

حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟^(۱)

دکتر علی اکبر گرجی*

چکیده

حقوق عمومی و حقوق خصوصی دو محور اصلی مطالعات حقوقی را تشکیل می‌دهند. هرچند که سابقه تفکیک این دو رشته در دکتین حقوقی بسیار طولانی است، اما پذیرش آکادمیک تفکیک آنها به دهه ۵۰ میلادی بر می‌گردد. افزون بر مرزبندی‌های ماهوی و روشگرا، ضرورت تخصصی کردن مطالعات حقوقی را می‌توان از جمله انگیزه‌های گرایش حقوقدان‌ها به پذیرش تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی دانست.

اما، تحولات حقوق و سیاست در روزگار کنونی، اندیشه تفکیک را با تردیدهایی روبرو ساخته است. هم‌اکنون دیگر نمی‌توان از یک انفکاک مطلق سخن گفت چراکه نفوذ متقابل رشته‌های حقوقی آنچنان زیاد است که راهی جز پذیرش اصل نسبیّت در تمام حوزه‌ها باقی نمی‌گذارد.

نگارنده، در نوشتار حاضر کوشیده است تا ابتدا به مطالعه قلمرو و چرایی تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی بپردازد و پس از آن مولفه‌های گوناگون تقریب شکاف‌های این دو شاخه حقوقی را مورد بررسی قرار دهد.

کلیدواژه‌ها

حقوق عمومی، حقوق نیمه عمومی، حقوق خصوصی، حقوق نیمه خصوصی، دولت سود عام، سلسله مراتب، آزادی اراده، اعمال یکجانبه، اصل برابری.

۱- با سپاس فراوان از دوست فاضل، جناب آقای دکتر محسن عبداللّهی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، و جناب آقای دکتر مهدی شهابی، عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان، که ضمن مطالعه مقاله، هریک به ترتیب، نکات ارزنده‌ای را درباره محدودیت‌های وارد به حاکمیت ملی و مقوله یگانگی یا دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی به نویسنده گوشزد نمودند.

* - استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

در آمد

حقوق عمومی شاخه‌ای از علم حقوق است که مأموریت اصلی آن مطالعه قواعد مربوط به سازماندهی روابط درونی و برونی دولت در معنای عام آن است. این شاخه از یکسو به بررسی قواعد حاکم بر روابط موجود بین نهادهای دولتی می‌پردازد و از سوی دیگر، روابط این نهادها و مأموران دولتی با شهروندان را مورد کاوش قرار می‌دهد؛

الف - روابط درونی دولت در برگیرنده مناسبات موجود میان سازمان‌ها و نهادهای دولتی در معنای عام آن (اشخاص حقوقی حقوق عمومی) است. مانند مناسبات دولت با نهادهای عدم تمرکز (شهرداری‌ها و شوراهای اسلامی) یا مانند روابط موجود بین وزارتخانه‌های دولتی و.... بنابراین، حقوق عمومی به ترسیم سازوکارهای سازماندهی و کارکرد این نهادها می‌پردازد.

افزون براین، روابط درونی دولت شامل مناسبات وی با اشخاص خصوصی نیز می‌شود. چهره اقتدارگرایانه دولت در این مناسبات نمود بیشتری دارد. بعنوان مثال، گاه دولت با تنظیم مقررات انتظامی^(۲) به ایجاد محدودیت‌های شدید برای فعالیت‌های اشخاص و بخش خصوصی می‌پردازد. ممنوعیت خرید و فروش برخی از کالاها در کشور، محدودیت‌های رفت و آمد، محدودیت‌های بهداشتی، محدودیت‌های اخلاقی، تنظیم یکجانبه بازار کالا و ارز، سهمیه‌بندی‌های مختلف، تعریف یکجانبه حدود و ثغور آزادی‌های فردی و گروهی، و... را می‌توان از مصادیق اعمال آمرانه مقررات انتظامی دانست. تنظیم یکجانبه شرایط قراردادهای استفاده از خدمات عمومی (آب، برق، گاز، تلفن، حمل و نقل، آموزش و پرورش، بهداشت و...) توسط کاربران خصوصی را نیز می‌توان از مصادیق اعمال اقتدار توسط دولت دانست.

البته باید یادآور شد، مناسبات دولت با اشخاص خصوصی همیشه چهره اقتدارگرایانه ندارد. در حوزه قراردادهای منعقد بین دولت و بخش خصوصی در بسیاری از موارد چهره همکاری و تشریک مساعی بر چهره اقتدارگرایانه غلبه دارد.

2- Police.

