

تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی تأملی بر متغیرهای تحول نظام حقوقی^۱

مهدی شهابی^۲

چکیده

نظام حقوقی مجموعه‌ای از قواعد و نهادهای حقوقی است که در تعامل با یکدیگر بوده و جدای از یکدیگر قابل مطالعه نیستند. نظام حقوقی مجموعه‌ای هماهنگ و منسجمی از قواعد و نهادها را شکل می‌دهد که تغییر و تحول در بخشی از آن، قسمت‌های دیگر نظام حقوقی را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. در یک نظام حقوقی، برخی از نهادها و قواعد حتی می‌توانند نواقص و خلأهای کارکردی بخش‌ها، نهادها و قواعد دیگر نظام حقوقی را جبران نمایند. تعامل یا نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی، به‌عنوان بخش‌های اصلی نظام حقوقی، از این منظر اهمیت می‌یابد. البته بایستی توجه داشت که وجود دوگانگی حقوقی، مستلزم پذیرش دوگانگی در حوزه مبنا یا منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی نیز است؛ با وحدت‌گرایی در حوزه مبنا، نمی‌توان سخن از دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی به میان آورد. ذکر این نکته نیز ضرورت دارد که جایگاه دوگانگی عمومی و خصوصی در تحول نظام حقوقی می‌تواند متأثر از هدف نظام حقوقی (فردگرایی و جمع‌گرایی) باشد.

کلیدواژه‌ها: حقوق عمومی، حقوق خصوصی، نفوذ متقابل، نظام آمره، آزادی فردی، مبنای قاعده حقوقی، هدف قاعده حقوقی.

مقدمه

نظام حقوقی هر چند مجموعه‌ای از قواعد و نهادهای حقوقی است و بدین ترتیب از عناصر و ارکان مختلفی تشکیل شده است، ولی این عناصر و ارکان در ارتباط با یکدیگر بوده و به نوعی در تعامل با یکدیگر معنا پیدا می‌کنند. انسجام مورد انتظار نظام حقوقی نیز در گرو همین ارتباط و تعامل است. تغییر و تحول نظام حقوقی نیز از همین مسیر می‌گذرد.^۳ اگر چه نمی‌توان نظام حقوقی را محدود به دو رکن حقوق عمومی و حقوق خصوصی دانست و به عبارتی نباید حقوق اجتماعی را هم از یاد برد، ولی این نکته نیز قابل انکار نیست که حقوق اجتماعی، خود، محصول تعامل دو حقوق عمومی و خصوصی است. بنابراین، جای آن دارد که تعامل یا نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی را به عنوان متغیرهای تحول نظام حقوقی مورد مطالعه قرار دهیم.

مطالعه تعامل یا نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی به معنای پذیرش دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی است. به عبارت دیگر با قائل شدن به وحدت‌گرایی حقوقی، ایدئولوژی‌ای که یا منجر به تبعیت ماهوی یک بخش از نظام حقوقی از بخشی دیگر یا منجر به حذف دوگانگی می‌گردد، یا با پذیرش تقابل میان دو حقوق، امکان چنین مطالعه‌ای وجود نخواهد داشت. با این حال، درک مفهوم تعامل بین دو حقوق، بدون تحلیل رابطه تبعیت و تقابل بین دو آن دو میسر نیست. بنابراین، ابتدا به مطالعه دو رابطه اخیر می‌پردازیم و سپس رابطه تعامل بین دو حقوق را مطالعه خواهیم کرد.

۱. رابطه تبعیت و تقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی

۱-۱. رابطه تبعیت

رابطه تبعیت بین دو حقوق، می‌تواند به دو صورت تبعیت ماهوی و تبعیت شکلی تحقق یابد. هر چند رابطه تبعیت شکلی بین دو حقوق، منجر به حذف دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی نمی‌گردد، با این حال مطالعه آن در کنار تبعیت ماهوی ضرورت دارد.

۱-۱-۱. تبعیت ماهوی

در رابطه تبعیت ماهوی، یا حقوق عمومی وابسته به حقوق خصوصی است یا برعکس، حقوق خصوصی تابع و وابسته به حقوق عمومی است. چنین رابطه‌ای، ریشه در نظریه عمومی حقوق^۴ و نظریه دولت^۵ دارد، به گونه‌ای که با حرکت به سمت نظریه‌ای تعدیل شده در باب مبنا و منشأ قاعده حقوقی، مانند اندیشه ریپر و ژان دابن، با هیچ نوعی از وحدت‌گرایی مواجه نمی‌شویم. نظریه اخیر معتدل است، چرا که بر مبنای آن، دولت (دارنده قدرت عمومی) به عنوان اساس حقوق عمومی، جایگاه و اعتبار

^۳. Bobbio. Norberto. Teoria dell'ordinamento giuridico (Théorie de l'ordre juridique). Turin. 1960. p. 6. Cité par. Troper. Michel. «Système juridique et Etat». in. *Le système juridique. Archives de philosophie du droit*. Sirey. 1986. T. 31. p. 30.

^۴. Theorie generale du droit

^۵. Theorie de l'Etat

خود را در ایجاد قاعده حقوقی دارد و فرد (دارنده حق فردی) به عنوان اساس حقوق خصوصی نیز جایگاه و اعتبار خود را در ایجاد قاعده و موقعیت‌های حقوقی دارد.^۶

اندیشه ژلینک در حوزه مبنای قاعده حقوقی، رابطه تبعیت ماهوی میان دو حقوق را به نفع حقوق عمومی نتیجه می‌دهد؛ چرا که وی معتقد است دولت دارای حق حاکمیت نامحدود، تنها منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی است، به گونه‌ای که می‌توان گفت بدون حقوق عمومی، حقوق خصوصی نیز امکان وجودی پیدا نخواهد کرد. به عبارت دیگر، این دولت است که رابطه حقوقی بین افراد را ایجاد می‌کند و البته که در این مسیر، تحت فشار هیچ نیروی اجتماعی و ... قرار ندارد و خودمختار عمل می‌کند.^۷ بدین ترتیب، بر اساس تفکر ژلینک، حقوق خصوصی هویت مستقلی از حقوق عمومی نمی‌یابد. در نتیجه این خطر وجود دارد که دولت، دارنده قدرت عمومی، در تعیین محتوای روابط حقوقی جانب منافع عمومی را بگیرد و حق و مفهوم حق فردی جایگاه و اعتبار خود را از دست بدهد. بدیهی است که در این صورت نظام حقوقی انسجام و تعادل لازم را نخواهد داشت.

اندیشه‌های کسانی چون اشتامبلر، تستو، و نیز هایک، برعکس، تبعیت ماهوی به نفع حقوق خصوصی را رقم می‌زند. در اندیشه اشتامبلر، حقوق عمومی تنها ابزار یا روئایی برای حمایت از حقوق خصوصی است.^۸ اشتامبلر را بایستی پیرو رویکرد حقوق طبیعی به عنوان مبنای قاعده حقوقی دانست؛ رویکردی که در آن فرد و روابط خصوصی بین افراد، بر مبنای حق فردی اصالت می‌یابد و وظیفه دولت تنها محدود به مراقبت از همین حقوق فردی می‌شود. تستو، استاد فرانسوی، نیز برای تثبیت اندیشه حقوق طبیعی خود در حوزه مینا و هدف قاعده حقوقی، رویکرد اجتماعی را چاشنی مباحث خود قرار می‌دهد و حقوق واقعی یعنی حقوق برآمده از واقعیت‌های اجتماعی و مردم را، حقوق خصوصی می‌داند. به نظر وی، حقوق عمومی یک محصول فکری است و ساخته اندیشه‌پردازی است و بنابراین دارای واقعیتی تجربی نبوده و اصالت ندارد.^۹

هایک حقوق خصوصی را به مثابه نظم خودجوشی می‌داند که حاکم بر حقوق عمومی به عنوان نظمی تصنعی و ساختگی است. نظم ساختگی تنها بایستی به مراقبت از نظم خودجوش پردازد و دخالت آن در حوزه خصوصی که هایک آن را حوزه قواعد رفتار درست معرفی می‌کند،^{۱۰} نتایج غیر قابل پیش‌بینی را به دنبال خواهد داشت. با اصالت ماهوی دادن به حقوق خصوصی و تنزل جایگاه حقوق عمومی به ابزاری برای مراقبت از آن، اصلاح نظام حقوق خصوصی مبنای خود را از دست می‌دهد و از آن جا که حقوق خصوصی و حقوق فردی وضعیت ایستایی دارد، نظام حقوقی به معنای کلی آن نیز ایستا خواهد بود.

