

## اساسی سازی حقوق خصوصی

یوسف مولائی<sup>۱</sup> - مرتضی حاجی پور<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۶/۶/۹ - پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶

### چکیده

اساسی سازی حقوق خصوصی همان نفوذ هنجارهای قانون اساسی در روابط خصوصی می باشد. برخلاف دیدگاه های سنتی، حق های تضمین شده در قانون اساسی تنها ابزار دفاع از افراد در مقابل دولت نیستند، بلکه این حقوق همانند خورشید بر کل نظام حقوقی می تابند و تمام شاخه های نظام حقوقی باید در پرتو آن اعمال و تفسیر شوند. بنابراین حقوق خصوصی نیز تحت سلطه این حقوق بوده و افراد بایستی روابط خصوصی خود را در سایه آن تنظیم کنند. این تحقیق در نظر دارد به روش توصیفی و تحلیلی نظریه اساسی سازی حقوق خصوصی و امکان پذیرش آن در حقوق ایران را مورد بررسی قرار دهد و به اجمال می توان گفت حق های اساسی بر کل نظام حقوقی به خصوص به طریق غیرمستقیم برتری دارد. همچنین با وجود فقدان دادگاه قانون اساسی در ایران و عدم استقبال رویه قضایی از اساسی سازی باید گفت حقوق خصوصی ایران از ظرفیت های لازم برای اساسی سازی برخوردار است.

**واژگان کلیدی:** اساسی سازی، قانون اساسی، حقوق خصوصی، حقوق عمومی، حقوق بنیادین.

## مقدمه

مطالعات حقوق و تحولات آن نشان می‌دهد که به صورت سنتی حقوق عمومی و خصوصی مستقل از هم قلمداد شده‌اند: اولی ناظر به تنظیم روابط دولت و شهروندان می‌شود و دومی روابط اشخاص خصوصی را تنظیم می‌کند. درست است که می‌توان زمینه‌های تقارب را مابین این دو دسته حقوقی مشاهده کرد ولی غالباً تفکیک مذکور به عنوان یک تقسیم‌بندی معتبر قلمداد شده است. نتیجه تفکیک این است که اصولی خاص بر حقوق عمومی حاکم است که بر حقوق خصوصی حاکم نیست اصولی چون حاکمیت قانون بر روابط حقوق عمومی و حاکمیت اراده در حقوق خصوصی، تکلیف رعایت حقوق بنیادین بشری از طرف نهاد عمومی و عدم تکلیف اشخاص خصوصی به رعایت این دست از حقوق. در خصوص اصل اخیر رویکرد سنتی بر حاکمیت حقوق بنیادین بر روابط عمومی و عدم حاکمیت بر روابط خصوصی بوده است. لیکن به مرور زمان با توسعه روابط اجتماعی و ظهور قدرت‌های قدرتمند خصوصی و نقض حقوق بنیادین از طرف اشخاص خصوصی، این رویکرد در حال ظهور است که حقوق بنیادین صرفاً محدود به روابط دولت و شهروندان نمی‌شود، بلکه روابط اشخاص خصوصی نیز به عنوان بخشی از نظام حقوقی تابع حقوق اساسی مندرج در قوانین اساسی و دیگر اسناد می‌باشد؛ بنابراین اشخاص خصوصی نیز مکلف به رعایت این دست از حقوق در ارتباط با دیگران هستند و نمی‌توانند به اعتبار اصل حاکمیت، اراده خود را در رعایت حقوق اساسی آزاد بدانند. این وضعیت که از آن با عنوان اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیز یاد می‌شود امروزه به صورت اصولی در سیستم‌های مختلف حقوقی خصوصاً در حقوق اروپا پذیرفته شده است لیکن در خصوص قلمرو تاثیر حقوق اساسی در حقوق خصوصی مابین نظام‌های حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. در نظام حقوقی ایران به لحاظ عدم شناسایی دادگاه قانون اساسی و اگرچه دادگاه‌های عادی از ورود در مباحث به اعتبار تفکیک قوا بحث اساسی‌سازی حقوق خصوصی مورد عنایت قرار نگرفته است و همین امر سوالی را در خصوص امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی ایران مطرح می‌کند. این تحقیق در نظر دارد با لحاظ اهمیت بحث اساسی‌سازی حقوق خصوصی که به انسانی شدن روابط اشخاص خصوصی کمک می‌کند، اساسی‌سازی حقوق خصوصی و طرق آن را مورد بحث قرار دهد و متعاقب شناسایی اصل بحث و دلایل توجیه آن، امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی و موانع آن را در سیستم حقوقی ایران به محک

ارزیابی بگذارد. در همین راستا این پژوهش در چند بند تنظیم شده است: در بند اول سیر تحول اساسی‌سازی ارائه می‌شود. بند دو به دلایل اساسی‌سازی اختصاص یافته است. در بند سوم نحوه اساسی‌سازی حقوق خصوصی در دو بند مورد بحث قرار می‌گیرد. بند چهارم به امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی ایران و موانع آن می‌پردازد و در نهایت نتیجه تحقیق ارائه می‌شود.

### ۱. اساسی‌سازی و تحولات آن

در چند قرن اخیر، تقسیم حقوق به دو حوزه حقوق خصوصی و عمومی، امر بدیهی تلقی شده و برای هر یک از این دو حوزه کارکرد متفاوتی تعریف شده است به طوری که حقوق خصوصی روابط اجتماعی مردم را بدون دخالت دولت تنظیم نموده و حقوق عمومی نیز به تنظیم روابط بین مردم و دولت می‌پردازد. در قرن نوزدهم میلادی و در سایه مکتب فردگرایی و حقوق فطری این تفکیک به اوج خود رسید؛ هر گونه دخالت دولت در حوزه حقوق خصوصی و قراردادهای ناروا و محدودکننده حقوق طبیعی تلقی گردید و کارکرد دولت صرفاً اعمال خویشنداری و حمایت از حق افراد در تنظیم آزادانه روابط بود (Edwards, 2009: 655). با شروع قرن بیستم، مرزبندی سنتی بین حقوق عمومی و خصوصی تضعیف و حقوق خصوصی از مقام مقدس خود پایین کشیده شد و موضوع دخالت مقررات دنیوی گشت و حتی در کشورهایمانند آلمان، ایتالیا، روسیه و ... که دولت‌های تمامیت‌خواه (Totalitarian State) حاکم گردیدند این مرزبندی به کلی از بین رفته به طوری که در دولت‌های مزبور، حقوق خصوصی ابزاری در خدمت اهداف سیاسی دولت گردید (Kumm, 2004: 341). لازم به ذکر است در دولت‌های لیبرال وضعیت به این شکل نبوده و دولت‌ها همچنان نیروهای تکثرگرایی اجتماعی و حقوق خصوصی را به رسمیت می‌شناختند ولی باز حقوق خصوصی دیگر آن تقدس قبلی را نداشته و دولت‌های مداخله‌گر و ارشادی شروع به وضع قوانین ضد رقابت و قوانین حمایت از کارگران نموده و به عنوان یک نیروی مداخله‌گر حقوق خصوصی را تحت تسلط خود درآوردند.

بعد از وقوع جنگ جهانی و فجایی که دولت‌های تمامیت‌خواه بوجود آوردند، نظریه قانون اساسی تمامیت‌خواه (Total Constitution) مطرح گردید. برخلاف نظریه دولت تمامیت‌خواه که

در آن همه چیز سیاسی بود و حقوق به مفهوم دیگر، ادامه سیاست تصور می‌شد در نظریه قانون اساسی تمامیت‌خواه رابطه حقوق و سیاست معکوس گردیده و سیاست تحت تسلط قانون اساسی شد. به تعبیر دیگر، مطابق این دیدگاه؛ سیاست ادامه حقوق تلقی شده و قانون اساسی به عنوان یک راهنما عمل می‌کند و محدودیت‌های اساسی برای حل مسائل سیاسی اعمال می‌نماید. اعتبار هرگونه تصمیم در معرض چالش بالقوه توسط دادگاه قانون اساسی از لحاظ سازگاری با حقوق اساسی قرار دارد (Kumm, 2004: 343).