حتی، در کشورهای مردم سالار، دولت‌ها خود را مکلف می‌دانند در امور حاکمیتی مهمی چون تدوین قوانین و آیین‌نامه‌ها با مردم، احزاب و لابی‌ها به مشورت پرداخته و دیدگاه آنها را در این امور ملحوظ دارند.^(۳) بنابر نوشته ژاک شوالیه، حقوقدان معروف فرانسوی، امروزه قدرت الزام قاعده حقوقی دیگر صرفاً از یک نظم حقوقی اجباری و یک جنبه ناشی نمی‌شود. در حال حاضر باید از حقوق اجماعی^(۴) سخن گفت. هدف حقوق اجماعی فراهم ساختن زمینه مشارکت گروه‌های مختلف جامعه - بویژه گروه‌های مخاطب و تابع قانون - در تدوین قوانین و مقررات می‌باشد. مطابق این دیدگاه، قانونی که بدون یک اجماع^(۵) واقعی تصویب شده باشد، رفته رفته قدرت اجبار و الزام خود را از دست داده و به قانون متروکه مبدل خواهد شد. براساس این نگرش، دیگر همانند گذشته وجود مشروعیت ذاتی و اولیه برای تصویب یک قانون کافی نیست، بلکه می‌بایست به مشروعیت آیینی^(۶) نیز بهای لازم داده شود. قانونی که توسط پارلمان تصویب شده، اما پیش از تصویب آن مورد اجماع دموکراتیک قرار نگرفته، تنها دارای یک مشروعیت ذاتی است، اما چنین قانونی فاقد مشروعیت آیینی است.^(۷) همچنین،

۳- بدین خاطر، سخن گفتن از حقوق اجماعی در این کشورها پُر بیراه نیست. رک.

گرچی، علی اکبر، «باید از حقوق اجماعی سخن گفت»، گفتگو با ایسنا، ۷-۹-۱۳۸۳، کد خبر ۱۱۹۰۶-۸۳۰۸. البته به کاربرد اصطلاح حقوق مشارکتی واقع بینانه‌تر است. زیرا حصول اجماع در بسیاری از موارد دشوار است.

4- Droit consensuel.

5- Consensus.

6- La légitimité Procédurale.

7- CHEVALLIER (J.), "Vers un droit Post moderne? Les transformations de la regulation juridique", in CLAM (J.) et MARTIN (G.), Les transformations de la régulation juridique (S. la dir.), L.G.D.J. - MSH, 1998.

ژاک شوالیه، در این مقاله، یکی از ویژگی‌های حقوق عصر پسا-نوگرایی Post-moderne را پیچیدگی *complexité* آن می‌داند. این حقوقدان دو عامل عمده را باعث پیچیده شدن گفتمان حقوقی می‌داند: ۱- تکثر کانون‌های حقوقی: پیش از این ما تنها شاهد یک نظم حقوقی دولتی بودیم. بدین معنا که دولت به عنوان تنها منبع انحصاری هنجارسازی حقوقی در نظر گرفته می‌شد. در این حالت ما با یک نظم حقوقی یکپارچه، مدغم، منسجم و هماهنگ روبرو بودیم. اما، هم اکنون باید از نظم‌های حقوقی سخن گفت زیرا در حال حاضر ما شاهد تنوع کانون‌های حقوق هستیم، قواعد حقوق روزافزون و متکثر شده‌اند و دیگر نمی‌توان دولت را یگانه تولید کننده حقوق دانست در حال حاضر، در کنار نظم حقوقی دولتی می‌توان از نظم حقوقی فرودولتی و نظم حقوقی فرادولتی سخن گفت. نظم حقوقی فرودولتی متکی بر نهادهای محلی (غیر متمرکز) و نیز نهادهای مدنی است.

پذیرش روش‌هایی چون همه‌پرسی محلی،^(۸) مشورت و نظر خواهی،^(۹) تحقیق عمومی،^(۱۰) اقتصاد مبتنی بر رایزنی،^(۱۱) مدیریت مشارکتی،^(۱۲) دموکراتیزاسیون روزافزون آیین سلب مالکیت به خاطر منافع عمومی^(۱۳) را نیز می‌توان از مصادیق کمرنگ شدن چهره اقتدارگرایانه دولت در برخی از کشورها قلمداد کرد.

ب - روابط برونی دولت، شامل مناسبات موجود بین دولت‌ها در عرصه بین‌الملل است. بعلاوه، روابط دولت‌ها با سازمان‌های غیر دولتی بین‌المللی^(۱۴) نیز در همین چارچوب قابل تعریف است. این دسته از مناسبات دولتها در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی قابل مطالعه است. از دیدگاه نظری، کاخ حقوق بین‌الملل عمومی بر بنیاد اصل برابری حقوقی دولت‌ها بر افراشته شده است.^(۱۵) هیچ دولتی نسبت به دولت دیگر قیومت و حاکمیت ندارد. اصل استقلال دولتها نیز از همین مسئله نشأت می‌گیرد، یعنی رابطه دولتها مبتنی بر اصل برابری حقوقی است و از دیدگاه حقوقی، هیچ دولتی حق امر و نهی به دولت دیگر را ندارد. قسمت اول ماده ۲ اعلامیه سازمان ملل متحد نیز

نظم حقوقی فرادولتی هم شامل نظم اروپایی، نظم بین‌المللی و... است ۲- تحول در روش‌های آفرینش هنجاری‌های حقوقی.