^۶ a) Ripert, Georges, *Les forces créatrices du droit*. Paris. L. G. D. J. Réimpression de 2^e édition (1955). 1998,

p. 84; b) Ripert. Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris. 2^e édition, 1984, N^o 9 et s

c) Dabin. Jean. *Théorie générale du droit*. Paris. Dalloz. 2^e édition. 1969. pp. 33 et 34.

^۷ Jellinek. Georg. *L'Etat moderne et son droit*. Paris. Édition V. Giard et E. Brière. 1^e édition. 1911. T. I. *Théorie générale de l'Etat*. Réédité par Éditions Panthéon Assas avec la préface d'Olivier Jouanjan. 2005. pp. 547 et 548.

^۸ Ripert. Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris. L. G. D. J. Réimpression de 4^e édition (1949). 1994. p. 17.

^۹ Testu, François Xavier, «La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique?», Recueil Dalloz, 1998. N^o 37, Cahier Chronique, p. 354.

^{۱۰} Hayek. Friedrich Von. *Droit, législation et liberté*. Traduit en français par Raoul Audouin. PUF. 2^e édition. 1985. T. I. règles et ordre. pp. 41 et 43.

لئون دوگی، استاد فرانسوی نیز با انکار مفهوم حق فردی از یک طرف و مفهوم دولت و شخصیت حقوقی دولت از طرف دیگر، جایی برای طرح تفکیک حقوق عمومی از حقوق خصوصی باقی نمی‌گذارد^{۱۱} و هانس کلسن نیز این تفکیک را مبتنی بر ایدئولوژی جدایی حقوق از دولت می‌داند، امری که در اندیشه وی قابل پذیرش نیست تا به تبع آن بتوان دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی را مطرح نمود.^{۱۲} لئون دوگی پوزیتیویست اجتماعی است و چندان به اصلاح تجربی نظام حقوقی به وسیله دولت اعتقادی ندارد. کلسن نیز پوزیتیویستی است که تنها وظیفه خود را مطالعه قواعد حقوقی موجود در حقوق موضوعه می‌داند و بدین ترتیب وی نیز به اصلاح تجربی نظام حقوقی اقبال چندانی ندارد.

۲-۱-۱. تبعیت شکلی

رابطه تبعیت شکلی که به‌ویژه در سطح حقوق موضوعه بین دو حقوق وجود دارد را نمی‌توان نادیده گرفت. حقیقت این است که حقوق عمومی به معنای شکلی آن، یعنی مجموعه قواعد و مقرراتی که نقش ضمانت اجرای قواعد حقوقی و نیز صیانت از نظم عمومی لیبرال و اجتماعی را بر عهده دارند،^{۱۳} مانند صورت خارجی یا چارچوب خارجی حقوق خصوصی عمل می‌کند.^{۱۴}

این نقش حقوق عمومی را روزه بیکن در قرن سیزدهم میلادی بدین صورت بیان نموده است: «حقوق خصوصی تحت حمایت حقوق عمومی قرار دارد»^{۱۵} یا «حقوق عمومی در کنار حقوق خصوصی قرار دارد و مسئولیت نگهداری از آن را بر عهده دارد تا مانع تخطی‌ها و تجاوزها شود».^{۱۶}

شایان ذکر است که با انقلاب فرانسه و تثبیت مفهوم اداره^{۱۷} و نیز به واسطه توسعه نقش دولت در احراز قواعد حقوقی و اعلام آن‌ها با ابزار قانون که شاخصه حقوق مدرن نیز محسوب می‌شود، نقش شکلی حقوق عمومی افزایش یافته است. عبارت معروف پرتالیس،^{۱۸} از تدوین کنندگان قانون مدنی فرانسه، مبنی بر اینکه «همه چیز حقوق عمومی می‌گردد»^{۱۹}

^{۱۱}. Duguit. Léon. *Les transformations du droit public*. Paris. Édition la Mémoire Du Duguit. Réimpression de l'édition 1913 chez Librairie Arnaud Colin. 1999. p. 39.

^{۱۲}. Kelsen. Hans. *Théorie pure du droit*. Traduit par Charles Eisenmann. Paris. Bruylant et L.G.D.J. 1^{er} édition. 1999. pp. 280 et 281.

^{۱۳}. Rivero. Jean. «Droit public et droit privé. Conquête, ou statu que?» Recueil Dalloz. 1947. 18^e Cahier. Chronique. p. 69.

^{۱۴}. G. Chevrier. «Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français». in. La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique. Archives de philosophie du droit. Paris. Recueil Sirey. 1952. p. 17.

^{۱۵}. a) «At jus privatum, sub tutela juris publici, latet» Cité par. T. H. Ducrocq. *Etudes de droit public*. Paris. Guillaumin. 1887. p. X. b) Del Vecchio. Giorgio. *Philosophie du droit*. Paris. Dalloz. Réimpression de la 1^{er} édition. (1953). 2003. p. 293.

^{۱۶}. «Neque tamen jus publicum, ad hoc tantum spectat, ut addatur tanquam custos juri privato, ne illud violetur, atque ut cessent injuriae». Cité par. TH. Ducrocq. *Etudes de droit public*. Paris. Guillaumin. 1887. p. X.

^{۱۷}. Administration

^{۱۸}. Portalis

^{۱۹}. Ripert, Georges. *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*. Paris. L.G. D. J. Réimpression de l'édition (1949). 1998. p. 37.

توسعه فزاینده نقش شکلی حقوق عمومی را نشان می‌دهد و بدین ترتیب می‌توانیم موافق عمومی شدن حقوق به معنای شکلی آن در آغاز قرن نوزدهم میلادی باشیم.^{۲۰}

شارل آیزنمن، استاد فرانسوی و پیرو رویکرد کلسنی به حقوق، با تفکیک میان «قواعد بنیادین حقوق»^{۲۱} و «قواعد تضمین‌کننده حقوق»^{۲۲} یا قواعد فنی حقوق، سعی در تبیین رابطه تبعیت شکلی میان دو حقوق دارد. آیزنمن قواعد تضمین‌کننده حقوق را قواعد حقوق عمومی می‌داند^{۲۳} و بدین ترتیب با قائل شدن به این تقسیم‌بندی بین قواعد حقوقی، سعی کرده نشان دهد که رابطه تبعیت شکلی میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی وجود دارد. البته آیزنمن به تفکیک ماهوی میان دو حقوق عمومی و خصوصی قائل نیست و به همین دلیل جستجوی مبنا برای دوگانگی حقوق عمومی و خصوصی را بی‌معنی می‌داند. از نظر آیزنمن دوگانگی میراث تاریخ است، ولی صرفاً دارای اثر عملی است: ابزاری برای تقسیم‌بندی موضوعات مطالعه، و تدریس است. ارزش دیگری ندارد و نمی‌تواند بر ماهیت قواعد حقوقی تأثیرگذار باشد یا منبعث از تفاوت ماهوی بین قواعد باشد.^{۲۴} آیزنمن، تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی را به تفکیک میان حقوق نوشته و حقوق عرفی تشبیه می‌کند.^{۲۵}

در هر حال، در حوزه قواعد تضمین‌کننده یا قواعد فنی، تفکیک ماهوی ممکن نیست؛ چرا که از یک طرف این قواعد تنها جنبه کلی دارند و از طرف دیگر دولت، دارنده قدرت مشروع الزام و به‌عنوان ابزار تضمین، همواره در حوزه قواعد تضمین‌کننده حضور دارد و بنابراین، از این جنبه، حقوق تضمین‌کننده که کارکردش حمایت از قواعد بنیادین است، حقوق عمومی است.