همانطور که در دولت تمامیت‌خواه همه حوزه‌های نظام حقوقی از جمله حقوق خصوصی در کنترل دولت بوده و به عنوان ابزاری برای پیشبرد اهداف سیاسی دولت محسوب می‌شدند و به سخن دیگر سیاسی‌سازی شده بودند، در قانون اساسی تمامیت‌خواه نیز حقوق خصوصی تحت سلطه قانون اساسی بوده و باید در سایه قانون اساسی اعمال و تفسیر گردد. به عبارت دیگر اساسی‌سازی روابط خصوصی اشخاص از ویژگی‌های قانون اساسی تمامیت‌خواه می‌باشد و بر این اساس حق‌های اساسی مصرح در قانون اساسی نه تنها حافظ افراد در مقابل دولت می‌باشد بلکه در روابط خصوصی نیز حقوق اساسی باید محترم شمرده شود و افراد حتی با استناد به اصل حاکمیت اراده نیز توانایی نقض حقوق بنیادین تضمین شده در قانون اساسی را ندارند (Barak, 2001: 21-22; Smits, 2006: 9). بنابراین اساسی‌سازی حقوق خصوصی، عبارت از فرایند تغییر و تحولی است که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در روابط خصوصی افراد به وجود می‌آید. به موجب این فرایند هنجارهای اساسی، شاخه‌های مختلف حقوق خصوصی را تحت تاثیر قرار می‌دهد و این تاثیرگذاری به گونه‌ای است که دکتترین از تشعشع هنجارهای اساسی در حقوق خصوصی و یا از آبیاری و رنگ‌آمیزی آن توسط هنجارهای اساسی سخن می‌گوید (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۰). در کشورهای اروپایی<sup>۱</sup> نیز مفهوم متداول اساسی‌سازی حقوق خصوصی اعمال ارزش‌های حقوق عمومی در روابط خصوصی اشخاص می‌باشد (Schepel, 2013: 1212). مطابق طرفداران این نظریه، اساسی‌سازی همیشه موجب آزادسازی و اعمال مطلوب‌تر قواعد تضمین‌کننده حقوق بنیادین برای افراد می‌گردد (فارور، ۱۳۸۳: ۲۱۲). حق‌هایی همانند احترام

۱. نظام‌های حقوقی اروپایی، مهد اساسی‌سازی حقوق خصوصی بوده و اولین بار این تئوری در حقوق اروپا مطرح شد و گسترش یافت. در حالی که در سایر نظام‌های حقوقی همچون آمریکا، اساسی‌سازی حقوق خصوصی به وسعت کشورهای اروپایی مورد پذیرش قرار نگرفته است.

به آزادی و کرامت انسانی نه تنها باید حاکم بر اعمال دولت باشد، بلکه همچنین باید همه مقررات حاکم بر روابط اجتماعی، این حقوق را سرمشق خود قرار بدهند. به عنوان مثال، حقوق قراردادها باید به آزادی اشخاص اهمیت زیادی قائل شود و حقوق مسئولیت مدنی در راستای حمایت از حقوق بنیادین اشخاص به عنوان نمونه باید آزادی اشخاص را از صدمات و خسارات جانی و مالی همواره مدنظر داشته باشد. اگرچه حقوق بنیادین تضمین شده در قانون اساسی ممکن است در حوزه حقوق خصوصی با جزئیات متفاوت شرح و بسط داده شود، حقوق بنیادین باید همانند حقوق عمومی، نقش هدایتگر حقوق خصوصی را نیز داشته باشد. این نظریه خیلی زود راه خود را در رویه قضایی پیدا کرد بطوری که از دهه ۱۹۵۰ میلادی به بعد ابتدا محاکم آلمان و سپس محاکم سایر کشورها اساسی‌سازی را پذیرفته و شروع به اعمال حق‌های اساسی در روابط قراردادی نمودند (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۷۷). نفوذ این نظریه در قانونگذاری نیز مشهود می‌باشد و در برخی از قوانین اساسی و عادی به صراحت از اساسی‌سازی سخن گفته است. به عنوان مثال بند ۲ اصل ۱۲ قانون اساسی آفریقای جنوبی صراحتاً افراد خصوصی را موظف به رعایت حق‌های مصرح در قانون اساسی نموده و همانند دولت، افراد در روابط خصوصی توانایی نقض این حق‌ها را ندارند (Balganesh, 2016: 1). همچنین، نویسندگان پیش-نویس قانون مدنی اروپا<sup>۱</sup> (DCFR) در مقدمه آن مقرر نموده‌اند که حقوق خصوصی باید در حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی مشارکت نماید (Hesselink, 2009: 42). بند ۲ ماده ۱۰۲:۱ باب اول این سند نیز صراحتاً مقرر می‌دارد که مقررات این قانون باید در سایه کلیه ابزارهای تضمین‌کننده حقوق بشر و آزادهای بنیادین و کلیه حقوق اساسی قابل اعمال تفسیر شوند.

## ۲. دلایل اساسی‌سازی

ظهور دولت‌های دیکتاتور و مستبد در نیمه اول قرن بیستم که خود را فراتر از قانون می‌دانستند منجر به بروز فجایع انسانی زیادی در اروپا و حتی در کل جهان شد و جنگ جهانی دوم نتیجه اعمال این دولت‌ها بود. بعد از جنگ جهانی دوم، هدف این دسته از کشورها این بود که از بازگشت تعدی و تفریط‌های نظام‌های سیاسی پیشین جلوگیری کنند. به منظور رسیدن به این هدف، ضرورت مردم‌سالار نمودن قوانین اساسی و تضمین احترام به قواعد و مقررات

1. Draft Common Frame of Reference.

مندرج در آنها مورد توجه قرار گرفت. در قوانین اساسی این کشورها، قواعد و مقررات راجع به حقوق و آزادی‌ها اهمیت بسیاری پیدا کرد. دادگاه‌های قانونی اساسی و دادرسی اساسی نیز در این کشورها به رسمیت شناخته شد چرا که صرف شناسایی حقوق و آزادی‌های بنیادین در قوانین اساسی، بدون پیش‌بینی مراجع متصدی صیانت از آنها، برای تحقق اهداف آزادی‌خواهانه ملت‌ها کفایت نمی‌کرد و فعالیت دادگاه‌های قانونی اساسی و در نتیجه انتشار هنجارهای اساسی مردمسالار در نظام حقوقی، منجر به اساسی‌سازی دموکراتیک آن شد (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۲). به همین دلیل نظریه قانون اساسی تمامیت‌خواه و اساسی‌سازی حقوق خصوصی ابتدا در کشورهای همانند آلمان، ایتالیا که تازه از بند حکومت‌های دیکتاتور و فاشیستی رهایی یافته بودند مطرح گردید. حتی برای اولین بار این موضوع به صورت صریح در اصل ۱۲ قانون اساسی آفریقای جنوبی به رسمیت شناخته شده و بدون تردید عملکرد حکومت نژادپرست سابق آفریقای جنوبی در نقض آشکار حقوق اساسی مردم، در پیش‌بینی چنین اصلی در قانون اساسی این کشور نقش اصلی را ایفا نموده است (Balganesh, 2016: 1). لیکن برخی بر این نظر هم هستند که حقوق و ارزش‌های بنیادین قرن‌هاست که در حقوق خصوصی تأثیرگذار می‌باشد و تنها چیزی که در سال‌های اخیر تغییر نموده است صرفاً بیان صریح این پیوند و ارتباط به وسیله ارجاع به حقوق اساسی نوشته می‌باشد (Collins, 2011: 2).

دلیل دیگر اساسی‌سازی حقوق خصوصی، تحولات اخلاقیات و ارزش‌های اجتماعی حاکم بر جامعه می‌باشد. جنبش‌های برابری‌طلبانه که انسان‌ها را فارغ از نژاد، رنگ، مذهب و یا جنسیت آنها مساوی می‌دانند و تلاش برای رفع تبعیضات در هر نوع آن به خصوص بین مردان و زنان بدون تردید ضرورت ارائه راه‌کارهایی در این زمینه را آشکار نمود که یکی از آنها دادرسی اساسی و در نتیجه اساسی‌سازی مردم‌سالارانه نظم حقوقی است. بسیاری از کسانی که امروز خود را قربانی تبعیض می‌دانند و نسبت به آن اعتراض می‌کنند به راحتی این وضعیت‌ها را در گذشته قبول می‌نمودند (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۳-۱۳۴).

نکته‌ای که در این قسمت ذکر آن مفید فایده می‌باشد این است که در نظام‌های حقوقی که فاقد دادرسی اساسی هستند نیز برای رفع تبعیض بین مردم، محاکم به حقوق و آزادی‌های اساسی تضمین شده در قانون اساسی تمسک جستجو کنند؛ به عنوان مثال دیوان عالی آمریکا در

پرونده شلی<sup>۱</sup> قراردادهای محدودکننده نژادی را بین اشخاص خصوصی به دلیل مغایرت با متمم چهارم قانون اساسی آمریکا را باطل اعلام نمود (Balganesh, 2016: 2).

نظریه برتری حقوق اساسی بر کل نظام حقوقی، مبنای دیگر اساسی‌سازی می‌باشد. مطابق این دیدگاه، حقوق مصرح در قانون اساسی به عنوان یک حق برتر تلقی شده به طوری که کل نظام حقوقی در پرتو آن قرار می‌گیرد، لذا قواعد عادی توانایی مقابله با این حقوق را ندارند. این حقوق مختص حقوق عمومی نبوده و در حقوق خصوصی نیز به عنوان یک حقوق برتر قابل اعمال می‌باشند. این نوع برتری ریشه در تفکر ناب حقوقی هانس کلسن دارد که قائل به سلسله مراتب میان قواعد حقوقی بود. به این ترتیب که در راس یا هرم هر نظام حقوقی، حقوق اساسی قرار دارد (Caumes, 2010: 22). بنابراین، حقوق اساسی و حقوق بنیادین تضمین شده در آن، شاخه‌ای از حقوق عمومی نمی‌باشد؛ حقوق اساسی در تقسیم‌بندی بین حقوق عمومی و خصوصی قرار نمی‌گیرد، بلکه حقوق اساسی فراتر از این مرزبندی قرار گرفته است. به تعبیر دیگر حقوق بنیادین به عنوان ارزش‌های پایه‌ای و اساسی حاکم بر کل نظام حقوقی محسوب می‌شود به همین دلیل باید گفت که این ارزش‌ها باید هم بر حقوق عمومی و هم بر حقوق خصوصی حاکم و موثر باشد و کل نظام حقوقی خود را باید با حقوق اساسی وفق دهند (Barak, 2001: 21-22; Smits, 2006: 9).