8- Referendum local.

9- Consultation.

در این زمینه رک.

طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، چاپ دوم، ۱۳۷۴، صص ۴۹۵-۴۷۹.

10- Enquête publique. voir: BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), Le droit administratif français, Paris, Presses de sciences politiques et Dalloz, 4^e éd., 1997, P.441.

11- Économie concertée.

نظام اقتصادی که در آن مقامات واجد اقتدار عمومی تلاش می‌کنند تا پیش از اتخاذ تصمیم‌های اقتصادی با بخش خصوصی به گفتگو پرداخته و از اتخاذ سیاست‌ها و تصمیم‌های یکجانبه احتراز ورزند.

12- Administration Participative.

13- Expropriation pour cause d'utilité publique.

14- ONG/NGO.

۱۵- گاه، ابتدای حقوق بین‌الملل بر اصل حاکمیت دولتها با تردیدهایی روبرو شده است: «دیدگاهی که حاکمیت دولت را محور حقوق بین‌الملل می‌داند، به تدریج جای خود را به دیدگاهی داده که در آن بشریت محوریت دارد»، قضیه تادیج، تجدید نظر ۱۹۹۵، بند ۹۷.

مبین این امر است: سازمان ملل بر اصل برابری حاکمیت^(۱۶) تمام اعضای خود اتکا یافته است. بدین خاطر است که برخی از نویسندگان به صراحت از «قدرت مطلقه دولت‌ها نسبت به سرزمین و اتباع خود» سخن می‌گویند.^(۱۷) هر چند که در بزرگترین نهاد بین‌المللی جهان (سازمان ملل متحد)، ساختار شورای امنیت از یک نابرابری و استبداد آشکار رنج می‌برد. بعلاوه دو^(۱۸) محدودیت عمده را در حال حاضر می‌توان برای

۱۶- بدیهی است، اصل برابری حقوقی حاکمیت دولت‌ها Le principe de l'égalité souveraine را نمی‌توان معادل مفهوم حاکمیت برابر La souveraineté égale قلمداد کرد، زیرا درست است که تمام اعضای سازمان ملل از لحاظ حقوقی دارای حاکمیتی برابرند، اما ملاحظات فراوان دیگری مانند سلفه‌های سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و ژئوپلیتیک کاربست عملی آن را با دشواری روبرو می‌سازد.

17- LASCOMBE (M.), Le droit international public, Paris, Dalloz, 1996, p. 11 et suiv.

۱۸- ظهور و کاربست مفاهیمی چون مداخلات بشردوستانه Interventions humanitaires (دخالت ناتو در جنگ کوزوو خارج از چارچوب‌های رسمی حقوق بین‌الملل)، جنگ پیشگیرانه، و دفاع مشروع در راستای مبارزه با تروریسم (حمله دوم آمریکا به عراق بدون مجوز سازمان ملل و به بهانه مبارزه با تروریسم و انهدام سلاح‌های کشتار جمعی) و... را نیز می‌توان از جمله محدودیت‌های غیررسمی وارده بر حاکمیت ملی تلقی کرد. در این راستا، اشاره به رویکرد حقوق بین‌الملل پس از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ و ایجاد محدودیت‌ها و تعهدات جدید ناخواسته برای دیگر کشورها خالی از فایده نیست: پس از حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ به برج‌های دوقلوی سازمان تجارت جهانی و پنتاگون، دولت ایالات متحده آمریکا این عملیات تروریستی را مرادف با «حملات مسلحانه» تلقی کرد و درخواست اعلام وضعیت جنگی و اختیارات فوق‌العاده نمود. تونی بلر، نخست‌وزیر وقت انگلستان نیز این حوادث را به عنوان «اعلام جنگ» در نظر گرفت. عبارات به‌کاررفته در مواضع دولت‌های مذکور با اهداف از پیش تعیین شده‌ای انتخاب شده بود، زیرا برابر دانستن یک حمله تروریستی با «اعلام جنگ» یا «حملات مسلحانه» نتیجه‌ای جز برخورداری قربانیان این حملات از حق دفاع مشروع، مطابق ماده ۵۱ منشور ملل متحد، ندارد. از دیدگاه حقوق بین‌الملل حملات ۱۱ سپتامبر واجد «هیچکدام از شرایط مورد نظر دیوان بین‌المللی دادگستری» برای تحقق حمله مسلحانه (۱- مسلحانه بودن عملیات ۲- گسترده، وسیع و اثرگذار بودن آن به گونه‌ای که عرف آن را حمله‌ای نظامی بداند - قضیه نیگاراگوا) نبود. «از اینرو نامیدن آن به عنوان حملات مسلحانه‌ای که دولت آمریکا را مستحق دفاع مشروع نماید، نادرست است. با این حال موضعگیری فوری شورای امنیت تحولی را در حقوق بین‌الملل به وجود آورد که تا قبل از آن وجود نداشت». شورای امنیت در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ اقدام به صدور قطعنامه شماره ۱۳۶۸ کرده بند یک این قطعنامه به صراحت تروریسم را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی دانسته و در مقدمه خود نیز از «حق ذاتی دفاع مشروع فردی و دسته جمعی» سخن می‌گوید: «اشاره به این حق در مقدمه چنین قطعنامه‌های - اگر چه در قسمت اجرایی آن نیامده - تنها با این تفسیر سازگار خواهد بود که شورا حملات تروریستی را «در حکم حملات مسلحانه» در نظر گرفته و توسل کشور قربانی را به دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور بلامانع دانسته است. این امر تا کنون در حقوق بین‌الملل سابقه نداشته است». مکلف ساختن جرم‌انگاری تروریسم در قوانین داخلی و رعایت جهانی تکالیف مندرج در کنوانسیون‌های ضد تروریسم - حتی برای کشورهای غیر