با این حال، باید این نکته را به گزاره‌های آیزنمن اضافه کرد که این حقوق عمومی، حقوق عمومی ماهوی نیست، بلکه حقوق عمومی به معنای شکلی آن است و بنابراین، اگر حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق قدرت مشروع الزام تعریف کنیم، هیچ تردیدی نخواهد بود که حقوق خصوصی، حتی در مفهوم ماهوی آن، همیشه در رابطه تبعیت شکلی با آن قرار دارد.

۲-۱. رابطه تقابل

رابطه تقابل بین دو حقوق عمومی و خصوصی به معنای عدم وجود نوعی تعامل میان آن دو است. مفهوم آن این است که در حوزه حقوق خصوصی نمی‌توان برخی از فنون و مفاهیم حقوق عمومی را یافت و در حقوق عمومی نیز برخی مفاهیمی که به حقوق خصوصی تعلق دارند را نمی‌یابیم. اما، این برداشت دور از واقعیت‌های حقوق موضوعه است و نهاد مالکیت مثال و مصداقی از تعامل دو حقوق به شمار می‌رود. این تلقی، حتی نظام حقوقی را از معنا تهی می‌کند، چرا که ارتباط بین

^{۲۰}. Eisenmann. Charles. «Droit public, droit privé, (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle)». in. Revue du droit. public. 1952. T. LXVIII. p. 976.

^{۲۱}. Les regles du droit determinateur

^{۲۲}. Les regles du droit sanctionneur

^{۲۳}. Ibid. p. 96.

^{۲۴}. Ibid. pp. 959 et 960.

^{۲۵}. Ibid. p. 979.

عناصر موجود در نظام حقوقی و به نوعی انسجام نظام حقوقی را منکر می‌شود. انکار انسجام در نظام حقوقی و ارتباط ضروری بین عناصر نظام حقوقی، به معنای زیر سؤال بردن خود مفهوم نظام حقوقی است.

در واقع، هر چند مطالعه رابطه تقابل میان دو حقوق، بدون این که بتوانیم این مطالعه را غلط یا درست بدانیم امکان‌پذیر است، به ویژه هنگامی که بر اساس رویکرد پوزیتیویستی،^{۲۶} وظیفه علم حقوق را تنها مطالعه هست‌های حقوق یعنی حقوق موضوعه می‌دانیم، با این حال باید خاطر نشان کرد که در حقوق موضوعه، چنان که خواهیم دید، وجود چنین رابطه‌ای میان دو حقوق محل تردید است؛ و اگر بر اساس عقیده میشل ترورپر، دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی منعکس‌کننده واقعیتی از حقوق موضوعه باشد،^{۲۷} در این صورت مطالعه چنین رابطه‌ای به وسیله علم حقوق میسر نخواهد بود؛ به همین دلیل است که برای دوری از هر ابهامی ترجیح دادیم که از کلمه «دوگانگی» به جای «تفکیک» استفاده نماییم. شاید واژه «دوگانگی» بهتر بر تعامل دو حقوق دلالت داشته باشد.

۲. نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی

واقعیت این است که «نفوذ متقابل»^{۲۸} یا «تأثیرات متقابل»^{۲۹} میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی یا «وام‌گیری یک حقوق از دیگری»^{۳۰} مانع از این است که رابطه تقابل یا تبعیت ماهوی را به‌عنوان رابطه میان دو حقوق مورد مطالعه قرار دهیم.^{۳۱} در واقع، «حقوق خصوصی و حقوق عمومی مانند دو محور جدای از هم حقوق نیستند که میان آن دو نا کجا آباد قرار داشته باشد. این دو محور همیشه در ارتباط با هم قرار دارند و در هم نفوذ می‌کنند».^{۳۲}

اگر وصف تابع حقوقی (برخورداری از قدرت عمومی یا حاکمیت یا عدم برخورداری از آن) را معیار دوگانگی حقوقی بدانیم، تعریف رابطه تعامل بایستی براساس تحولات تابع و نقش آن در رابطه حقوقی صورت گیرد. تأکید بر خود تابع حقوقی و نه مجموعه‌ای از قواعد و نهادها، مطابق با تحولات آغازین نظام‌مند شدن حقوق عمومی نیز است، چرا که قبل از نظام‌مند شدن حقوق عمومی نمی‌توان از مجموعه‌ای از قواعد و نهادهایی نام برد که «حقوق عمومی» نام داشته باشد. هنگامی که سخن از نظام‌مند شدن حقوق عمومی به میان می‌آوریم، شکل‌گیری چهار مرحله را مدنظر داریم:

^{۲۶}. Troper, Michel. «Le positivisme juridique». In Michel, Troper. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris. PUF, 1^{ère} édition. 1994. p. 38.

^{۲۷}. Troper, Michel, «La distinction entre droit public et droit privé et la structure de l'ordre juridique». in. Michel, Troper. *Pour une théorie juridique de l'Etat*. op. cit., p. 188.

^{۲۸}. Morellet, Jean. «L'interpénétration du droit public et du droit privé». in. *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*. Cinquième partie. Le droit comparé comme science sociale. Paris. Librairie de la société Anonyme du Recueil Sirey et Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1^{ère} édition. 1938. T. III. p. 137.

^{۲۹}. Raynaud, Fabien. «Monisme(s) ou dualisme(s)». in. *ERPL/REDP*, vol.12, summer/été 2000. p. 577

^{۳۰}. a) Raynaud, op. cit., p. 577; b) Truchet, Didier, *Le droit public, que sais-je ?* Paris. PUF. 1^{ère} édition. 2003.

p. 27; c) Rivero, Jean. «Droit public et droit privé. Conquête, ou statu que?». op. cit. p. 71.

^{۳۱}. a) Lyon-Caen. Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, séance du 5. juin 1946. in. *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris. Dalloz, 1^{ère} édition. 1947, T. II. p. 220 ; b) Teyssié, Bernard. «Droit public et droit social: variations autour d'un thème». in. *Revue de Droit Social*. N° 3. Mars 1991. p. 185.

^{۳۲}. Chevrier, op. cit., p. 71.

الف - مرحله شکل‌گیری اصول کلی حقوق عمومی، مانند اصل غیرشخصی کردن قدرت، اصل غیرمالی کردن قدرت، یا اصل استمرار دولت.

ب - مرحله شکل‌گیری قواعدی که مضمون و محتوای این اصول را به صورت جزئی تعریف می‌کنند، مانند قواعد مربوط به انتقال قدرت. تردیدی نیست که این مرحله با کمک قواعد حقوق خصوصی مانند قواعد مربوط به انتقال اموال صورت می‌گیرد.

ج - مرحله شکل‌گیری نهادهای حقوقی حقوق عمومی که پس از تکمیل و به وجود آمدن قواعدی که مجموعه‌ای منسجم را در راستای رسیدن به یک هدف مشخص تشکیل می‌دهند، تحقق می‌پذیرد. بدیهی است که تعداد این قواعد بایستی به گونه‌ای باشد که بتواند نهادی حقوقی، مانند نهاد حقوقی مالکیت عمومی را شکل دهند.

د - مرحله ایجاد ابزارهای اجرای قواعد پیش‌گفته.

شایان ذکر است که رویه قضایی اداری، در ایجاد قواعد و نهادهای حقوق عمومی و ابزارهای اجرای آن نقش غیر قابل انکاری داشته است. از این جهت، حقوق خصوصی با توجه به ریشه‌های تاریخی - اجتماعی آن و تقدّم تاریخی آن، مسیر طولانی‌تر و متفاوت‌تری را پیموده است.