یکی دیگر از دلایل اساسی‌سازی حقوق خصوصی این است که قانون اساسی به مرور ارزش هنجاری پیدا کرده است به این شرح که اصولاً قانون اساسی یک قانون آیینی یا برنامه‌ریز است یعنی چهارچوب‌های اصولی و کلی امور را ترسیم می‌نماید (گرجی، ۱۳۸۸: ۳۸۴) و ارزش هنجاری کمتری دارد. به عنوان مثال در حقوق اسپانیا، نظریه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی اسپانیا رویکرد رایج در دادگاه قانون اساسی اسپانیا بود. به نظر دادگاه عالی قانون اساسی، اصول و احکام قانون اساسی، مستقیماً قابل اجرا نیستند بلکه صرفاً هنجارهای برنامه‌ریز محسوب می‌شوند که کار قوای عمومی را در آینده جهت می‌دهند به گونه‌ای که قابلیت اجرایی آنها تابع تقریر هنجارهای با درجه پایین‌تر می‌باشد (پیرین، ۱۳۸۴: ۲۳۱). ولی، در نیمه دوم قرن بیستم، به تدریج قوانین اساسی ارزش هنجاری نیز پیدا کرد بدین معنا که در قوانین اساسی باید و نبایدهایی که می

1. Shelley v. Kraemer.

بایست مورد رعایت قرار گیرد مورد توجه قرار گرفت و قانون اساسی در نقش تعیین کننده هنجارها ظاهر شد. در همین راستا در نظام‌های حقوقی همچون آلمان و ایتالیا، عناصر اولیه و اصلی نظریه «آزادی‌ها و حقوق بنیادین» مطرح گردید و متعاقب آن دادگاه‌های قانون اساسی جهت تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی ایجاد شد که از مهمترین وظایف و صلاحیت این دادگاه‌ها، حمایت و پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین بود. با تاسیس دادگاه‌های قانون اساسی نظارت بر اجرای قانون اساسی از صلاحیت دادگاه‌های اداری، خارج و در صلاحیت دادگاه قانون اساسی قرار گرفت. همچنین، در برخی سیستم‌های حقوقی من جمله در آلمان، دادگاه قانون اساسی صلاحیت پیدا کرد که به دعاوی اشخاص خصوصی نیز رسیدگی کند و اشخاص توانستند در صورت نقض حقوق و آزادی‌های اساسی در این مرجع اقامه دعوی نمایند. این موضوع خود یکی از دلایل اساسی‌سازی حقوق خصوصی محسوب می‌گردد (شکر، ۱۳۸۷: ۱۹۹).

جهانی شدن حقوق بشر یکی دیگر از دلایل اساسی‌سازی حقوق خصوصی است. در واقع، با توجه به اینکه در اساسی‌سازی؛ تمرکز عمده بر نفوذ حقوق بنیادین بشری مصرح در قوانین اساسی در روابط خصوصی است جهانی شدن حقوق بشر تاثیر قابل توجهی در این فرایند داشته است، بدین صورت که در کنار حقوق تضمین شده در قوانین اساسی ملی، حقوق بنیادین بشری مصرح در اسناد بین‌المللی همچون کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مصوب ۱۹۵۱، کنوانسیون بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی مصوب ۱۹۶۶ و کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶، باعث شده است این حقوق در حقوق خصوصی کشورها به خصوص در حوزه حقوق اروپا نفوذ پیدا کند. هر چقدر حقوق بشر توانسته است در گستره جهانی بیشتر ظاهر شود نفوذ مفاهیم و ارزش‌های منبعث از قوانین اساسی و دیگر اسناد بین‌المللی در کل سیستم حقوقی افزایش یافته است به نحوی که بر خلاف گذشته که حقوق مندرج در اسناد بین‌المللی صرفاً ابزاری در راستای حمایت از شهروندان در برابر دول بوده است، به تدریج این حقوق دامنه نفوذ خود را به روابط خصوصی اشخاص نیز گسترانیده است.

لازم به ذکر است علت اینکه اساسی‌سازی بیشتر در حقوق اروپا محقق شده است این است که اساسی‌سازی حقوق خصوصی ابزار مناسبی در مقابله با نفوذ گسترده هنجارهای اتحادیه اروپا به حقوق ملی کشورهای عضو می‌باشد. در واقع، اساسی‌سازی با تقویت انسجام و هویت حقوق داخلی، نظام حقوقی ملی را از هجمه حقوق اروپایی مصون می‌دارد و به مثابه عامل نجات



حقوق داخلی کشورهای عضو عمل می‌کند. بنابراین اساسی‌سازی موجب ادامه حیات حقوق ملی کشورهای عضو شده و آنها را از مستحیل شدن در حقوق اروپا محافظت می‌کند (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۴).

### ۳. نحوه اساسی‌سازی حقوق خصوصی

با پذیرش اساسی‌سازی حقوق خصوصی، چگونگی اساسی‌سازی مهمترین مساله مطرح در این زمینه است. برخی از طرفداران این نظریه، بر این باورند که حقوق اساسی باید بر حقوق خصوصی تسلط یافته و نرْم‌های قانون اساسی باید به صورت مستقیم اعمال گردند. در مقابل این عقیده مطرح شده که اساسی‌سازی استقلال حقوق خصوصی را از بین نبرده و حقوق خصوصی تابع حقوق اساسی قرار نمی‌گیرد، بلکه تاثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی غیرمستقیم می‌باشد.

#### ۱-۳. اعمال مستقیم

در این نظریه، حقوق اساسی بدون واسطه و مستقیماً از طرف افراد در روابط خصوصی قابل استناد می‌باشند و اگر حق بنیادین تضمین شده در قانون اساسی نقض شد این که ناقض حق دولت است یا شخص خصوصی، تفاوتی ایجاد نمی‌کند؛ این حقوق در مقابل همه قابلیت استناد دارند. اعمال مستقیم حقوق بنیادین در روابط اشخاص به این معنی است که حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی به همان شکلی که در حقوق عمومی و در روابط بین ارکان دولت قابل استناد می‌باشند در روابط خصوصی نیز قابلیت استناد و اعمال را دارند. به تعبیر دیگر حقوق بنیادین باید همانند احکام قانون مدنی در روابط خصوصی اعمال شده و در صورت تعارض بین مقررات قانون مدنی با حقوق اساسی، دادگاه باید قانون مدنی را کنار گذاشته و مطابق قانون اساسی رای صادر نماید. این نظریه اولین بار در حقوق آلمان مطرح شد و سابقه آن به سال‌های بعد از جنگ جهانی دوم می‌رسد. نیپردی، حقوقدان آلمانی، در دهه پنجاه میلادی برای اولین این عقیده را مطرح نمود. به نظر وی حقوق مورد بحث نه تنها علیه دولت قابلیت استناد دارند، بلکه در روابط خصوصی اشخاص نیز مستقیماً قابل اعمال می‌باشند. این نظریه تحت عنوان «نظریه اثر مستقیم بر اشخاص ثالث»<sup>۱</sup> در حقوق آلمان شهرت یافت (Cherednychenko, 2007a).

1. Theory of Direct Effect on Third Parties.

(60).

رویه قضایی آلمان نیز در برخی از آرای خویش این نظریه را پذیرفت. بویژه بعد از اینکه نپردی ریاست دادگاه فدرال کار آلمان را عهده‌دار شد این نظریه به صورت گسترده توسط دادگاه مزبور به کار گرفته شد. به عنوان مثال، در قراردادهای کار که با توافق طرفین، دستمزد زن کمتر از مرد تعیین می‌شد؛ دادگاه با استناد به بند ۲ و ۳ اصل ۳ قانون اساسی آلمان چنین قراردادهایی را ابطال می‌کرد، هر چند که مطابق ماده ۱۳۴ قانون مدنی آلمانی قراردادهای مزبور معتبر محسوب می‌شدند (Cherednychenko, 2007a: 61). همچنین دادگاه مزبور شرط عدم ازدواج در قراردادهای کار پرستاران را خلاف قانون اساسی و کرامت ذاتی انسان‌ها دانسته و غیر معتبر اعلام نمود (Mak, 2007: 134).

