوصی نیز از تجاوز به این حقوق جلوگیری و در دعاوی مربوطه به آن استناد کرد. این موضوع به این معنا است که حقوق اساسی یا بنیادین از خصوصیت تأثیر افقی بین اشخاص هم‌سطح نیز برخوردار شده است و می‌تواند اختلافات بین اشخاص خصوصی را عادلانه‌تر حل و فصل کند (Ibid, 369)؛ لذا منظور از اساسی‌سازی حقوق خصوصی، بررسی

تطبیق قواعد حقوق اساسی است که می‌تواند موضوعی از موضوعات حقوق خصوصی را نیز تحت تأثیر و نفوذ خود قرار دهد و باعث کاهش تقابل این دو دسته از حقوق گردد (Choudhry, 2016: 2). Khosla, Bhanu Mchta, 2016: 2 که در عنوان قبل مطرح شده است؛ چنان‌که دیوان عالی ایالات متحده در قضیه «شلی» علیه «کریمر»، مبتنی بر این دیدگاه و کاستن فاصله حقوق خصوصی و حقوق عمومی، متوجه شده است که محکمه تحتانی یک قاعده حقوق ماهوی حقوق خصوصی را به صورتی تطبیق کرده است که مطابق حقوق اساسی، یک نتیجه تبعیض‌آمیز را داده است (Rosen, 2007: 451- 512).

امروزه که موضوع اساسی‌سازی حقوق خصوصی مطرح شده و در بسیاری از کشورها عملاً اجرا می‌شود، این موضوع باعث گردیده است فاصله حقوق عمومی و حقوق خصوصی کم‌تر و کم‌رنگ‌تر گردد؛ همان‌طور که «کلسن» در «نظریه حقوقی ناب» تصریح کرده است؛ اگرچه او حقوق ناشی از دولت و دولت را مجموعه‌ای از حقوق می‌داند به این صورت که دولت بانی و حافظ حقوق است و خود او نیز خارج از حقوق نیست (کلسن، ۱۳۷۸: ۱۳۳-۱۳۵)؛ یعنی تمام حقوق را اراده دولت می‌داند و از این جهت، تقابل را کم‌تر می‌بیند؛ در حالی که اساسی‌سازی حقوق، با ارتقای جایگاه رابطه خصوصی، این فاصله را کم‌تر ساخته است؛ یعنی ارزش‌های موجود در حقوق اساسی که مبتنی بر ضمانت اجراهای مندرج در قانون اساسی تبدیل به هنجارهای حقوق اساسی شده‌اند، باید در رابطه قراردادی نیز لحاظ گردند که در غیر آن، بر مبنای جایگاه بالای حقوق اساسی، حاکمیت اراده طرفین نادیده گرفته خواهد شد.

### نتیجه‌گیری

از گذشته‌های دور تا اکنون، دو مکتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی در خصوص حقوق خصوصی و به صورت خاص در مورد قراردادها در تقابل با یکدیگر بوده‌اند. بر مبنای حقوق طبیعی، حاکمیت اراده از جایگاه بالاتری برخوردار است؛ اما در حقوق پوزیتیویستی، از جایگاه حاکمیت اراده کاسته می‌شود و حقوق به سوی «اجتماعی‌شدن» سوق پیدا می‌کند؛ چرا که در حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، امروزه تعادل طرفین برقرار نمی‌شود و طرف ضعیف‌تر در معرض ضرر قرار می‌گیرد. حقوق خصوصی در حرکت به سوی اجتماعی‌شدن، شاهد تحولاتی

1. *Shelley v. Kraemer Case*: U.S. Supreme Court, 334 U.S. 1, 17-19 1948, Decided 3 May 1948.

است که یکی از این تحولات مربوط به اساسی شدن حقوق خصوصی و خصوصاً حقوق قراردادهای است. در فرایند اساسی شدن حقوق قراردادهای، یک رابطه خصوصی در سطح حقوق اساسی مذکور در قانون اساسی قرار می گیرد و از تضمینات هنجارهای مندرج در قانون اساسی نیز برخوردار می شود.