در هر حال، اگر این نظام‌مند شدن حقوق عمومی تحقق یافته باشد، واقعیتی که البته نمی‌توان انکار کرد، بایستی خود را مواجه با مجموعه‌ای از قواعد و نهادهایی که قواعد و نهادهای حقوق عمومی به معنای اخص کلمه را شکل می‌دهند، بدانیم. در این صورت، وصف تابع حقوق عمومی، یعنی حاکمیت یا قدرت عمومی، به این قواعد و نهادها سرایت کرده است. بی‌تردید حضور تابع حقوق عمومی در رابطه حقوقی برای تفکیک این قواعد از قواعد آمره نظم عمومی لازم و ضروری است، اما نظام‌مند شدن حقوق عمومی این فرصت را فراهم می‌آورد تا علاوه بر جنبه «کمی» رابطه نفوذ متقابل که مبتنی بر تحولات تابع حقوقی است، «جنبه کیفی»^{۳۳} تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی را نیز مطالعه کنیم.

با این حال، نباید نتیجه گرفت که نظام‌مند شدن حقوق عمومی به نفی قواعد یا مفاهیم مشترک میان دو حقوق عمومی و خصوصی انجامیده است؛^{۳۴} در واقع، قواعد و مفاهیمی وجود دارد که مشترک میان دو حقوق‌اند، هرچند امروزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی دو نظام حقوقی متفاوتی را شکل می‌دهند. دلیل این اشتراک در برخی از قواعد و مفاهیم در دو نکته نهفته است:

نخست، از نظر تاریخی، نظام‌مند شدن حقوق عمومی از مسیر حقوق خصوصی گذشته است. و وجود مفاهیم مشترک میان دو حقوق، یکی از نتایج پدید آمدن نفوذ خصوصی در حقوق عمومی است؛ دوم، تحولات اخیر حقوق و به وجود آمدن پدیده‌هایی چون اساسی‌سازی حقوق،^{۳۵} جهانی شدن حقوق^{۳۶} و غیره، نقشی غیر قابل انکار در اشتراک قواعد و

^{۳۳}. به نظر آیزنمن، روابط میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی در دو قالب رابطه کمی و کیفی تعریف می‌شوند؛ ر. ک.:

Eisenmann, op. cit., p. 969.

با این حال، باید توجه داشت که یک اختلاف روش‌شناختی بین ما و آیزنمن وجود دارد. در واقع، از نظر علمی و منطقی چهار نوع رابطه میان دو حقوق عمومی و خصوصی می‌توان تصور کرد، ولی با توجه به نظریه پوزیتیویستی اعتدال‌گرا در حوزه مبنای حقوق و دولت، تنها می‌توان رابطه تعامل میان دو حقوق را رابطه‌ای واقعی شمرد و آثار آن را در حقوق موضوعه جستجو نمود. این نوع رابطه است که از نظر ما دو جنبه کمی و کیفی دارد.

^{۳۴}. Niboyet. Jean. Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, séance du 5. juin 1946? op. cit., p. 237.

^{۳۵}. Constitutionnalisation du droit

^{۳۶}. Mondialisation du droit

مفاهیم حقوقی داشته‌اند. بنابراین ممکن است یک قاعده یا مفهومی، هم قاعده و مفهوم حقوق عمومی و هم قاعده و مفهوم حقوق خصوصی باشد؛^{۳۷} برای مثال، نهاد مالکیت، مفهوم «فرزند» یا حتی قاعده «انتقال حق» تنها به حقوق خصوصی تعلق ندارند. در حقوق عمومی نیز آن‌ها را می‌یابیم. در این موارد برای تشخیص این که قاعده یا مفهوم، جزء حقوق عمومی است یا خصوصی، باید به نظامی که در آن، این قواعد و مفاهیم مطرح شده است و نیز به وصف تابع حقوقی مراجعه کنیم؛ بنابراین همانطور که آیزنمن اشاره کرده است، نظریه‌ای که براساس آن حقوق عمومی یک حقوق خاص است و در نتیجه هیچ نقطه اشتراکی با حقوق خصوصی ندارد نادرست به نظر می‌رسد.^{۳۸}

باید توجه داشت که نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی، می‌تواند یا در قلمرو اجرای قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی (جنبه کمی) یا در حوزه مضمون و محتوای این قواعد (جنبه کیفی) صورت گیرد. بنابراین نفوذ متقابل دو حقوق را از این دو جنبه مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

۲-۱. جنبه‌های نفوذ متقابل دو نوع حقوق

۲-۱-۱. جنبه کیفی نفوذ متقابل

در این نوع جنبه از تعامل دو نوع حقوق عمومی و خصوصی، وجود دو نظام یا مجموعه‌ای از قواعد و نهادهای نظام‌مند، شرط اولیه محسوب می‌شود. در واقع، ابزارهای تعامل کیفی، قواعد و نهادهای حقوق‌اند. اشاره شد که امروزه، حقوق عمومی، نظامی در کنار نظام حقوق خصوصی است، چرا که چهار مرحله لازم برای نظام‌مند شدن را پشت سر گذاشته است. اما باید خاطر نشان کرد که این نظام‌مند شدن، به کمک حقوق خصوصی انجام شده و این مسأله نیز عادی به نظر می‌رسد، زیرا حقوق خصوصی از قدمت بیش تری نسبت به حقوق عمومی برخوردار است.^{۳۹}

به عبارت دیگر، امروزه بسیاری از مفاهیمی که مشترک میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی است، از مسیر حقوق خصوصی در حقوق عمومی نفوذ کرده‌اند و دلیل این نفوذ، به نقش اساسی‌ای باز می‌گردد که حقوق خصوصی در زمینه‌های مختلف برای تنظیم روابط اجتماعی برای خود قائل بوده و داشته است؛ برای مثال، اگر در حقوق تأمین اجتماعی مفاهیمی را می‌یابیم که قبلاً در حقوق خصوصی بوده‌اند، به این دلیل است که در گذشته، نهادهای حقوق خصوصی مانند نهاد بیمه خصوصی، تعهد نفقه، ارث مدنی و... کارکرد تأمین امنیت اجتماعی اعضای جامعه را بر عهده داشته‌اند.

با این حال، نباید در مورد نفوذ حقوق خصوصی غلو کرد، زیرا از یک طرف نهادهای جدید حقوق عمومی که محصول پدیده نظام‌مند شدن حقوق عمومی هستند، ارزش کارکردی نهادهای حقوق خصوصی را کاهش داده و منجر به عقب‌نشینی نهادهای حقوق خصوصی در ساختار اجتماعی جامعه و تنظیم روابط اجتماعی شده‌اند. بدین سان، در بخشی از مجموعه نظام حقوقی، با جانشین شدن نسبی نهادهای حقوق عمومی به جای نهادهای حقوق خصوصی مواجه شده‌ایم؛ آنچه به معنای نفوذ کیفی حقوق عمومی در حقوق خصوصی از طریق نهادهای آن است. از طرف دیگر، مفاهیمی را می‌توان یافت که در حوزه حقوق عمومی ایجاد و توسعه پیدا کرده و وارد حوزه حقوق خصوصی شده‌اند. «خدمت

^{۳۷}. Eisenmann, op. cit., p. 968.

^{۳۸}. Ibid. p. 966.

^{۳۹}. Truchet, op. cit., p. 26.

عمومی» به معنای اخص کلمه که خود یکی از نتایج اجتماعی شدن حقوق است،^{۴۰} از جمله این مفاهیم است. نظریه سوءاستفاده از حق در حقوق خصوصی نیز انعکاسی از نظریه انحراف از قدرت عمومی است.^{۴۱}

بی تردید، این نفوذ، به لطف نظام مند شدن حقوق عمومی صورت گرفته است؛ به عبارت دیگر، ابزارهای این نفوذ متقابل، همان عناصر تشکیل دهنده یک نظام حقوقی یعنی قواعد یا «فنون حقوقی» و نهادها یا «مفاهیم حقوقی» اند. با این حال، آنچه اهمیت دارد محتوای این ابزارها است و نه منبع شکلی آنها، چرا که در صورت اخیر، در دام رابطه تبعیت شکلی که بین دو حقوق وجود دارد می افتیم.