محدود ساختن اصل برابری دولت‌ها برشمرد:

نخستین مورد به محدودیت‌های ناشی از پذیرش و تکریم ارادی قواعد و مقررات بین‌المللی توسط خود دولتها (محدودیت‌های خودساخته) مربوط می‌شود،^(۱۹) یعنی دولت‌ها با امضا و تصویب داوطلبانه معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی به پاره‌ای از محدودیت‌ها تن می‌دهند.^(۲۰) مطابق ماده ۲۶ کنوانسیون وین «معاهدات لازم‌الاجرا طرفین را ملزم می‌کند و باید با حسن نیت آنها اجرا شود».

دومین محدودیت را می‌توان در اصل ممنوعیت توسل به زور و در نتیجه اجباری بودن حل مسالمت‌آمیز اختلافات جستجو کرد. این اصل دولت‌ها را وادار به جستجوی راهکارهای مسالمت‌آمیز سیاسی (مذاکره و...) یا حقوقی (داوری یا قضاوت) برای حل تضادها و اختلافات خود می‌کند.^(۲۱)

در هر حال، نکته مهم این است که اصولاً، مناسبات موجود در سپهر حقوق عمومی بدون حضور عنصر دولت معنای چندانی ندارد. در نقطه مقابل، اما، حقوق خصوصی در برگیرنده دسته‌ای از قواعد حقوقی است که از یکسو به تنظیم روابط افراد با یکدیگر

متعهد - نیز از تحولاتی است که در پرتو قطعنامه دیگر شورای امنیت - قطعنامه ش. ۱۳۷۳ که در تاریخ ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۱ به موجب فصل هفت منشور صادر شده است - جامه تحقق پوشید. بدینسان، «شورای امنیت با جسارت خارق‌العاده‌ای تکالیف قراردادی ناشی از کنوانسیون‌های ملل متحد در مبارزه با تروریسم را به یکباره به تکالیف سازمانی تبدیل کرده که بدون چون و چرا بر تمامی دول عضو تحمیل می‌گردد... تعهدات سازمانی نیز به مانند تعهدات قراردادی از رضایت دولت‌های عضو سازمان ناشی می‌گردد با این تفاوت که لازم‌الاجرا شدن آنها از رضایت اولیه دولت‌ها به عضویت سازمان مشتق می‌گردد و نه از رضایت به شکل‌گیری قواعد درون سازمانی که اصولاً با اکثریت نسبی با مطلق صورت می‌گیرد». قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ که با استناد به فصل هفت منشور صادر شده‌اند دقیقاً از مثال همین تعهدات سازمانی هستند که به استناد ماده ۲۵، تکالیف جدید آمره‌ای را علیه دولت‌های عضو به وجود آورده‌اند و یا به دیگر سخن اقدام به قانونگذاری بین‌المللی نموده‌اند. مع‌هذا این در صورتی است که این قطعنامه‌ها در پرتو صلاحیت شورا و منشور ملل متحد صادر شده باشند. «به نظر می‌رسد چنین تصمیم‌سازی در شورای امنیت، چیزی جز «قانونگذاری بین‌المللی» نیست که مطابق حقوق بین‌الملل عام و منشور ملل متحد، خارج از صلاحیت شورا است». عبداللهی، محسن، «پیامدهای حواث ۱۱ سپتامبر بر مبارزه با تروریسم»، اطلاع‌رسانی حقوقی، سال اول، ش. ۱، آبان ۱۳۸۱، صص ۲۷-۱۶.

19- LASCOMBE(M.), op.cit., p. 17.

20- Pacta sunt servenda.

21- LASCOMBE (M.), op.cit., p. 18.

(مباحث مربوط به بیع، قراردادها، مسئولیت مدنی، خانواده، ارث و...) و نیز روابط آنها با شرکت‌ها و مجامع خصوصی می‌پردازد و از سوی دیگر روابط شرکت‌ها و مجامع خصوصی با یکدیگر را مورد بررسی قرار می‌دهد.