لازم به ذکر است این نظریه مختص حقوق آلمان نیست و در سایر نظام‌های حقوقی اروپایی نیز طرفدار دارد. به عنوان مثال، دیوان عالی ایرلند جنوبی در دو پرونده مشهور، نظریه نفوذ مستقیم حقوق بنیادین در روابط خصوصی افراد را پذیرفته است. دیوان عالی ایرلند در رای<sup>۱</sup> اعلام نمود: «شخصی که به موجب قانون اساسی بهره‌مند از حقی می‌باشد دیگر افراد جامعه وظیفه نسبی دارند که این حق را نقض نمایند». همچنین، رویه قضایی هلند در برخی از آرای خود نظریه تاثیر مستقیم را پذیرفته است. به عنوان مثال، در پرونده‌ای زنی، میزان مستمری‌اش از کمک‌های اجتماعی به دلیل گزارش همسایه‌اش که در نهادهای خدمات اجتماعی محلی کار می‌کرد کاهش یافت به این صورت که همسایه اطلاعات خصوصی زن را در اختیار نهادهای اجتماعی محلی قرار داد و در نتیجه میزان مستمری زن تعدیل گردید. دیوان عالی هلند اعلام نمود که همسایه، حق خواهان نسبت به حریم خصوصی که در ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ECHR) به رسمیت شناخته شده است را نقض کرده و چنین نقضی موجب تحقق مسئولیت مدنی می‌شود (Mak, 2007: 136).

در حقوق سوئیس نیز، نظریه تاثیر مستقیم، مورد قبول واقع شده است. حقوق‌دانان سوئیس بر این اعتقاد هستند که حقوق بنیادین به عنوان حقوق برتر بر کل نظام حقوقی حاکم می‌باشد و در برخی مواقع خطر نقض حقوق بشر توسط اشخاص خصوصی بیشتر از دولت می‌باشد. به عنوان مثال دادگاه عالی سوئیس در یکی از احکام خود اعلام نمود که آزادی مذهبی نه تنها باید

1. Educational Co. Ltd., V. Fitzpatrick (No 2) [1961] IR 345.

توسط دولت محترم شمرده شود، بلکه این حق در روابط خصوصی نیز حتی با توافق طرفین غیرقابل نقض می‌باشد (Barak, 2001: 15). در حقوق ایتالیا همانند حقوق آلمان، نظریه تاثیر مستقیم بیشتر در قراردادهای کار پذیرفته شده است. حقوق‌هایی همانند حق دریافت دستمزد منصفانه (اصل ۳۶ قانون اساسی)، حق رفتار برابر با زن و مرد در روابط کار (اصل ۳۷ قانون اساسی) به صورت مستقیم اعمال می‌گردند (Mak, 2007: 136-137).

نظریه نفوذ مستقیم و بلاواسطه حقوق بنیادین در حقوق خصوصی با انتقاداتی مواجه شده است. عده‌ای از حقوقدانان از آن بیم دارند که تاثیر مستقیم سبب تحدید آزادی اشخاص جامعه گردد. آنچه که منتقدان نظریه فوق را نگران می‌کند این است که منطبق کردن حقوق بنیادین با حقوق خصوصی در شرایط یکسان که در حقوق عمومی اجرا می‌شوند، معادل با دادن تاثیر مستقیم به آنهاست که موجب بروز مشکلاتی خواهد شد، چرا که افراد در بخش خصوصی (اشخاص خصوصی) علایق‌های دیگری به غیر از دولت دارند. فقط با جدا کردن این دو بخش، یک بخش آزاد برای اشخاص خصوصی می‌تواند پدیدار شود. نتیجه کار این است که اشخاص خصوصی نیازی به تحت تعقیب قرار دادن منافع عمومی ندارند؛ آنها مختار هستند و می‌توانند درباره اینکه چه چیزی را منصفانه تلقی می‌کنند، تصمیم بگیرند؛ حقوق خصوصی است که این مسئله را ممکن می‌سازد. در بخش عمومی، این اشخاص خصوصی را می‌توان به رعایت کردن تصمیماتی که دوست ندارند و داشت، اما این مسئله هنگامی توجیه می‌شود که این تصمیمات بر اساس دموکراسی مشروع باشند (Ribeiro, 2012: 15). پاره‌ای از حقوقدانان این دیدگاه را «نگرانی آزادی خواهی» نامیده‌اند (Ribeiro, 2012: 15). این دیدگاه از این ترس دارد که تاثیر مستقیم حقوق اساسی، آزادی فردی را در معرض خطر قرار دهد، زیرا اشخاص خصوصی را در معرض وظایفی قرار می‌دهد که دولت موظف به اجرای آنهاست. به عنوان مثال، دولت موظف به حق برخورد به طور مساوی و یا تبعیض قائل نشدن بین آحاد جامعه است و تحمیل نمودن چنین تکلیفی به افراد خصوصی آزادی آنها را محدود خواهد نمود.

## ۲-۳. اعمال غیر مستقیم

همزمان با اعمال مستقیم حق‌های اساسی در حقوق خصوصی در دادگاه فدرال کار آلمان، برخی از حقوقدانان آلمان در مقابل نظریه آقای نیپردی مبنی بر تاثیر مستقیم حقوق بنیادین در

حقوق خصوصی، نظریه تاثیر غیرمستقیم را مطرح نمودند و استدلال‌شان این بود که نفوذ غیرمستقیم حقوق بنیادین در روابط قراردادی، بنیان‌های حقوق خصوصی را برهم نمی‌زند و استقلال حقوق خصوصی نیز حفظ می‌گردد (Cherednychenko, 2007a: 63).

از آن زمان به بعد بسیاری از حقوق‌دانان به طرفداری از این نظریه پرداخته‌اند. طرفداران این عقیده بر این نظر هستند که تاثیر و نفوذ مستقیم حقوق بنیادین می‌تواند قواعد حقوق خصوصی را برهم بریزد و موجودیت این شاخه حقوق را به خطر بیاندازد. لذا باید با پذیرش نظریه تاثیر غیرمستقیم موجودیت و استقلال حقوق خصوصی حفظ گردد.

تاثیر غیرمستقیم به این مفهوم است که حقوق بنیادین و ارزش‌های اساسی به صورت مستقیم همانند قواعد حقوق مدنی در روابط خصوصی قابل استناد نیستند. اما کلیه قواعد عمومی حاکم بر حقوق خصوصی من جمله مفاد قراردادها باید به نحوی تفسیر و اعمال شوند که حقوق بنیادین متعاملین نقض نگردد. برای این منظور، از قواعد کلی و مبهمی همچون اصل حسن نیت، نظم عمومی و اخلاق حسنه کمک گرفته می‌شود. به عنوان مثال قراردادی که ناعادلانه بوده و برخلاف قانون اساسی در جهت تحقق عدالت اجتماعی در جامعه نباشد خلاف حسن نیت اعلام شده و ابطال می‌گردد. جان اسمیتس<sup>۱</sup> در این زمینه می‌نویسد: «نظریه تاثیر غیرمستقیم بدین مفهوم است که حقوق بنیادین (در روابط خصوصی) منحصرأ می‌تواند از طریق قواعد حقوق خصوصی اهمیت یابند. به بیان دیگر، برای تنظیم روابط بین افراد خصوصی، قواعد حقوق خصوصی نسبت به حقوق بنیادین اولویت دارند؛ حقوق خصوصی می‌تواند بر اساس حقوق بنیادین تفسیر شود، اما سرانجام نمی‌تواند توسط این حقوق تحت سلطه قرار گرفته و جذب شود: قواعد حقوق خصوصی برای تصمیم‌گیری درباره پرونده، قاطع باقی می‌مانند» (Smits, 2006: 4).

از نظر طرفداران نظریه تاثیر غیرمستقیم، عقیده اسمیتس مبنی بر اینکه قواعد حقوق خصوصی نسبت به حقوق بنیادین در تنظیم روابط خصوصی، دارای «اولویت» هستند، صحت دارد چرا که در پرونده‌های حقوق خصوصی، دادگاه در هر حال براساس قواعد حقوق خصوصی تصمیم‌گیری می‌نماید و دادگاه صرفاً باید در مقام تفسیر و اعمال این قواعد، حقوق اساسی را نظر گرفته و تفسیری را برگزیند که با این حقوق در تعارض نباشد. بنابراین در نظریه تاثیر غیرمستقیم حقوق

بنیادین در حقوق قراردادها، حقوق بنیادین جانشین و جایگزین قواعد حاکم بر قراردادها نمی‌شوند، بلکه باید به برخی از اصول حاکم بر قراردادها همچون اصل حسن نیت، نظم عمومی و اخلاق حسنه متوسل شد. در رویه قضایی کشورهای اروپایی نیز دادگاه برای انجام وظیفه خویش در حمایت حقوق بنیادین به اصول کلی قابل تفسیر موسع حقوق خصوصی همانند اصل حسن نیت، نظم عمومی و اخلاق حسنه استناد می‌نماید (Kull, 2002:144).