البته، نباید نتیجه گرفت که هیچ تفاوتی بین ابزارهای نفوذ متقابل کیفی بین دو حقوق وجود ندارد. هر چند درست نیست که حقوق عمومی را محدود به حقوق منافع عمومی یا حقوق قواعد امری بدانیم، با این حال نمی توان انکار کرد که مفهوم قدرت عمومی که مرکز ثقل حقوق عمومی محسوب می شود، خود دارای عنصر نفع عمومی و ویژگی آمره بودن است و بر همه نهادها و قواعد حقوق عمومی تأثیر می گذارد. بدین ترتیب، قرارداد و مالکیت در دو حقوق وجود دارند و از این جهت مشترک دو حقوق محسوب می شوند، اما قرارداد حقوق عمومی متفاوت از قرارداد حقوق خصوصی است. همین نکته در مورد مالکیت نیز مطرح است.

آیزمن، در مقاله خود با عنوان «حقوق عمومی، حقوق خصوصی»، از سه نوع رابطه کیفی که میان دو حقوق عمومی و خصوصی می تواند وجود داشته باشد، سخن به میان آورده است:^{۴۲}

الف - شخص عمومی و شخص خصوصی هر دو تابع یک قاعده هستند در این مورد، رابطه، «رابطه اشتراک قاعده حقوق عمومی و قاعده حقوق خصوصی» است.

ب - موقعیت حقوق عمومی و موقعیت حقوق خصوصی تابع قواعد متفاوتی هستند. در این صورت، دو حقوق، بی تردید با هم متفاوت اند.

ج - اشخاص عمومی و اشخاص خصوصی در یک موقعیت مشخص، در بخشی تابع قواعد مشترک و در بخشی دیگر تابع قواعد متفاوت اند.

آیزمن، نمونه هایی در مورد این نوع روابط کیفی بیان نکرده است. در مورد اول (الف) می توان مفهوم «انتقال حق» را مثال زد. در مورد دوم، قواعد مربوط به اجرای قوانین مثال خوبی به نظر می رسد. خدمت عمومی صنعتی مثالی برای نوع سوم از این رابطه است؛ چرا که سازماندهی و بنیان چنین خدمتی، تحت حاکمیت قواعد حقوق عمومی است و اعمال اجرایی خدمت مانند خرید و فروش، تحت حاکمیت قواعد حقوق خصوصی قرار دارد.

به عقیده آیزمن، تحولات روابط میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی بر اساس این نوع از رابطه می تواند منجر به «پدیده افزایش یا کاهش درجه شباهت دو حقوق، کاهش یا افزایش درجه تفاوت دو حقوق» شود.^{۴۳} با این حال، به نظر

^{۴۰}. Gaudemet. Yves. «Droit public et droit social- rapport de synthèse». in. *Revue de Droit Social*. N° 3. Mars 1991. p. 244.

^{۴۱}. a) Rivero. Jean. Droit public et droit privé. Conquête, ou statu que?» Recueil Dalloz. 1947. 18^e Cahier. Chronique. p. 70; b) Picard. Maurice. Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, réunion du groupe français de l'Association, séance du 26 janvier 1946. in. *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dalloz, Paris, 1947, T. II, p. 62 c) Gaudemet. Yves. op. cit., p. 244.

^{۴۲}. Eisenmann, op. cit., p. 970.

^{۴۳}. Ibid. p. 972.

می‌رسد که آیزنمن، نکته مهمی را مورد توجه قرار نداده است. بدیهی است که قواعد و مفاهیم حقوق در خلأ ایجاد نمی‌شوند. آن‌ها یا در قلمرو حقوق عمومی ایجاد می‌شوند یا در قلمرو حقوق خصوصی؛ آن‌چه که تحت عنوان قواعد حقوق عام می‌شناسیم، قواعدی که نوعی اشتراک را ایجاد می‌کنند، نیز از نظر تاریخی و عملی در قلمرو حقوق خصوصی ایجاد شده‌اند. اصل انعقاد قرارداد، نمونه‌ای از این نمونه قواعد است. بنابراین، پدیده‌ای که آیزنمن باید از آن سخن می‌گفته، ایجاد فرایندی است که دو حقوق را در ارتباط با هم قرار می‌دهد. این فرایند چیزی جز نفوذ متقابل دو حقوق نیست. بنابراین، بهتر است از جنبه کیفی نفوذ متقابل دو حقوق سخن گفت و نه از جنبه کیفی (به معنای عام) رابطه میان دو حقوق؛ چرا که بدون نفوذ متقابل رابطه کیفی معنا نخواهد داشت.

۲-۱-۲. جنبه کمی نفوذ متقابل

برای مطالعه جنبه کمی نفوذ متقابل دو حقوق عمومی و خصوصی، ناگزیر باید رویکردی هندسی به حقوق داشت. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی را باید از نقطه نظر قلمرو اجرای آن‌ها و نه بر اساس ماهیت آن‌ها مورد مطالعه قرار داد. بنابراین، طبیعی است که نقش بازیگران یا تابعان حقوق، در نفوذ متقابل کمی دو حقوق، مهم‌تر از نقش قواعد و نهادهای حقوقی باشد.

تابع حقوق عمومی، دارنده قدرت عمومی یعنی دولت و دیگر اشخاص دارای قدرت عمومی است، در حالی که تابعان حقوق خصوصی، تنها افراد یا گروه‌های اجتماعی بی‌بهره از قدرت عمومی‌اند. با توجه به همین قدرت، تابعان حقوق عمومی می‌توانند نقش مؤثرتری نسبت به تابعان حقوق خصوصی در تحولات حقوق داشته باشند. به همین دلیل است که مداخله دولت و دیگر دارندگان قدرت عمومی، تحت شرایطی می‌تواند منجر به کاهش قلمرو حقوق خصوصی و افزایش قلمرو حقوق عمومی گردد و به همین دلیل است که حقوق عمومی می‌تواند به مثابه ابزار اصلاح نظام حقوق خصوصی، در صورت مقتضی قلمداد شود. اما برای ایجاد تحول توسط تابعان حقوق خصوصی، به زمان بیش‌تری نیاز است؛ چرا که این تابعان، تنها دارای نقشی غیرمستقیم در احراز و ایجاد قواعد حقوقی هستند.

افزایش تعداد دارندگان قدرت عمومی در کنار دولت، که ناشی از برخورداری اشخاص خصوصی از وصف قدرت عمومی و نیز توسعه نقش کارکردی اشخاص عمومی در تنظیم روابط اجتماعی است، به گسترش قلمرو حقوق عمومی در قرن بیستم کمک فراوانی نموده است، به گونه‌ای که بسیاری از اندیشمندان حقوقی از «عمومی‌سازی حقوق» سخن به میان آورده‌اند.^{۴۴} با این حال، ذکر این نکته ضرورت دارد که از سال‌های ۱۹۷۰ به بعد، با پدیده عقب‌نشینی تابعان حقوق عمومی مواجه‌ایم و در این میان، فرایند جهانی شدن حقوق با تأکید بر فرد و حقوق فردی و جایگاه آن در نظام حقوقی، به خصوصی‌سازی حقوق کمک شایانی نموده است.^{۴۵}

آیزنمن از این نوع رابطه کمی میان دو حقوق سخن به میان آورده است.^{۴۶} اما وی در این مورد نیز توضیح نداده که در چه چارچوبی و در چه قلمروی این رابطه تحقق می‌یابد. این تعامل دو حقوق است که می‌تواند تحت جنبه کمی مورد مطالعه قرار گیرد. به عبارت دیگر، رابطه کمی میان دو حقوق، صرفاً از مسیر نفوذ متقابل دو حقوق می‌گذرد و بر اساس

^{۴۴}. Savatier, René, «Droit privé et droit public». in. *Recueil Dalloz*. 1946. 13^e et 14^e cahiers. Chronique. p. 27.