اولپین، حقوق‌دان بزرگ روم باستان، نیز نگرش مشابهی به تفکیک حقوق عمومی و خصوصی داشته است: مطالعه حقوق دو صورت دارد، عمومی و خصوصی. حقوق عمومی به وضعیت جمهوری^(۲۲) می‌پردازد و حقوق خصوصی به منافع اشخاص نظر دارد.^(۲۳) بدیهی است، تعریف اولپین می‌تواند، در گذر زمان، تفسیرها و تاویل‌های گوناگونی را متحمل شود. اما، مهم این است که ساختار چنین تفکیکی هنوز هم قابل دفاع است، گویانکه قلمرو و کم و کیف آن می‌تواند با مناقشه‌هایی روبرو گردد.

گفتار اول - قلمرو تفکیک حقوق عمومی و خصوصی

حقوق عمومی سودای تامين و تضمین سود عام^(۲۴) را در سر می‌پروراند، در حالیکه حقوق خصوصی ابتدا بر تامين منافع خصوصی^(۲۵) تاکید می‌ورزد. برخی از حقوق‌دان‌ها تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی براساس نظریه منفعت را درست نمی‌انگارند. بعنوان مثال، از منظر کلسن^(۲۶) نمی‌توان قواعد حقوقی را براساس اهداف آنها تقسیم‌بندی نمود. آنچه می‌تواند پایه یک تقسیم‌بندی باشد، محتوا و ساختار قواعد حقوقی است. نظریه منفعت حاوی یک نگاه فراحقوقی است و بدین خاطر قابل پذیرش نمی‌باشد. وانگهی حمایت قواعد حقوقی از منافع فردی و خصوصی به نوعی حمایت از منافع جمعی تلقی می‌شود. به دیگر سخن، تفکیک منافع فردی و جمعی امکان‌پذیر نیست.

22- République.

23- PRELOT (M.) et BOULOUIS (J.), Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 11^e éd. 1990, p. 19.

24- Intérêt général.

25- Intérêts particuliers.

26- KELSEN H. Théorie pure du droit, Trad. française par EISENMANN (Ch.), Paris. Dalloz, 1^e éd., 1962, p. 600.

در نقد رویکرد کلسن کافی است به این نکته اشاره شود که می‌توان اهداف را به اهداف اولیه و ثانویه تقسیم کرد. هدف نخستین و ذاتی برخی از قواعد حقوقی حمایت از منافع فردی و خصوصی است، اما غایت القصوای برخی دیگر از قواعد حقوقی تأمین و تضمین سود عام یا منفعت جمعی است. به دیگر سخن، درست است که پشتیبانی از حقوق فردی و نفع خصوصی در نهایت می‌تواند به تحقق منافع جمعی یاری رساند، اما نکته مهم آن است که هدف اولیه برخی از قواعد، تنظیم و تضمین منافع و روابط فردی و خصوصی است. این مسئله پیامدهای گونه‌گونی را به بار می‌آورد^(۲۷) که می‌توان از خلال آنها به تبیین تفاوت‌های بنیادین حقوق عمومی و حقوق خصوصی پرداخت:

مبحث نخست - تفاوت کنشگران

کنشگر اصلی حقوق عمومی دولت است. در اینجا به مفهوم عام دولت نظر داریم، یعنی مجموعه قوای سه‌گانه و دیگر نهادهای حاکمیتی و ماموران زیر مجموعه آنها. بعکس، در حقوق خصوصی، کنشگر اصلی فرد یا شخص حقوقی حقوق خصوصی است. تمایزافکنی بین فرد و دولت به معنای غیبت کلی فرد در عرصه حقوق عمومی نیست. یکی از وظایف اصلی دولت و نهادهای حاکمیتی تضمین حقوق و آزادی‌های فردی است. بنابراین حقوق عمومی، حقوقی دوسویه است. در یک سوی آن دولت و در سوی دیگر آن فرد قرار دارد. تنظیم روابط فرد و دولت از مأموریت‌های اصلی حقوق عمومی است.

در مجموع می‌توان گفت، نگاه حقوق خصوصی و حقوق عمومی به فرد یکسان نیست. حقوق عمومی بیشتر به مطالعه سازوکارها و چگونگی حمایت دولت از حقوق و آزادی‌ها می‌پردازد، ولی حقوق خصوصی به تنظیم روابط فرد با فرد یا روابط اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نظر دارد.

حقوق عمومی یک حقوق سلسله‌مراتبی^(۲۸) است، بنابراین کنشگران حوزه حقوق

27- LECLERCQ (C.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Litec., 9^e éd., 1995, p. 7.

28- Un droit hiérarchisé.

عمومی جملگی تابع قواعد سلسله مراتب می باشند. این شاخه از حقوق بر برتری دولت بر تمام اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق عمومی و حقوق خصوصی متکی است. هنگامی که از غلبه نابرابری در حقوق عمومی سخن می گوئیم، نباید موارد استثنا را فراموش کنیم. بعنوان مثال و چنانکه پیش از این گفته آمد، یکی از شاخه های حقوق عمومی (حقوق بین الملل عمومی) بر پایه اصل برابری حقوقی دولت ها بنیان گذاشته شده است. البته می توان در یک فرض آرمانشهرگرایانه^(۲۹) روزی را تصور کرد که جامعه جهانی به تشکیل یک حکومت دموکراتیک واحد^(۳۰) در سطح جهانی نایل آید. در چنین صورتی، بدیهی است مسئله نابرابری ذاتی در حقوق بین الملل بصورت طبیعی رنگ خواهد باخت.