برخلاف دادگاه فدرال کار، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در پرونده لوس تاثیر غیرمستقیم حقوق بنیادین در حقوق خصوصی را قبول نمود. حوادث مربوط به این پرونده در سال ۱۹۵۰ میلادی اتفاق افتاد، هارلن شخصی که در دوره حکومت نازی‌ها، کارگردان فیلم‌های ضد یهودی بود، در سال ۱۹۵۰ میلادی فیلمی تحت عنوان عشق جاودان را کارگردانی کرد. آقای *اریک لوس*<sup>۱</sup> (مدیر مطبوعات هامبورگ) از مالکان سالن‌های سینما و سایر اشخاص درخواست نمود که فیلم وی را تحریم نمایند. به دنبال آن تولیدکنندگان فیلم مزبور بر علیه آقای لوث اقامه دعوی نموده و از دادگاه منع ایشان از تحریم فیلم را درخواست کرده، همچنین جبران خسارات وارده را با استناد به ماده ۸۲۶ قانون مدنی آلمان، مطالبه نمودند. دادگاه حقوقی با محکوم نمودن خواننده به وی دستور داد که در آینده از چنین اظهاراتی خودداری نماید. خواننده دعوی (لوس) مدعی شد که تصمیم دادگاه حقوقی، حق آزادی بیان وی را که در بند اول اصل ۵ قانون اساسی آلمان تضمین شده است، نقض نموده و با این استدلال به رأی صادره در دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان اعتراض کرد. دادگاه قانون اساسی فدرال، با قبول استدلال آقای لوس، مقرر نمود که حق آزادی بیان در اصل ۵ قانون اساسی تضمین شده است و رأی دادگاه در منع وی از اظهارنظر در مورد فیلم عشق جاودان، نقض حق بنیادین وی تلقی می‌شود و لذا رأی دادگاه حقوقی خلاف قانون اساسی است. این رأی دادگاه قانون اساسی آلمان، تاثیری ماندگار بر توسعه فهم قضایی و دانشگاهی از تاثیر حقوق بنیادین در اختلافات خصوصی داشت (Kommers, 1997: 363).

استدلال اصلی دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در پرونده لوس این بود که حقوق بنیادین بشری از یک سو فعالان حوزه حقوق عمومی را در قالب حمایت از اشخاص خصوصی در برابر اقدامات دولت و کارکنان وی کنترل می‌کند. از سوی دیگر، حقوق بنیادین همچون یک نظم و

1. Erich Luth.

سیستم عینی<sup>۱</sup> از ارزش‌ها عمل می‌کند که کل سیستم حقوقی من جمله حقوق خصوصی در حوزه تاثیر آن قرار دارند. به بیان دیگر، هنجارهای حقوق بنیادین حامی حقوق فردی در حوزه حقوق عمومی بوده و به عنوان ارزش‌های عینی به طور همزمان به حقوق خصوصی نفوذ کرده و آن را محدود می‌کنند و توافقات خلاف آنها فاقد اعتبار می‌باشد (Ribeiro, 2012: 16) مطابق این نظر، آزادی بیان هم یک مزیت حقوق اساسی برای افراد خصوصی در رابطه با دولت است و هم ارزشی است که محتوای بخش‌های مختلف حقوق خصوصی همچون اموال، قرارداد، شبه جرم، خانواده، ارث و غیره را شکل داده و محدود می‌کند. با لحاظ چنین تفسیری، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان قضات دادگاه مدنی را ملزم ساخت تا: اولاً در تفسیر قوانین حقوق خصوصی از قانون اساسی کمک گیرند؛ ثانیاً در تفسیر اصول کلی منعطفی چون «اخلاق حسنه» یا «حسن نیت» از ارزش‌های قانون اساسی دفاع کنند و ثالثاً، اگر قانون عادی را علی‌رغم تلاش در تعبیر آن به مطلوب‌ترین سبک قانون اساسی، خلاف قانون اساسی می‌دانند، آن را به دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان ارجاع دهند.

همچنین، این دادگاه بیان می‌کند:

«با وجود اینکه نظام موجود یک نظام بدون ارزش است، قانون اساسی یک نظام عینی از ارزش‌ها را در بخش خود بر اساس حقوق اساسی ایجاد می‌کند ... این نظام ارزش‌ها که بر آزادی انسان برای رشد در جامعه تمرکز می‌کند، باید به عنوان یک اصل قانون اساسی در سراسر نظام حقوقی اعمال شود: باید قانون‌گذاری، حقوق اداری و تصمیمات قضایی را راهنمایی کرده و به آنها آگاهی دهد. این نظام به طور ذاتی حقوق خصوصی را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهد؛ هیچ قاعده حقوق خصوصی ممکن نیست با آن مغایرت داشته باشد و همینطور چنین قوانین باید طبق روح این نظام تفسیر شوند»<sup>۲</sup> (Ribeiro, 2012: 17).

بعد از پرونده لوس، نظریه تاثیر غیرمستقیم به طور گسترده در حقوق آلمان مورد پذیرش قرار گرفت و محاکم آلمان با استفاده از مفاهیمی همچون حسن نیت و اخلاق حسنه به صورت غیرمستقیم حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی را در روابط خصوصی اعمال نمودند و دادگاه قانون اساسی آلمان نیز در پرونده‌های مختلف بر این امر تاکید نمود. به عنوان مثال، در ۱۹ اکتبر

1. Objective Order of Values.

2. BVerfGE 7, 198 (205).

۱۹۹۳ میلادی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان اعلام نمود در مواردی که عدم تعادل ساختاری طرفین در قدرت انجام معامله منجر به انعقاد قراردادی گردد که برای طرف ضعیف قرارداد به شدت سنگین باشد، دادگاه‌های حقوقی وظیفه دارند که بر مبنای قواعد عمومی (همانند اخلاق حسنه و حسن نیت) در قرارداد مداخله نمایند. این وظیفه مبتنی بر تکلیف حمایت از حق اساسی استقلال فردی در رابطه با اصل دولت اجتماعی است (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۸۰).

در سایر نظام‌های حقوقی اروپایی نیز این نظریه مورد استقبال قرار گرفت. در حقوق ایتالیا، تفسیر اصل حسن نیت در سایه حقوق بنیادین به ویژه در سایه حق همبستگی مصرح در اصل ۲ قانون اساسی ایتالیا مورد توجه قرار گرفته است و محاکم ایتالیایی با تفسیر اصل حسن نیت در سایه حقوق بنیادین به صورت غیرمستقیم حقوق اساسی را در روابط خصوصی اعمال می‌نمایند (Mak, 2007: 137). در حقوق فرانسه نیز تاثیر غیرمستقیم حقوق اساسی در حقوق خصوصی بویژه در تفسیر قواعد حقوق خصوصی و قراردادهای حقوق خصوصی مورد توجه قرار گرفته است. در این راستا، فلیپ ملری معتقد است که در کشورهای اروپایی، تاثیرپذیری قراردادهای علی‌الخصوص قراردادهای خصوصی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر امری مسلم است و در تفسیر قراردادهای بدون تردید حقوق بنیادین باید مورد لحاظ قرار گیرد. همچنین، ماری الودی آنسل قائل به ضرورت دوام و قوام تزریق حقوق بشر به روابط اشخاص حقیقی با یکدیگر است. بعلاوه، ژان فرانسوا رنوسی بر این باور است که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیش از پیش ناظر بر حقوق و تعهدات افراد در قبال یکدیگر است (Caumes, 2010: 11).

#### ۴. اساسی‌سازی در حقوق ایران

در حقوق ایران اساسی‌سازی مورد توجه حقوقدانان قرار نگرفته است. با توجه به اینکه بدون پذیرش اساسی‌سازی در حقوق ایران، امکان نفوذ حقوق بنیادین در حقوق ایران به شدت محدود خواهد بود، لذا بررسی امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی و آثار این امر در حقوق ایران دو موضوعی است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

##### ۴-۱. امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی

این مساله که اساسی‌سازی حقوق خصوصی در حقوق ایران امکانپذیر است یا خیر؟ خیلی

مورد توجه حقوق دانان قرار نگرفته است و بین حقوق دانانی که به این موضوع پرداخته‌اند نیز اتفاق نظری وجود ندارد. در دکترین حقوقی دو رویکرد رد اساسی‌سازی و پذیرش آن مورد توجه است. مخالفان اساسی‌سازی حقوق خصوصی بیان می‌دارند دادگاه‌ها نمی‌توانند مستقیماً با استناد به اصول قانون اساسی حکم صادر نمایند چرا که اولاً، محاکم به بهانه مخالفت قانون عادی با قانون اساسی نمی‌توانند قانون عادی را نادیده گرفته و اجرا نکنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۱). ثانیاً، اصول قانون اساسی چارچوب‌ها و جهت‌گیری‌های کلی را ترسیم می‌کند و تعیین حدود و ثغور و مصادیق و ضمانت اجرای آن برعهده قانونگذار عادی است. برای مثال قضات نمی‌توانند با استناد بر اصل ۴۰ قانون اساسی معامله به قصد فرار از دین را نامعتبر اعلام نمایند چرا که مصادیق این اصل باید توسط قانونگذار عادی تعیین گردد. همانگونه که ماده ۱۳۲ قانون مدنی یکی از مصادیق اصل ۴۰ قانون اساسی می‌باشد. به موجب این ماده: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». اگر اصل ۴۰ قانون اساسی به عنوان منبع مستقیم صدور حکم پذیرفته شده بود و دادگاه‌ها اختیار استناد به آن را داشتند نیازی به تصویب ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تعیین مصداق نبود. این امر حاکی از این است که حدود ممنوعیت‌های قانون اساسی و ضمانت اجرای آن را قانونگذار عادی مشخص می‌کند (عابدیان، ۱۳۸۸-۱۳۸۹: ۸۶).