^{۴۵}. Alain. Laurent. *Histoire de l'individualisme*. Que sais-je ? Paris. PUF. 1^e édition. 1993. pp. 118 et 120.

^{۴۶}. Eisenmann. Charles. op. cit., p. 971.

آنچه گفته شد، رابطه تعامل کمی دو حقوق بیش تر به نفع حقوق عمومی خواهد بود. با این حال، نباید غفلت کرد که در گذشته، این حقوق خصوصی بوده که قلمرو هندسی حقوق را کامل کرده بود. دلیل آن نیز ساده بود: حقوق عمومی در حال نظام مند شدن بوده و با یک نظام مستقل و کامل فاصله داشته است.

در پایان بحث از جنبه های مختلف نفوذ متقابل دو حقوق، ذکر سه نکته ضروری به نظر می رسد:

الف - نفوذ متقابل کیفی و کمی حقوق عمومی و خصوصی می تواند یا منجر به خصوصی سازی یا منجر به عمومی سازی حقوق شود. از لحاظ نظری، عمومی سازی و خصوصی سازی، براساس طبیعت نفوذ متقابل، می تواند ماهیتی کیفی یا کمی داشته باشند، اما، واقعیت این است که در سطح حقوق موضوعه، خصوصی سازی حقوق بیش تر نتیجه رابطه کیفی میان دو حقوق است، در حالی که عمومی سازی بیش تر محصول یک رابطه کمی میان دو حقوق است. دلیل این امر این است که حقوق خصوصی از نظر کیفی غنی تر از حقوق عمومی است و حقوق عمومی از نظر کمی قوی تر و مؤثرتر از حقوق خصوصی است.

ب - تعامل کمی می تواند همراه با تعامل کیفی باشد، اگر چه تعامل کیفی و کمی مسیر و جهت متفاوتی داشته باشند. به عبارت دیگر، عمومی سازی حقوق، که در بسیاری از موارد جنبه کمی دارد، با خصوصی سازی کیفی همراه شده است. بسیاری از قواعد حقوق خصوصی را می توان در موقعیت هایی که دولت به عنوان طرف رابطه حقوقی مداخله می کند یافت. ج - نکته مهم تر این که حقوق عمومی و حقوق خصوصی نقش یکسانی در این تعامل نداشته اند. در حقیقت، از نظر تاریخی، عدم نظام مند بودن حقوق عمومی، فرصتی برای نفوذ حقوق خصوصی در حقوق عمومی محسوب شده و در هر دوره تاریخی که بتوان نوعی حقوق عمومی را احراز کرد، ما این نوع نفوذ را ملاحظه می کنیم. قواعد بنیادی پادشاهی که در نظام قدیم سیاسی فرانسه بدان عمل می شده و ارزش قانون اساسی برای چنین نظامی داشته (مانند قواعد مربوط به انتقال تاج و تخت) از یک طرف، و تاریخ رویه قضایی اداری تا رأی بلانکو،^{۴۷} نمونه هایی از این نفوذ محسوب می شوند. به طور خلاصه می توان گفت که قبل از پدیده اجتماعی شدن حقوق که از پایان قرن نوزدهم میلادی آغاز شده و نقطه اوج آن دهه های اول قرن بیستم است، پدیده ای که بسیار نیز به نظام مند شدن حقوق عمومی و توسعه نقش دولت در تنظیم روابط اجتماعی یاری رسانده است، تعامل دو حقوق بیش تر به نفع حقوق خصوصی بوده است.^{۴۸}

با این حال و به رغم ضعف نظام مند حقوق عمومی، نفوذ حقوق عمومی در حقوق خصوصی صرفاً محدود به قرن بیستم نیست. در طول تاریخ حقوق، نمونه های متعددی از این نوع نفوذ حقوق عمومی در حقوق خصوصی را، هر چند به صورت مقطعی و موردی، می یابیم.^{۴۹} مشروعیت بخشیدن به فرزندان طبیعی که توسط لویی چهاردهم انجام شد، مثال بارزی از نفوذ حقوق عمومی در حقوق خصوصی است.^{۵۰}

^{۴۷}. TC 8 févr. 1873, Blanco, Rec. 1^e supplt 61, concl. David. D. 1873.3.20, concl. David; S. 1873.3.153, concl. David.

^{۴۸}. a) Louis Josserand. «La publicisation du contrat». op. cit., p. 143; b) Foyer. Jean. «Le droit civil dominé». in. Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala. Paris. Édition Litec. 1^e édition. 2001. p. 13.

^{۴۹}. Savatier. René. Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, réunion du groupe français de l'Association, séance du 26 janvier, 1946. op. cit., p. 53.

^{۵۰}. Chénon. Emile. *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*. Allemagne Réimpression de l'édition Recueil Sirey (1929, publié par les soins d'Olivier, Martin). [Bad Feilnbach](#), [Schmidt periodicals](#), 1997. T. II. p. 386.

۲-۲. زمینه‌های نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، تقدم ماهوی هر حقوق به وحدت‌گرایی حقوقی می‌انجامد و اگر این تقدم به حقوق عمومی تعلق داشته باشد، مسیر دولت را هموار می‌سازد تا بتواند هر نوع تغییری را در حوزه حقوق خصوصی دنبال نماید. بدیهی است که این وضعیت به توتالیتریسیم حقوقی می‌انجامد. اگر این تقدم ماهوی به حقوق خصوصی تعلق داشته باشد، می‌تواند مانعی حقیقی در برابر هر نوع اصلاح ضروری حوزه خصوصی محسوب شود.

وقتی از رابطه نفوذ متقابل دو حقوق سخن می‌گوییم، بیش‌تر بر نقش قواعد و نهادهای حقوقی تأکید می‌کنیم و اگر برای مثال، با تقدم نقش حقوق خصوصی در نفوذ متقابل مواجه می‌شویم، این بدین معنا نیست که حقوق خصوصی تقدم ماهوی نیز داشته باشد. حقیقت این است که براساس شرایط زمان و مکان و به‌ویژه مقتضیات اقتصادی و اجتماعی،^{۵۱} گاه حقوق عمومی و گاه حقوق خصوصی است که نقش بیش‌تری را در راستای برقراری تعادل اجتماعی و بدین‌سان در انسجام نظام حقوقی دارد. به عبارت بهتر و برای توضیح «مقتضیات اقتصادی و اجتماعی» باید گفت نفوذ متقابل دو نوع حقوق خصوصی و عمومی و تقدم هر نوع حقوق در این تعامل انعکاس دغدغه بشری برای برقراری تعادل میان برابری و آزادی است.^{۵۲} چنان‌که آلن سوپیو خاطر نشان کرده است: «تحول فنی خود بسته به فرهنگ حقوقی در زمان مشخص دارد»^{۵۳} و فرهنگ حقوقی نیز بر اساس مقتضیات اقتصادی و اجتماعی شکل می‌گیرد و معنا می‌یابد. در هر حال، این تقدم نقش بالطبع منجر به تقدم در فرایند تعامل می‌شود.

پیش از پرداختن به نقش دو نوع حقوق، باید به یک اصل تاریخی در روابط میان آن دو اشاره کرد: رشد حوزه حقوق عمومی، چنان‌که اشاره شد، با کمک حوزه حقوق خصوصی که به قلمرو خانواده و روابط خانوادگی و شبه‌خانوادگی خلاصه می‌شده، تحقق یافته است. در واقع، از نظر تاریخی و مردم‌شناختی، قلمرو خصوصی مقدم بر قلمرو عمومی است چرا که خانواده و روابط خانوادگی، مقدم بر دولت - شهر هستند.^{۵۴} اما، با توجه به تحولات قرون اخیر، تعامل میان دو حقوق عمومی و خصوصی، از نظر نویسندگان بسیاری، بر اساس سه مرحله صورت گرفته و قابل تقسیم است. یورگن هابرماس، در کتاب خود با عنوان «حوزه عمومی» به‌طور ضمنی از این مراحل سخن به میان آورده است. از نظر وی این مراحل عبارتند از: ۱. دوره آمره که در آن تفکیک حوزه خصوصی و حوزه عمومی ممکن نیست؛ منظور دوره فئودالیت است که تا قرن ۱۸ میلادی نیز ادامه پیدا می‌کند؛ ۲. دوره آزادی فردی که مشخصه اصلی نیمه دوم قرن ۱۸ و قرن ۱۹ میلادی است. در این دوره می‌توانیم دو حوزه عمومی و خصوصی را از هم جدا کنیم؛ ۳. دوره باز فئودالیزه شدن ساختار اجتماعی

^{۵۱}. Lasserre-Kiesow. Valérie. «L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit». in. *Recueil Dalloz*. Vol 182. 2006. p. 2280.