به این منظور، امروزه در نظام حقوقی بسیاری از کشورها مراجع مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به صورت عام و حقوق اساسی به صورت خاص در نظر گرفته شده است. مراجع مذکور در بسیاری از موارد، قراردادهای غیرعادلانه را مبتنی بر ارزشها و هنجارهای حقوق اساسی و یا مبتنی بر رهنمایی ارزشها و هنجارهای مذکور باطل کرده اند تا به این طریق، حقوق خصوصی نیز از تضمینات حقوق اساسی بهره مند گردد؛ لذا چنین نظام های حقوقی بر مبنای تصمیمات مراجع مذکور، رویه غنی را ایجاد کرده اند که مبتنی بر این رویه، حقوق خصوصی هر روز بیش تر در سایه حقوق اساسی از حمایت و تضمین برخوردار می گردد و طرف ضعیف در قراردادهای غیرعادلانه مورد حمایت قرار می گیرد و امید بیشتری در برخورداری از آثار قرارداد می یابد.

قانون اساسی افغانستان اگرچه به صورت شفاف و روشن در خصوص حمایت از طرف ضعیف در حقوق خصوصی پیش بینی خاصی ندارد؛ اما در مقدمه و متن از برابری و عدالت چنان سخن می گوید که گویی اگر قرارداد خصوصی این برابری را برهم بزند، سرانجام نخواهد داشت؛ اما عملاً چنین نیست؛ چرا که با وجود تصریح به موارد مذکور، هنوز مرجع واقعاً مستقلی با توجه به اوضاع و احوال افغانستان وجود ندارد تا بتواند یک رابطه خصوصی را تا سطح یک حق اساسی مطرح و از طرف ضعیف تر حمایت کند. فقدان رویه های حقوقی در این خصوص نیز تصمیم گیری را سخت تر می سازد. با این حال، ستره محکمه با آن که نمی تواند یک مرجع نظارتی واقعی بر تطبیق اساسی سازی حقوق خصوصی باشد؛ اما در پرتو قانون اساسی و حقوق اساسی مندرج در آن، با کاربرد غیرمستقیم اساسی سازی حقوق خصوصی، می تواند قراردادهای ناعادلانه را مبتنی بر قانون مدنی و سایر قوانین، از جمله قانون حمایت از مستهلک و قانون حمایت از رقابت، در رهنمایی و پرتو ارزشها و هنجارهای مذکور در حقوق اساسی مورد بررسی قرار دهد تا به این طریق رویه غنی از خود به جای بگذارد و طرفین رابطه قراردادی را بر وجود قرارداد منصفانه امیدوارتر بسازد که اگر قرارداد مذکور از عادلانه بودن خارج گردد، سرانجام نخواهد

### منابع

#### الف. منابع فارسی

۱. احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱)، نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران، کتابخانه ابن‌سینا.
۲. افضالی، عبدالواحد و محمداسحاق رحیمی (۱۳۹۱)، حقوق بین‌الملل خصوصی، کابل، انتشارات دانشگاه ابن‌سینا و سمت.
۳. امینی، منصور و میرحسین عابدیان و سکینه کرمی (۱۳۹۱)، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹.
۴. پولانزاس، ن. آر (۱۳۵۴)، فلسفه حقوق، ترجمه، نجادعلی الماسی، تهران، دانشگاه ملی.
۵. پیرعطایی، علی (۱۳۸۸)، نظریه اداره قرارداد، تهران، انتشارات ققنوس.
۶. جاوید، محمدجواد و مرتضی رستمی (۱۳۹۴)، «ابعاد نری و آثار عینی حقوق طبیعی در اسناد و آرای حقوق بشری»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۳.
۷. حاجزاده، هادی (۱۳۹۳)، بررسی مفهوم منفعت عمومی، تهران، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی پژوهشگاه شورای نگهبان.
۸. دانش، سرور (۱۳۸۹)، حقوق اساسی، کابل، انتشارات دانشگاه ابن‌سینا.
۹. دانش‌پژوه، مصطفی و قدرت‌الله خسروشاهی (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۱۰. رحمتی‌فر، سمانه (۱۳۹۴)، «ظرفیت‌سنجی فرایند ایجاد قاعده حقوقی به‌عنوان مبنای قواعد متکثر حقوقی در دوران جهانی‌شدن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶.
۱۱. رسولی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، کابل، انتشارات امیری.
۱۲. سیملر، فیلیپ (۱۳۷۶ - ۱۳۷۷)، «راه‌حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها»، ترجمه عباس قاسمی حامد، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ - ۲۲.
۱۳. شایگان، فریده و دیگران (۱۳۸۲)، تقویت همکاری‌های بین‌المللی در زمینه حقوق بشر، تهران، نشر گرایش.
۱۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ چهارم.
۱۵. صاحبی، مهدی (۱۳۷۶)، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، تهران، انتشارات ققنوس.