همچنین، در تایید عدم آمادگی نظام حقوقی ایران در توسعه پدیده اساسی‌سازی گفته شده است اندیشه اساسی‌سازی در میان اعضای شورای نگهبان نیز وجود ندارد چرا که رویکرد حاکم بر اندیشه این نهاد رویکرد فردگرایانه است و همین امر موجب شده است که اساسی‌سازی در ایران، حتی اگر عملی شود، نهایتاً منجر به تقدم حقوق مدنی یا به عبارت دیگر مدنی کردن قانون اساسی می‌گردد (شهابی، ۱۳۸۷: ۱۱۳). مبنای تحلیلی این رویکرد بر دلایل زیر استوار است:

الف- عدم تفکیک میان سیاست و حقوق اساسی؛

ب- اندیشه مدنی‌گرایی یا خصوصی‌گرایی قضات اساسی؛

پ- سیستم حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه است و قانون اساسی مبنای سیستم حقوقی در ایران محسوب نمی‌شود. از آنجایی که مبنای فقه امامیه مبتنی بر اندیشه‌های فردگرایانه است تفسیر امور حقوقی بر مبنای اندیشه‌های فردگرایانه صورت می‌گیرد. حاکمیت رویکرد



فرد گریانه به حدی است که عملگرایان حقوق ایران یعنی وکلا و قضات نیز متأثر از آن هستند (شهابی، ۱۳۸۷: ۱۱۳).

در مقابل، موافقین اساسی‌سازی حقوق بر امکان آن در ایران ابراز نظر می‌کنند. به نظر می‌رسد پذیرش اساسی‌سازی در نظام حقوقی ایران، مقدمتاً مستلزم این است که ارزش هنجاری قانون اساسی ایران و صلاحیت دادگاه‌های بدوی و به تبع آن عدم اجرای قانون عادی به دلیل تعارض با قانون اساسی به رسمیت شناخته شود. همچنانکه در بند اول ذکر شد وصف هنجاری و در نتیجه لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی یکی از شرایط تحقق اساسی‌سازی می‌باشد. در حقوق ایران، برخی معتقد به وصف هنجاری قانون اساسی هستند و قانون اساسی را صرفاً برنامه‌ریز نمی‌دانند. از دید این طیف ضرورت نظارت شورای نگهبان بر اساسی‌بودن مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصول ۷۲ و ۹۴ قانون اساسی) هیچ تردیدی در مورد ارزش هنجاری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جای نمی‌گذارد (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۵).

در مورد صلاحیت دادگاه‌ها بر عدم اجرای قوانین عادی مغایر با قانون اساسی باید گفت قبل از انقلاب که نهادی همچون شورای نگهبان برای حفاظت از قانون اساسی وجود نداشت، دسته‌ای از حقوق‌دانان بر این نظر بودند که دادگاه‌ها صلاحیت لازم را برای تشخیص مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی را دارند و در نتیجه می‌توانند از اجرای قوانین و مقررات عادی مغایر با قانون اساسی امتناع نمایند. مطابق این دیدگاه اولاً، مجلس حق قانونگذاری برخلاف قانون اساسی را ندارد. ثانیاً، در صورتی که مجلس قانونی را برخلاف قانون اساسی تصویب نمود، دادگاه‌ها باید قانون برتر یعنی قانون اساسی را در نظر گرفته و حق عدم اجرای قانون عادی را دارند (آزمایش، ۱۳۵۱: ۱۵-۱۶؛ خلعت بری، ۱۳۲۷: ۲۷). لیکن، در مقام عمل هیچگاه این نظر از طرف دادگاه‌ها و سیستم قضایی وقت مورد پذیرش قرار نگرفت و دکترین بر نبود ضمانت اجرا در صورت تعارض قانون عادی با قانون اساسی تأکید کرده است. علی‌آزمایش در این زمینه می‌نویسند:

«در لزوم انطباق قانون عادی با مقررات و احکام قانون اساسی تردیدی باقی نمی‌ماند. مرجع صالح برای تشخیص این امر در بعض کشورها شورای دولتی است و در ایران به عقیده اکثر مولفین حقوقی هیچ مرجعی برای تشخیص این امر وجود ندارد و در نتیجه مقررات قانون اساسی یا قانون مادر در اساسی‌ترین قسمت آن یعنی لزوم اطاعت مقنن عادی از مقنن موسس، فاقد

ضمانت اجراست» (آزمایش، ۱۳۵۱: ۱۱).

بعد از انقلاب اسلامی، مرجعی برای انطباق قوانین مصوب مجلس با قانون اساسی ایجاد گردید. اصل ۹۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». پیش‌بینی شورای نگهبان نتوانست به مباحث پایان دهد چرا که رویکرد شورای نگهبان در کنترل مصوبات مجلس، بیشتر سیاسی می‌باشد به نحوی که نمی‌توان در تاریخ فعالیت شورای نگهبان موردی را پیدا نمود که این شورا قانون عادی را به دلیل مغایرت با حقوق و آزادی‌های بنیادین تضمین شده در قانون اساسی، مغایر با قانون اساسی اعلام نماید و حتی وجود نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی و همچنین اصل تفکیک قوا، موجب شده است که اکثر حقوق‌دانان بر این نظر باشند که دادگاه‌های عادی نمی‌توانند به دلیل مغایرت بودن قانون عادی با قانون اساسی، از اجرای قوانین عادی صرف‌نظر نمایند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۶). با این حال برخی از حقوق‌دانان همچنان بر صلاحیت دادگاه‌های عادی در عدم اجرای قوانین عادی با استناد به مغایرت آنها با قوانین اساسی تاکید می‌کنند. ناصر کاتوزیان در این زمینه اعلام می‌دارند:

«دادرس مامور اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و هنگامی که در دعوا با دو متن متعارض روبرو می‌شود، باید بر حسب قواعد یکی از آن دو را مقدم شمارد. حال، اگر فرض کنیم که یکی از این متون مربوط به قانون اساسی و دیگری از قوانین عادی باشد، عقل حکم می‌کند که قاعده عالی‌تر بر مقررات پایین‌تر حکومت کند. درست است که قوه مقننه در برابر قوه قضاییه استقلال دارد و دادرس نمی‌تواند تصمیم‌های آن قوه را ابطال نماید، ولی استقلال قوه قضاییه نیز ایجاب می‌کند که دادرس بتواند آزادانه در برابر قوانین متعارض مطابق اصول حقوقی تصمیم بگیرد، و ناگزیر نباشد که در تجاوز به قانون اساسی با قوه مقننه همدستان شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۷).

ایشان وجود شورای نگهبان را موجب از بین رفتن صلاحیت دادگاه‌های عادی در این زمینه نمی‌دانند، چرا که وظیفه شورای نگهبان جلوگیری از تصویب قوانین برخلاف قانون اساسی می‌باشد و به صورت نوعی مانع اجرای آن می‌شود. در حالی که دادگاه صرفاً می‌تواند در دعوی مطروحه قانون اساسی را به عنوان قانون حاکم انتخاب کند و آن را بر قانون عادی

مقدم بدانند. بنابراین تعارضی بین دو صلاحیت مورد بحث وجود ندارد تا پیش‌بینی شورای نگهبان را به مفهوم نفی صلاحیت دادگاه عادی بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۷).

به نظر می‌رسد با لحاظ ساختار نظام حقوقی ایران، پذیرش نظر فوق‌الذکر در حقوق ایران به این سادگی ممکن نباشد. ولی می‌توان گفت دادگاه‌های عادی باید در تفسیر قوانین عادی، مفاد آن را بر معنایی حمل نمایند که با اصول قانون اساسی انطباق داشته باشد به این معنا در مواردی که قانون عادی مبهم و مجمل است یا احکام متعارضی وجود دارد؛ دادگاه عادی باید معنایی را قبول کند که با اصول قانون اساسی مطابقت دارد. زیرا فرض بر این است که قانونگذار به هیچ وجه آن اصول را نقض نمی‌کند. به نظر برخی چنین صلاحیتی با هیچ استدلالی از دادگاه‌ها قابل سلب نیست و می‌تواند به عنوان ابزار مناسبی در اختیار قوه قضاییه باشد تا بتواند به وسیله آن از آزادی‌ها و حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی حفاظت نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۷).

لازم به ذکر است که برخی معتقد به اجرای قوانین عادی حتی در صورت مخالفت با قانون - اساسی هستند و در تایید نظر استدلال می‌کنند که قوانین عادی توانایی نسخ قانون اساسی را ندارند، اما می‌توانند تخصیص زنده قانون اساسی باشند همانطور که در حقوق اسلام، احادیث می‌توانند موجب تخصیص قرآن گردند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۱). عده دیگر نیز منکر امکان تعارض قانون عادی با قانون اساسی هستند. از نظر این طیف، قانون اساسی نه تنها اعتبار قانون عادی موافق با قانون اساسی، بلکه به یک معنا، اعتبار قانون اساسی را هم در نظر دارد یعنی اگر قوانین عادی به شیوه‌ای خاصی ایجاد شوند و محتوای خاصی را داشته یا نداشته باشند؛ اگر قانون عادی به نحوی محتوایی غیر از محتوای تعیین شده را داشته باشد، نباید باطل و بی‌اثر تلقی شود، بلکه تا زمانی که مرجع تعیین شده مثلاً دادگاه قانون اساسی بی‌اعتباری آن را با تشریفات مقرر در قانون اساسی اعلام نکرده باشد، معتبر شمرده می‌شود (شهابی و چراغی، ۱۳۹۰: ۴۸).