^{۵۲}. a) Flour. «De l'influence du droit public sur le droit privé». in. *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris. Dalloz, 1^{er} édition. 1947, T. II. pp. 192 et 193. b) Ghestin. Jacques. «Droit public- droit privé, institutions publiques- institutions privées. Le point de vue d'un privatiste». in. *La pensée de Charles Eisenmann*. Sous la direction de Paul Amselek. Paris. Economica. 1^{er} édition. 1986. p. 161. c) Michel Borgetto et Robert Lafore. *La république sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France*. Paris. PUF. 1^{er} édition. juin 2000. pp. 124 et 125.

^{۵۳}. Supiot. Alain. *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*. Paris. Édition du Seuil. 1^{er} édition. 2005. p. 180.

^{۵۴}. Arendt. Hannah. *Condition de l'homme moderne*. Traduit de l'anglais par Georges Fradier. Avec préface de Paul Ricœur. Paris. Pocket. 3^{er} édition. 2006. p. 67.

که به وسیله حقوق اجتماعی از پایان قرن ۱۹ میلادی آغاز می‌گردد.^{۵۵} ویژگی بارز این دوره، عمومی‌سازی حقوق و در عین حال خصوصی‌سازی آن است و این امر از نظر هابرماس، به تخریب حوزه عمومی بورژوازی انجامیده است، چرا که دیگر نمی‌توان جامعه مدنی را از دولت جدا نمود.^{۵۶}

این سه مرحله را رنه ساواتیه در کتاب خود با عنوان «از حقوق مدنی تا حقوق عمومی» با تعبیر دیگری و با رویکرد دیگری مطرح نموده است؛ این مراحل از نظر او عبارتند از: ۱. دوره حقوق عمومی که تا قرن هجدهم میلادی ادامه می‌یابد؛ ۲. دوره حقوق خصوصی یا دوره آزاد سازی حقوق خصوصی از حاکمیت حقوق عمومی که با انقلاب فرانسه سال ۱۷۸۹ آغاز می‌گردد؛ ۳. دوره حقوق عمومی که با توسعه حقوق اجتماعی از پایان قرن نوزدهم میلادی آغاز می‌شود.^{۵۷} همین رویکرد است که ژرژ ریپر نیز در کتاب خود با عنوان «افول حقوق» دنبال کرده است.^{۵۸}

البته باید خاطر نشان کرد که در برداشت از مفاهیم حقوق عمومی و حقوق خصوصی بین هابرماس، ساواتیه و ریپر اختلاف نظر اساسی وجود دارد. برای ساواتیه و ریپر تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی مبتنی بر مفهوم آزادی فردی است و بدین ترتیب رشد قواعد آمره نظم عمومی اجتماعی مرادف با گسترش حقوق عمومی ارزیابی می‌شود؛^{۵۹} در حالی که برای هابرماس این مفهوم قدرت عمومی و ورود مستقیم آن در رابطه حقوقی است که دو حقوق را از هم جدا می‌سازد.^{۶۰} با این حال، نکته قابل تأمل است این است که در طبقه‌بندی زمانی این نویسندگان، نوعی حرکت یا تحول از نظام آمره به سمت نظام آزاد یا نظام مبتنی بر آزادی فردی و از نظام آزاد به سمت نظام آمره مورد توجه است. بی‌تردید، تفاوتی اساسی میان نظام آمره اول که در فئودالیت و دولت سرمایه‌ای یا مالی^{۶۱} ریشه دارد و نظام آمره دوم، یعنی نظام آمره دولت رفاهی، وجود دارد. در واقع، در نظام آمره دولت رفاهی، قدرت عمومی در دولت رفاه که برتری کامل نسبت به افراد و گروه‌های اجتماعی دارد ریشه دارد، در حالی که در فئودالیت، منشأ این قدرت در نهادهای اجتماعی - اقتصادی است. اما، این تفاوت که مورد توجه مارسل بریدل نیز قرار گرفته است،^{۶۲} مانع از این نشده که هابرماس و حتی موریس هوریو، جنبش اجتماعی شدن حقوق را به باز فئودالیزه شدن ساختار اجتماعی - حقوقی تعبیر کنند.^{۶۳} در حقیقت، نقطه مشترک میان دو نظام فئودالی و دولت رفاهی این است که قدرت عمومی و جامعه با یکدیگر مخلوط شده‌اند.

نظام آمره به معنای نظام حقوق عمومی نیست و نظام آزاد یا نظام مبتنی بر آزادی فردی نیز مرادف با نظام حقوق خصوصی نیست، هر چند که برخی از نویسندگان چون رنه ساواتیه و شارل بودان این گونه می‌اندیشند. از نظر شارل بودان

^{۵۵}. Habermas. Jürgen. L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise. Traduit en français par Marc B. de Launay. Paris. Éditions Payot. 6^e édition. 2003. p. 150.

^{۵۶}. Ibid. pp. 14,16, 23, 25 et 150.

^{۵۷}. Savatier. René. Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile. op. cit., pp. 3 et S.

^{۵۸}. Ripert, Georges. *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*. op. cit., pp. 37 et S.

^{۵۹}. a) Savatier, op. cit., pp. 5 et 6; b) Ripert, op. cit., p. 38.

^{۶۰}. Habermas, op. cit., pp. 13 et 14.

^{۶۱}. Duguit. Léon. *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 6.

^{۶۲}. Bridel. Marcel. Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, séance du 5 juin 1946. op. cit., pp. 239 et 240.

^{۶۳}. a) Habermas. Jürgen op. cit., p. 150; b) Hauriou. Maurice. «Le régime de l'Etat». in. La Revue Socialiste. T. XXXIX. N° 233. Mai 1904. pp. 583 et 584.

«انقلاب سال ۱۷۸۹ فرانسه خطوط ارتباطی که فرد را به دولت وابسته می‌ساخت از بین برده است. بدین سان، انقلاب، عصر فردگرایی [اقتدارگرایانه] را باز گشود. فکر و اندیشه حاکم بر اعلامیه حقوق بشر چیزی جز این فردگرایی نیست».^{۶۴} با این حال، با مقایسه میان دو نظام آمره، می‌توان نتیجه گرفت که نظام آمره برآمده از فئودالیت، بیش‌تر سازگار با حقوق خصوصی است و نظام آمره برآمده از دولت رفاهی بیش‌تر سازگار با حقوق عمومی است. اما، در هر حال، ساختار چنین نظام‌های آمره‌ای مانع اصلی در راه توسعه کمی حقوق خصوصی محسوب می‌شود.