حاکمیت سلسله مراتب نه تنها شامل خود کنشگران حقوق عمومی است، بلکه هنجارهای تولید شده توسط آنها را نیز در برمی گیرد (رده بندی قوانین). عالی ترین نهاد حاکمیت در حقوق عمومی قوه بنیانگذار^(۳۱) است. هنجار وضع شده توسط این قوه، قانون اساسی است که برترین هنجار مرجع محسوب می شود. در مرتبه پایین تر پارلمان قرار می گیرد. هنجارهای وضع شده توسط قوه قانونگذار در مرتبه ای فروتر از قانون اساسی و فراتر از مقررات آیین نامه ای جای می گیرند. بدین ترتیب، هنجارهای آیین نامه ای مصوب قوه مجریه یا قوه قضائیه در مرتبه ای فروتر از قانون عادی قرار می گیرند.

مبحث دوم - تفاوت در نوع و ماهیت کنش ها

بعکس حقوق عمومی، جوهره حقوق خصوصی با آهنگ برابری و خودمختاری

۲۹- پیرامون تخیل حقوقی Imaginaire juridique رک.

OST (F.), Raconter la loi aux sources de l'imaginaire juridique, Paris, Odile Jacob, 2004, 442p. Voir du même auteur, Sade et la loi, Paris, Odile Jacob, 2005, 345p.

۳۰- آروزی تشکیل چنین مدینه ای پیش از این توسط نگارنده در رساله دکتری خود ابراز شده است:

GORDJI, (A.-A.) La justice constitutionnelle, mythe ou réalité? Université de Nantes, t. 2006. p. 19.

31- Le pouvoir constituant et le pouvoir de révision selon Olivier BAUD.

اشخاص در برابر همدیگر موزون شده است. قرارداد، نماد برخورد اراده‌های آزاد و برابر اشخاص، از مفاهیم و ابزارهای اصلی و روزمره حقوق خصوصی است، در حالیکه نگاه حقوق عمومی به قرارداد یک نگاه استثنایی است.^(۳۲) توضیح آنکه، قرارداد از مفاهیم اصلی حقوق عمومی نیست و کاریست آن در این حوزه جنبه استثنایی دارد. اگر در حوزه حقوق خصوصی، قرارداد، حکم قانون طرفین^(۳۳) را دارد، در عرصه حقوق عمومی فرمان‌های یکجانبه^(۳۴) حکومتی، آیین‌نامه و قانون عام و الزام‌آور^(۳۵) حکم

۳۲- میزان کاربرد قرارداد توسط اداره و نهادهای دولتی در کشورهای مختلف یکسان نیست. مثلاً، در سال‌های اخیر دولت فرانسه استفاده از قرارداد را افزایش داده است، به گونه‌ای که برخی از صاحب‌نظران از «قراردادی کردن حقوق» با «حکومت توسط قرارداد» سخن گفته‌اند. رک.

33- Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (code civil, art. 1134.

34- Unilatéralité.

۳۵- الزام‌آوری sanctionnabilité آمریت (بایدانگاری) impérativité و عمومیت généralité را می‌توان سه خصیصه اصلی و ذاتی قانون دانست، یعنی بدون وجود این ویژگی‌ها می‌توان در قانون بودن یک مصوبه تشکیک نمود. بدیهی است، یک قانون خوب را نمی‌توان صرفاً با دو خصیصه یاد شده بازشناخت برخی از نویسندگان خصایص ذاتی بیشتری را برای قانون در نظر می‌گیرند. بعنوان مثال، آقای دکتر محمد راسخ هشت ویژگی را بعنوان ویژگی‌های ذاتی قانون بر می‌شمارند: ۱- الزام آور، ۲- عام، ۳- امری، ۴- علنی، ۵- واضح، ۶- مفید قطعی، ۷- معطوف به آینده، ۸- مصوب مراجع ذی صلاح. از نظر ایشان منظور از ویژگی‌های ذاتی قانون، آن دسته از وجوه ممیز و عناصر مقوم است که بدون وجود آنها اساساً قانون تشکیل نمی‌شود. اگر قانونی این ویژگی‌ها را دارا نباشد از موقعیت یک قانون برخوردار نخواهد گشت و کارکردهای ضروری یک قانون - کارکردهای حداقلی - را انجام نخواهد داد از نظر این نویسنده ویژگی‌های عرضی قانون «آن دسته از ویژگی‌هاست که اگر قاعده‌ای فاقد آنها باشد، با این حال شاید هنوز بتوان آن را یک قانون نامید از آنجا که این نوع صفات برآمده از ارائه یک تئوری خاص حقوقی هستند و از این رو به نحو آشکار در بخش‌های انعطاف‌پذیر فهرست ویژگی‌ها قرار دارند، آن‌ها را عرضی نامیده‌ایم. افزون بر این، ویژگی‌های مندرج در این بخش متاثر از اهداف ارزشی تئوری یا تئوری‌های حقوقی پیشنهادی هستند با این وصف، شاید بتوان سیاهه زیرار «حداکثری» و «ایدئولوژیک» نیز نامید. احتمالاً، مهمترین ویژگی ذاتی قانون الزام‌آور بودن آن است. اما در کنار الزام‌آوری لازم است قانون، به تعبیر افلاطون، توان ترغیب و اقناع شهروندان را نیز داشته باشد والا در عمل کسی از آن پیروی نخواهد کرد مهمترین ویژگی‌هایی که یک قانون را ترغیب‌کننده می‌سازند، می‌توان در فهرست زیر (ویژگی‌های عرضی) یافت: ۱- پاسخگوی نیازهای جامعه. ۲- منعکس‌کننده نظر اکثریت. ۳- تأمین‌کننده منفعت عموم. ۴- منطبق با اخلاق. ۵- معطوف به عدالت. ۶- مستمر. ۷- کارآمد. ۸- انجام‌شدنی. ۹- پیشرو». رک.

راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، صص. ۴۴ - ۲۷.

می‌راند. از این منظر، حقوق عمومی را می‌توان حقوق امر و نهی^(۳۶) و اطاعت و فرماندهی^(۳۷) نامید و حقوق خصوصی را حقوق استقلال تراضی، آزادی اراده‌ها و برابری دانست.

مبحث سوم - تفاوت در مرحله نظارت

حقوق خصوصی و حقوق عمومی در مرحله اعمال نظارت از دو تفاوت عمده برخوردارند. تفاوت نخست به مراجع دارای صلاحیت جهت اعمال نظارت بر می‌گردد و تفاوت دوم به نوع ضمانت اجرای آنها مربوط می‌شود.

اول - تفاوت مراجع دادرسی

تفاوت حقوق عمومی و حقوق خصوصی به مرحله هنجارگذاری و کنشگران محدود نمی‌شود. این دو شاخه از حقوق در مرحله دعاوی و ترافعات نیز باهم متفاوت می‌باشند. در حوزه حقوق خصوصی رسیدگی به دعاوی در دادگاه‌های عادی (دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادگاه‌های تجدید نظر، دیوان عالی کشور)، انجام می‌شود، اما در حوزه حقوق عمومی معمولاً نهادهای ویژه، صلاحیت رسیدگی به اختلافات و دعاوی مطروحه را دارند. مثلاً در زمینه دادرسی اساسی^(۳۸) نهادهایی مانند شورای نگهبان در ایران، دیوان عالی قانون اساسی در اتریش و شورای قانون اساسی در فرانسه رسالت نظارت بر تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی یا رسیدگی به اختلاف

راسخ، محمد «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ش. ۵۱، بهار ۱۳۸۵،

صص. ۴۰ - ۱۳.

۳۶- گاه مشاهده می‌شود، قانونگذار بجای تعیین حق و تکلیف و امر و نهی به طرح مطالب ارشادی یا نمادین می‌پردازد. در چنین مواردی، باید پرسید آیا اصولاً می‌توان این مصوبات را قانون دانست؟ رک.

- MATHIEU (B.), "Le Conseil constitutionnel censure les lois trop "verbeuses" . Semaine juridique (J.C.P.), 2005 (20), pp. 879-880

- MBONGO (P.), "De " l'inflation législative" comme discours doctrinal ", Recueil Dalloz, 2005, Chroniques. p. 1300.

37- Le commandement.

38- La justice constitutionnelle.

صلاحیت‌ها و... را برعهده دارند. در زمینه دادرسی اداری^(۳۹) نیز مراجع خاص مانند دیوان عدالت اداری در ایران یا شورای دولتی و دادگاه‌های اداری در فرانسه به دعاوی اداری رسیدگی می‌کنند.

البته یادآوری این نکته لازم است که تفاوت در مراجع دادرسی در همه نظام‌های حقوقی مشاهده نمی‌شود. در کشورهایی مانند ایالات متحده آمریکا و انگلستان نهادهای اداری تابع دادگاه‌های عادی اند و اساساً در این کشورها پدیده‌ای بنام دوگانگی قضایی وجود ندارد. به دیگر سخن، یک دادگاه واحد، صلاحیت رسیدگی به تخلفات دولت (ماموران و نهادهای زیر مجموعه آن) و اشخاص عادی را داراست.^(۴۰)

دوم - تفاوت در ماهیت ضمانت اجرا

حقوق عمومی و حقوق خصوصی نه تنها در ماهیت، بلکه در روش‌ها و چگونگی مجازات و تضمین قواعد نیز با یکدیگر اختلافات قابل توجه دارند. تفاوت این دو رشته در آن است که در حقوق خصوصی معمولاً از روش‌های محدودکننده و جبران خسارت بهره می‌گیرند، در حالیکه در حقوق عمومی علاوه بر این دو روش از ضمانت اجرای کیفری نیز استفاده می‌شود.