## ۲-۴. موانع اساسی‌سازی حقوق خصوصی

با وجود اینکه در نظام حقوقی ایران، امکان اساسی‌سازی حقوق خصوصی وجود دارد، اما موانعی ممکن است مانع از این شود که اساسی‌سازی در حقوق ایران مورد قبول واقع شود. عدم نهادینه شدن حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی در حقوق ایران، عدم وجود دادرسی اساسی و عدم آشنایی و تمایل فعالین نظام حقوقی به موضوع اساسی‌سازی از موانع اصلی اساسی‌سازی

در حقوق ایران محسوب می‌شوند.

اساسی‌سازی حقوق خصوصی بدون تردید با اهمیت یافتن حقوق بشر و حق‌های بنیادین رابطه نزدیک دارد. حتی به تعبیر دیگر می‌توان گفت که اساسی‌سازی حقوق خصوصی نتیجه برتری حقوق بنیادین بر کل نظام حقوقی می‌باشد، به طوری که نظام‌های حقوقی که اساسی‌سازی حقوق خصوصی را پذیرفته‌اند به هیچ وجه نقض این حقوق بنیادین را بر نمی‌تابند. در این نظام‌های حقوقی نه تنها خود حکومت توانایی تجاوز به این حقوق را ندارند بلکه در روابط خصوصی نیز، اشخاص قدرت نادیده گرفتن آنها را ندارند. به عبارت دیگر، قانون اساسی این کشورها دخالت‌گرا هستند. به عنوان مثال در نظام حقوقی کانادا تا سال ۱۹۸۲ به دلیل به رسمیت نشناختن حقوق و آزادی‌های بنیادین در قانون اساسی کانادا، اساسی‌سازی حقوق خصوصی مطرح نمی‌شد اما از سال ۱۹۸۲ با تصویب اعلامیه حقوق و ورود آن به بطن قانون اساسی، اساسی‌سازی حقوق در این کشور مطرح شد و به سرعت گسترش یافت (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۰).

در نظام حقوقی ایران، حقوق و آزادی‌های بنیادین در فصل سوم قانون اساسی به صورت گسترده به رسمیت شناخته و تضمین شده‌اند. شناسایی اصل برابری (اصول ۱۹ و ۲۰)، آزادی بیان (اصل ۲۴)، کثرت‌گرایی سیاسی (اصل ۲۶)، حق و آزادی انتخاب شغل (اصل ۲۸)، حق همگانی بر تامین اجتماعی (اصل ۲۹)، تکلیف دولت در فراهم نمودن آموزش رایگان (اصل ۳۰)، حق بر مسکن متناسب (اصل ۳۱) و حق دادخواهی (اصل ۳۴) از مواردی تلقی می‌شوند که در آن حقوق بنیادین تضمین شده‌اند و دخالت‌گرا بودن قانون اساسی ایران نیز اثبات می‌شود. با این حال باید گفت که درست است که تضمین حقوق بنیادین در قانون اساسی به منزله فراهم بودن زمینه‌های اساسی‌سازی حقوق خصوصی تلقی می‌شود، اما به تنهایی کافی نیست چرا که علاوه بر تضمین این حقوق در قانون اساسی، مردم سالار بودن یک نظام حقوقی و پذیرش عملی این حقوق توسط قوه قضاییه و شورای نگهبان برای اساسی‌سازی حقوق خصوصی ضرورت دارد (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۲).

سیستم قضایی بیشتر به دنبال نهادینه کردن اصول قانون اساسی مربوط به اختیارات نهادهای حکومتی می‌باشد و حقوق اساسی ملت که در قانون اساسی ایران مورد پذیرش قرار گرفته تا حدود زیادی محجور مانده است. از طرف دیگر، درست است که وجود شورای نگهبان می‌تواند به اساسی‌سازی حقوق کمک نماید. اما نباید فراموش کرد که اولاً در عمل، عملکرد شورای نگهبان بیشتر سیاسی است تا حقوقی. به تعبیر

دیگر، نظارت بر اجرای قانون اساسی در ایران نظارت سیاسی می‌باشد و برخلاف نظام‌های حقوقی مانند امریکا و آلمان، نظارت قضایی پذیرفته نشده است. در حقوق ایران تنها نظارت قضایی تا حدودی و در حوزه مقررات دولتی و نه قوانین، در قالب نظارت بر عدم مغایرت تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها دولتی با قوانین (اصل ۱۷۰ قانون اساسی)، نظارت دیوان عدالت اداری (اصل ۱۷۳ قانون اساسی)، نظارت سازمان بازرسی کل کشور (اصل ۱۷۴ قانون اساسی) و در نهایت مصونیت نداشتن عالی‌ترین مقامات اجرایی کشور، سازمان یافته است (پروین، ۱۳۹۴: ۱۷۷). ثانیاً، برخلاف نظام‌های حقوقی همانند آلمان امکان اقامه مستقیم دعوا توسط افراد به دلیل نقض حقوق بنیادین آنها در نزد شورای نگهبان وجود ندارد. بدیهی است که این امر موجب سخت‌تر شدن اساسی‌سازی حقوق در نظام حقوقی ایران خواهد بود.

فقدان دادرسی اساسی از موانع دیگر اساسی‌سازی حقوق و بویژه حقوق خصوصی می‌تواند تلقی شود. یکی از اوصاف قوانین اساسی مدرن، پیش‌بینی دادگاه قانون اساسی در این قوانین می‌باشد. دادگاه قانون اساسی، مرجعی است که تنها به منظور رسیدگی به ترافعات حقوق اساسی تاسیس گردیده و تحت کنترل و سیطره قوه قضایی قرار نداشته و همانند قوای دیگر به نوعی مستقل می‌باشد (گرگی ازندریانی، ۱۳۸۲: ۱۵). در واقع وجود چنین دادگاهی باعث می‌شود که قانون اساسی از ضمانت اجرای قدرتمندی برخوردار شود. اساسی‌سازی حقوق نیز ارتباط خیلی نزدیکی با وجود دادگاه قانون اساسی دارد، به طوری که بدون وجود دادگاه قانون اساسی، تصور تحقق اساسی‌سازی در یک نظام حقوقی مشکل خواهد بود. اساسی‌سازی در نظام‌های حقوقی دارای دادگاه قانون اساسی پذیرفته شده و گسترش یافته است؛ کشورهای نظیر آلمان، ایتالیا، اسپانیا، پرتغال، فرانسه، یونان و ... که تجربه موفق اساسی‌سازی را دارند دارای دادگاه قانون اساسی می‌باشند. پیش‌بینی شورای نگهبان در قانون اساسی تا حدودی می‌تواند خلاء عدم وجود دادگاه قانون اساسی را در این زمینه پُر نماید. لازم به ذکر است که صلاحیت دادگاه قانون اساسی از کشوری به کشور دیگر متفاوت می‌باشد. به عنوان مثال در برخی از نظام‌های حقوقی همانند آلمان افراد عادی این امکان را دارند که در مورد نقض حقوق اساسی خود مستقیماً در دادگاه قانون اساسی اقامه دعوا نمایند (اصل ۹۳ قانون اساسی آلمان: Make, 2007: 23)، در حالی که در برخی از کشورها مثل فرانسه چنین امکانی برای افراد خصوصی وجود ندارد. روشن است که اساسی‌سازی لزوماً به امکان دسترسی افراد به دادرسی اساسی وابسته

نیست. به عنوان مثال برخلاف حقوق آلمان، در نظام حقوقی فرانسه، امکان دسترسی افراد به دادگاه قانون اساسی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم وجود ندارد، با اینکه این موضوع یکی از موانع اساسی سازی در حقوق فرانسه تلقی شده است (فارور، ۱۳۸۳: ۲۷۱)، ولی نهایتاً این امر موجب عدم پذیرش اساسی سازی در حقوق فرانسه نشده است. همچنین اساسی سازی به هیچ وجه با وجود دادگاه قانون اساسی ملازمه ندارد و فقدان دادرسی اساسی، اساسی سازی را منتفی نمی‌کند و در صورت فقدان دادگاه قانون اساسی، دادگاه‌های عادی می‌توانند هنجارهای قانون اساسی را در روابط خصوصی اعمال نمایند همانطور که در حقوق انگلیس، با وجود نبود دادگاه قانون اساسی، دادگاه‌های عادی حقوق بنیادین را در حقوق خصوصی اعمال می‌نمایند. (Cherednychenko, 2007b: 14) در حقوق ایران نیز برخی از دادگاه‌ها با استناد به کنوانسیون‌های حقوق بشر و بنیادین و قانون اساسی آرایبی را صادر نموده‌اند. به عنوان مثال شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در تیرماه ۱۳۹۶ با استناد به بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و قانون اساسی جمهوری اسلامی، حق ازدواج را حق بنیادین بشری تلقی نموده و اجازه ازدواج به دختر باکره را بدون اذن ولی قهری را صادر نموده است.