۱۶. صفایی، حسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات میزان.
۱۷. فاورو، لویی (۱۳۸۵)، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، ترجمه جواد تقی‌زاده، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۷.
۱۸. فاورو، لویی (۱۳۸۵)، «شاخصه‌های الگوی اروپایی صیانت از قانون اساسی (دادرسی اساسی)»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷.
۱۹. فاورو، لویی و ودل، ژرژ (۱۳۸۲)، «فرا قانون اساسی بودن و حاکمیت (مناظره بین لویی فاورو و ژرژ ودل)»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۱.
۲۰. قاری سیدفاطمی، محمد (۱۳۸۸)، حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، شهر دانش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، شماره ۵۲.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
۲۳. کارگزاری، جواد (مترجم) (۱۳۸۳)، «دادگاه قانون اساسی»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۳.
۲۴. کتز، هین و فلسنر، آکس (۱۳۸۵)، حقوق قراردادها در اروپا، ترجمه ولی‌الله احمدوند، تهران، انتشارات جهانی جام جم.
۲۵. کلسن، هانس (۱۳۷۸)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران، انتشارات سمت.
۲۶. گرجی، علی‌اکبر (۱۳۸۳)، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲.
۲۷. گرجی، علی‌اکبر (۱۳۸۸)، «تکثر و تنوع هنجاری در حقوق اساسی فرانسه (منابع نظارت بر مصوبات پارلمان)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰.
۲۸. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران، نشر کارنامه.
۲۹. هامون، فرانسیس و سلین واینر (۱۳۸۳)، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده»، ترجمه محمد جلالی، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲.
۳۰. هیمن دوا، آرت (۱۳۸۲)، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، ترجمه یوسف مولایی و رشید برناک، تهران، نشر گرایش.
- ب. منابع لاتین

31. Barkhuysen, Tom and Lindenberg, Siewert (Ed), Constitutionalisation of Private Law, "Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What Is the Legislature to Do?", Wim Voermans (Authore), Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
32. Basil, S. Markesinis and Hannes Unberath, Hannes, "The German Law of Torts: A Comparative Treatise, Portland, Hart Publishing, 4th Ed, 2002.
33. Choudhry, Sujit, and Khosla, Madhav and Bhanu Mehta, Pratap (Ed), Oxford Handbook of the Indian Constitution, "The Constitutionalization of Indian Private Law", Shyamkrishna Balganes (Author), UK, Oxford University Press, 2016.
34. Coyle, Sean, From Positivism to Idealism, UK, Ashgate Publisher, 2007.
35. Cserne, Peter, freedom of choice and paternalism in contract law: prospects and limits of an economic approach, PIID thesis, Hamburg University, 2008.

36. D. Rosen, Mark, "Was Shelley v. Kraemer Incorrectly Decided – Some New Answers", California Law Review, Vol.95, Issue.2, 2007.
37. Donnelly, Bebhinn, A Natural Law Approach to Normativity, England, Ashgate Publishing Limited, 2007.
38. Himma, Kenneth Finar (Ed), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, "Natural Law: The Modern Tradition", Brian H. Bix (Author), Oxford University Press, 2004.
39. Lindenbergh, S.D., Globalization and Private Law: The Way Forward (Fundamental rights in private law), Cheltenham UK, Edward Elgar Publisher, 2010.
40. M. Patterson, Dennis (Ed), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford, Wiley-Blackwell, 2nd Ed, 2010.
41. Mills, Mlex, The Confluence of Public and Private International Law, New York, Cambridge University Press, 2009.
42. O. Cherednychenko, Olha, "Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?", Utrecht Law Review, Vol.3, Issue.2, 2007.
43. Putman, E. "Kant et la théorie du contrat", RRI. Droit prospectif, n°3, 1996.
44. Raz, Joseph, "About Morality and Nature of Law", American Journal of Jurisprudence, Vol.48, 2003.
45. Resenfeld, Michael, Rethinking the Boundaries between Public Law and Private Law for the Twenty-First Century: An Introduction, International Journal of Constitutional Law, Vol.11, Issue.1, 2013.

بنیاد اندیشه  
تأسیس ۱۳۹۴