ویژگی اصلی نظام آزاد که با انقلاب ۱۷۸۹ شکل اجرایی به خود گرفته و در مقابل نظام‌های آمره قرار می‌گیرد، در این واقعیت نهفته است که این نظام، زمینه مناسبی را برای توسعه کمی حقوق خصوصی فراهم می‌آورد. به عقیده هابرماس، پیش از انقلاب، «ساختاری که بتواند به گونه‌ای به وسیله حقوق خصوصی برقرار شود و به افراد اجازه دهد که در داخل حوزه عمومی به صورت جداگانه منافع خود را دنبال کنند، وجود نداشته است».^{۶۵} به عبارت دیگر، فرد به‌عنوان تابع حقوقی، دارای آزادی کامل نبوده و اعمال حقوقی وی با نهادها و عرف‌های متعددی که در برخی از موارد برآمده از طبقات اجتماعی جامعه فئودالی بوده، گره خورده است؛^{۶۶} مالکیت یک نهاد سیاسی - اقتصادی محسوب می‌شد. خانواده دارای کارکردی اقتصادی بود و موقعیت فرد را در جامعه مشخص می‌نمود. در این خانواده، طلاق جایگاهی نداشت چرا که اصل بر غیر قابل انحلال بودن ازدواج بود.^{۶۷} به همین دلیل بود که در چنین شرایطی نگارش کتابی راجع به قواعد عمومی قراردادها بسیار مشکل می‌نمود. بنابراین، چنان‌که هابرماس به خوبی اشاره کرده است، گزارف نیست بگوئیم تاریخ حقوق خصوصی مدرن از زمانی آغاز می‌شود که این حقوق از «اشکال و قالب‌های حقوقی سنتی رها شده و توانسته خود را از وضعیت‌ها و نهادهای مالی - اجتماعی آزاد گرداند».^{۶۸}

قواعد و نهادهای نظام مبتنی بر آزادی فردی، تنها یک هدف دارند: آزادی فرد از تمام زنجیرهای سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، خانوادگی و... در این نظام، قرارداد در شکل و محتوای خود از تمام بندها رها می‌شود و ازدواج به دیگر قراردادهای مدنی نزدیک می‌شود. در این شرایط، نگارش کتابی در مورد قواعد عمومی قراردادها آسان‌تر خواهد بود. بنابراین حرکت از نظام آمره به سمت نظام آزاد به لطف انقلاب فرانسه محقق شده، آن‌چه که موجب شده این انقلاب را برخی انقلاب حقوقی بنامند.^{۶۹} انقلاب آنچنان بر آزادی فرد از ریسمان‌های اجتماعی اصرار می‌ورزد که حتی قانونی به نام قانون «Chapelier» ژوئن ۱۷۹۲، تشکیل تمامی انجمن‌ها و گروه‌ها را ممنوع اعلام می‌کند.

در نظام آزاد یا نظام مبتنی بر آزادی فردی، حقوق خصوصی تقدم کمی و کیفی دارد، به‌ویژه هنگامی که حقوق عمومی ضعیف بوده و فرایند نظام‌مند شدن را طی می‌کرده است. در حالی که در نظام آمره برآمده از فئودالیت، حقوق خصوصی صرفاً دارای تقدم کیفی است و این هم به این دلیل است که حقوق خصوصی مفاهیم و اصول حقوقی را در

^{۶۴}. Beudant. Charles. *Le droit individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit*. Paris. Librairie Arthur Rousseau. 3^e édition. 1920. p. 1.

^{۶۵}. Habermas, op. cit., p. 17.

^{۶۶}. Weber. Max. *Sociologie du droit*. Introduction et traduction par Jacques Grosclaude. Paris. PUF. 2^e édition. 2007. p. 50.

^{۶۷}. De Tocqueville. Alexis. *De la démocratie en Amérique*. Paris. Gallimard. 2^e édition. 1986. T. II. p. 144.

^{۶۸}. Habermas, op. cit., p. 86.

^{۶۹}. Olivier Martin. François. *Histoire du droit français des origines à la Révolution*. Paris. Édition CNRS. 2^e édition. 1992. p. 363.

خود جای داده است. مالکیت، از جمله این مفاهیم و اصول است. با این حال باید متذکر این نکته شد که گرچه مالکیت، که خود مبنای دولت مالی و مبنای ساختار جامعه فئودالی است، بین افراد شکل گرفته است و بدین ترتیب نهاد حقوق خصوصی بوده و گرچه تجربه دوره فئودالیت ما را منع می‌کند که از مالکیت عمومی در طول قرن نوزدهم صحبت به میان آوریم، اما امروزه می‌توان از مفهوم مالکیت عمومی در کنار مفهوم مالکیت خصوصی سخن گفت. در واقع، هجوم نظام آمره‌ای که با حقوق عمومی سازگارتر است، به واسطه پدیده اجتماعی شدن، توسعه کمی و حتی کیفی حقوق عمومی را از پایان قرن نوزدهم میلادی موجب شده است. نظام آمره، بدین سان، حوزه فردی را محدود نموده، به گونه‌ای که حقوق خصوصی برای مقابله با این هجوم و برای حفظ ساختار خود، به مفهوم «Particulier» که شامل گروه‌های اجتماعی، همین‌طور افراد است، به جای مفهوم «Individu» که شامل گروه یا به عبارت بهتر اشخاص حقوقی خصوصی نمی‌شود، توسل می‌جوید، در حالی که در ابتدای قرن نوزدهم عکس این وضعیت حاکم بود.^{۷۰} حتی تا اواسط قرن بیستم میلادی، حقوق خصوصی به عنوان حقوقی که روابط میان افراد را تنظیم می‌کند و حقوق عمومی به عنوان حقوقی که روابط میان گروه و فرد را تنظیم می‌کند تعریف می‌شود.

باید خاطر نشان کرد که امروزه «خصوصی‌سازی» به معنای توسعه فردگرایی اقتدارگرایانه نیست، چرا که پذیرفتیم که امر جمعی مرادف با امر عمومی نیست، اگرچه در قرن هجدهم و نوزدهم میلادی این مفهوم امر جمعی بود که به شکل‌گیری و تدوین مفهوم حقوق عمومی کمک می‌کرد.^{۷۱} در واقع، اگرچه امروزه با عقب‌نشینی دولت رفاه، ما در حال دور شدن از نظام آمره این دولت هستیم، نظامی که هابرماس و هوریو آن را نوعی نئوفئودالیسم می‌نامند، چرا که در آن جدایی دولت و جامعه امکان‌پذیر نبود، با این حال، باید اذعان کرد که از نظام آزاد یا فردگرایی قرن نوزدهم میلادی نیز دور شده‌ایم. آلن سوپیو، از باز فئودالیزه شدن ساختار اجتماعی - حقوقی در پایان قرن بیستم سخن به میان می‌آورد، چرا که همانند عصر فئودالیت، به سمت نوعی «Corporatisme» یا همکاری‌گرایی حرکت می‌کنیم. بدون تردید، این نظام جدید آمره به نظام فئودالیت شبیه‌تر است تا نظام آمره دولت رفاه، اما با توجه به تدوین مفهوم «Particulier»، این نظام مانعی برای توسعه کمی حقوق خصوصی محسوب نمی‌شود و با عقب‌نشینی دولت رفاه، فرصت برای توسعه کیفی حقوق خصوصی نیز فراهم آمده است.

^{۷۰}. Böckenförde, Ernst. Wolfgang. *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, traduit en français par Olivier Jouanjan. Paris. Édition L.G.D.J. et Bruylant (Bruxelles). 1^{er} édition. 2000. p. 176.

^{۷۱}. Arendt, op. cit., p. 66 .

L'interpénétration du droit public et du droit privé Penser les paramètres d'évolution de l'ordre juridique

Abstract

L'ordre juridique est un ensemble des règles et des institutions qui sont en contact et aux prises. L'ordre juridique est un ensemble coordonné des règles et des institutions ayant une cohésion, un enchaînement entre eux. Le changement et l'évolution dans un secteur de ces paramètres, influencent sur les autres secteurs. Dans un ordre juridique, certains des règles et des institutions peuvent compléter les inconvénients et les lacunes fonctionnels des autres. L'interpénétration du droit public et du droit privé est importante de ce point de vue. Cependant, il faut signaler que la dualité juridique est tributaire de la dualité sur le fondement de la règle juridique. En acceptant le monisme sur le fondement, la dualité juridique n'aurait pas de place. Il est aussi nécessaire de signaler que la place de la dualité dans l'évolution de l'ordre juridique est inspirée par la finalité (individualisme, sociologisme juridique) de l'ordre juridique.

Mots clés : droit public, droit privé, l'interpénétration, l'ordre statuaire, l'ordre libéral, le fondement de la règle juridique, la finalité de la règle juridique.