عدم اعتقاد و آشنایی فعالین نظام حقوقی ایران به حقوق بنیادین می‌تواند یکی دیگر از موانع اساسی سازی در حقوق ایران تلقی شود. از این موضوع در حقوق فرانسه نیز به عنوان یکی از موانع اساسی سازی یاد شده است. به عقیده فارور، نظام حقوقی فرانسه، برای توسعه اساسی سازی ظرفیت‌های لازم را دارد. تنها مانع این است که فعالین حقوقی همانند وکلا، قضات و ... فاقد اندیشه اساسی یا ذهن اساسی هستند؛ منظور این است این اشخاص همیشه به دنبال آن نیستند که آیا اصول و هنجارهای و ارزش‌های اساسی می‌توانند به عنوان راه‌حلی مورد استفاده قرار گیرد یا خیر؟ (شهابی، ۱۳۸۷: ۱۱۳).

### نتیجه‌گیری

در دهه‌های اخیر حقوق اساسی مرزهای حقوق عمومی را در نوردیده و برتری آن بر کل نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده به طوری که هنجارهای حقوق خصوصی در کلیه شاخه‌های حقوق نفوذ پیدا کرده است. اساسی سازی حقوق خصوصی نیز در همین راستا مطرح شده

است. به این مفهوم که با اساسی‌سازی، هنجارهای حقوق اساسی در روابط خصوصی نیز اعمال شده و کل قواعد حقوق خصوصی نیز در سایه حقوق اساسی تفسیر و اعمال می‌گردند. نظریه حقوق بنیادین تضمین شده در حقوق اساسی، دلیل اصلی اساسی‌سازی می‌باشد. مطابق این دیدگاه، حقوق مزبور، به عنوان حق‌های برتر تلقی شده به طوری که کل نظام حقوقی در پرتو آن قرار می‌گیرد، لذا قواعد عادی توانایی مقابله با این حقوق را ندارند و نقض این حق‌ها چه از طرف دولت و چه از طرف اشخاص خصوصی پذیرفتنی نیست زیرا آنچه که اهمیت دارد نقض ناپذیر بودن این حق‌ها است و نقض کننده این حقوق یک مساله فرعی می‌باشد. ارزش هنجاری پیدا کردن قانون اساسی نیز دلیل دیگر اساسی‌سازی حقوق خصوصی می‌باشد، به این شرح که به طور سنتی قانون اساسی یک قانون آیینی یا برنامه‌ریز است یعنی چهارچوب‌های اصولی و کلی امور را ترسیم می‌نماید ولی بعد از جنگ جهانی دوم قانون اساسی ارزش هنجاری پیدا کرد و هنجارهای پیش‌بینی شده در این قانون بر کل نظام حقوقی برتری یافت.

اساسی‌سازی حقوق خصوصی به معنی پایان یافتن استقلال حقوق خصوصی نمی‌باشد. برخلاف عقیده برخی از حقوق‌دانان که معتقد به اعمال مستقیم حقوق اساسی در روابط خصوصی اشخاص می‌باشند باید گفت که حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی، به صورت غیرمستقیم اعمال می‌گردند به این شکل که با استناد به مفاهیم خود حقوق خصوصی همانند حسن نیت، اخلاق حسنه و تفسیر آنها در پرتو حقوق اساسی، اساسی‌سازی صورت می‌گیرد به این ترتیب هم از ارزش‌های قانون اساسی در روابط خصوصی محافظت می‌شود و هم استقلال حقوق خصوصی همچنان پابرجا می‌ماند.

به دلیل فقدان دادگاه قانون اساسی در نظام حقوقی ایران و عدم استقبال رویه قضایی، اساسی‌سازی حقوق خصوصی در نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار نگرفته است و حتی برخی از حقوق‌دانان امکان اساسی‌سازی را در حقوق ایران رد کرده‌اند. اما باید گفت که در قانون اساسی ایران حقوق بنیادین از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است به ویژه در فصل حقوق ملت این حقوق به رسمیت شناخته شده‌اند. اعتقاد بر این که دولت تنها موظف به عدم نقض این حقوق می‌باشد و در صورت نقض آنها توسط اشخاص ثالث هیچ تکلیفی ندارد اعتقاد صحیحی نمی‌باشد و این حقوق به عنوان ارزش‌های برتر جامعه باید در کلیه شاخه‌های حقوق اعمال گردد و از نقض آنها از جانب هر شخصی جلوگیری گردد. لذا لازم است دادگاه‌ها قواعد عادی حقوق خصوصی را در سایه

حقوق اساسی تفسیر و اعمال نمایند و برخی از دادگاه‌ها به درستی این نظریه را پذیرفته‌اند.



## منابع

### الف - فارسی

#### کتاب

- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، *مقدمه علم حقوق*، چاپ هفتاد و هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

#### مقاله‌ها

- آزمایش، علی، (۱۳۵۱)، «مساله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران»، *نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران*، دوره ۱۰، شماره ۱.

- پروین، خیرالله، (۱۳۹۴)، «جستاری بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱.

- پیربن، (۱۳۸۴)، «اساسی سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه تقی زاده، جواد، *نشریه حقوق اساسی*، سال سوم، شماره ۵.

- تقی زاده، جواد، (۱۳۸۶)، «مساله اساسی سازی نظم حقوقی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال ششم، شماره ۱۱.

- خلعتبری، ارسلان، (۱۳۲۷)، «تعارض قانون مصوب مجلس با قانون اساسی»، *مجله کانون وکلا*، دوره اول، شماره ۷.

- شکر، زهیر، (۱۳۸۷)، «ادارسی قانون اساسی (دادرسی اساسی)، آزادی‌ها و حقوق عمومی یا اساسی»، ترجمه پروین، خیرالله، *نشریه حقوق اساسی*، سال هفتم، شماره ۹.

- شهبایی، مهدی و چراغی، ولی الله، (۱۳۹۰)، «جستاری در اندیشه حقوقی کلسن»، *فصلنامه سه علامه*، سال یازدهم، شماره پیاپی ۳۲.

- گرجی ازندریانی، علی اکبر، (۱۳۸۲)، «حقوق اساسی و چشم‌انداز کنونی آن»، *نشریه حقوق اساسی*، سال اول، شماره ۱.

- مولائی، یوسف؛ شعاریان، ابراهیم، (۱۳۹۳)، «نفوذ حقوق بشر در حقوق قراردادها در پرتو رویه قضایی اروپایی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق عمومی*، سال پانزدهم، شماره ۴۲.

### جزوه‌ها و رساله

- شهبایی، مهدی، (۱۳۸۷)، *تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تاکید بر رابطه حقوق مدنی و حقوق تامین اجتماعی*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

- عابدیان، میرحسین، (۱۳۸۸-۱۳۸۹)، *تقریرات حقوق مدنی ۳*، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

ب- انگلیسی

**Books**

- Alexy, Robert, (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, UK.
- Barak, A., (2001), *Constitutional Human Rights and Private Law*, in D. Friedman and D Barak-Erez (eds), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Cherednychenko, O, (a) (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, European Law pub, Munich.
- Kommers, D. P, (1997), *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ed, Duke University Press, Durham and London.
- Mak, C., (2007), *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer Law International, available at: [https:// pure. uva. nl/ ws/ files /.../52678 \\_Mak\\_ manuscript\\_ juli\\_2007\\_cm\\_voor\\_ub.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/52678/_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf).

**Articles**

- Balganes, Shyamkrishna, (2016), “The Constitutionalisation of Indian Private Law”, available at: <http://ssrn.com/abstract=2617598>.
- Caumes, C., (2010), “L’interperetation du contratAuregard des droits fondamentaux”, pour obtenir le grade de docteur en droit de l’Université’ Avignonet des pays de Vaucluse, le 25.
- Cherednychenko, O. (a), (2007), “Fundamental Rights and Private Law: A relationship of subordination or complementarity?”, available at: [http://www. Utrechtlawreview. org/](http://www.Utrechtlawreview.org/) Volume 3, Issue 2.
- Collins, H., (2011), “The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe”, *European Business Law Review*, Forthcoming University of Cambridge Faculty of Law Research, Paper No. 13, available at: [http:// papers. ssrn. com/sol3/papers, Com? abstract\\_id=1837429](http://papers.ssrn.com/sol3/papers, Com? abstract_id=1837429). > accessed 18 October 2013.
- Edwards, C., (2009), “Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues”, *77 Umkc Law Review*.
- Hesselink. M. W; Mak. Chantal & Rutgers. Jacobien W, (2009), “Constitutional Aspects of European Private Law, Freedoms, Rights and Social Justice”, in the Draft Common Frame of Reference, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, No. 2009/05.

- Kumm, M., (2006), "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, Vol. 07, No. 04.

- Ribeiro, G. A., (2012), "Direct and Indirect Effects of fundamental Rights", available at: [http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/goncalo-de-almeida-ribeiro-direct-and-indirect-effects-of-fundamental-rights/ribeiro\\_direct\\_and\\_indirect\\_effects\\_of](http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/goncalo-de-almeida-ribeiro-direct-and-indirect-effects-of-fundamental-rights/ribeiro_direct_and_indirect_effects_of).

- Schepel, H., (2013), "Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law", *European Review of Private Law*, 5 & 6.

- Smits, J, (2006), "Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View" available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=928560>.