افزون بر روش‌های کیفری، در حقوق عمومی دولت و نهادهای اداری می‌توانند، مطابق مقررات، افراد را به انجام یا عدم انجام رفتار خاصی وادار نمایند. مانند مواردی که نیروهای امنیتی و انتظامی شهروندان را از انجام یک عمل منع یا به انجام یک رفتار خاص مجبور می‌کنند. الزام اشخاص حقیقی یا حقوقی (حقوق خصوصی یا حقوق عمومی) توسط قوه قضائیه به اجرای احکام دادگاه‌ها نیز از همین موارد است.^(۴۱)

39- La justice administrative.

40- COHEN-TANUGI (Laurent), Le droit sans l'état, sur la démocratie en France et en Amérique, Paris, PUF, 1992, p. 95 et s.

۴۱- الزام یادشده مختص نهادهای قضایی نیست. نهادهای اداری نیز در موارد خاصی می‌توانند به این قبیل روش‌ها توسل جویند. در حقوق اداری فرانسه برای این مورد از اصطلاح اجرای اجباری *exécution forcée* استفاده می‌کنند. توسل به روش اجرای اجباری تصمیمات اداری استثنائاً در مواردی مجاز است که محکوم علیه (اشخاص حقیقی یا حقوقی) در برابر حکم دادگاه مقاومت کرده و از اجرای آن احتراز می‌ورزد. اداره درسه

مبحث چهارم - دوگانگی آموزشی

همچنانکه آندره دو میشل و پیرلومیر، نویسندگان کتاب مشهور حقوق عمومی،^(۴۲) یادآور می‌شوند، آموزش حقوق نیز تأثیر به‌سزایی در تفکیک حقوق عمومی و خصوصی داشته است. مطالعات حقوقی مدت مدیدی با تقسیم‌بندی‌های موضوعی (حقوق مدنی، کیفری، اداری، بازرگانی و...) سازماندهی می‌شد و تقسیم‌بندی‌های رشته‌ای (حقوق عمومی، حقوق خصوصی) جایگاهی در آن نداشت. اما ضرورت تخصصی شدن مطالعات حقوقی، اساتید دانشگاه‌ها را به سمت پذیرش تقسیم‌بندی‌های مبتنی بر رشته‌ها و گردآوری چند موضوع مرتبط، ذیل یک رشته سوق داد. در آغاز قرن بیستم نیز تاسیس آزمون ورودی هیأت علمی دانشگاه‌ها براساس بخش‌های مختلف حقوق عمومی، حقوق خصوصی، تاریخ حقوق، اقتصاد سیاسی به تقویت تقسیم‌بندی‌های رشته‌ای پرداخت. از این پس، حقوق عمومی و حقوق خصوصی هر یک صاحب آموزه^(۴۳) اختصاصی خود بودند و از سال ۱۹۵۴ به بعد نیز

مورد می‌تواند به اجرای اجباری دست بزند:

۱- جواز قانونی: مانند مصادره به خاطر اهداف نظامی (قانون ۱۳ ژوئیه ۱۸۷۷) یا انجام اقداماتی برای حفظ محیط زیست (قانون ۱۹ ژوئیه ۱۹۷۶).

۲- در موارد ضرورت: همچنانکه رومیرو Romieu، نظریه‌پرداز بزرگ اجرای اجباری، گفته است: هنگامی که خانه‌ای را شعله‌های آتش فراگرفته است، دیگر منتظر حکم دادگاه برای اعزام ماموران آتش‌نشانی نخواهیم ماند.

۳- فقدان ضمانت اجرای کیفری یا ضمانت اجرای قانونی دیگر.

تا سال ۱۹۸۰ آیین اجرای اجباری نمی‌توانست علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی - که بخاطر تخلفات قانونی توسط دادگاه محکوم شده بودند - به کار رود، اما قانون ۶ ژوئیه ۱۹۸۰ این وضعیت را تغییر داد. در هر حال، استفاده از روش اجرای اجباری باید با مراعات دقیق آیین پیش‌بینی شده در قانون صورت گیرد. در مواردی که عنصر ضرورت توجیه‌کننده اصلی کاربست روش اجرای اجباری است، با برطرف شدن این عنصر توسل به روش یادشده نیز محمل قانونی خود را از دست می‌دهد.

VAN LANG (A.) et autres, Dictionnaire de droit administratif, Paris, Armand Colin, 2^e éd., 1999, p. 134.

42- DEMICHEL (A.) et LALUMIRE (P.) Droit public, Paris, PUF, 5^e éd., 1988, p. 134.

ترجمه بخشی از این اثر را می‌توان در کتاب استاد زنده‌باد ما دکتر ابوالفضل قاضی مطالعه کرد:

قاضی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، صص. ۷۰ تا ۲۱.

43- Doctrine.

هر کدام از این رشته‌ها دانشجویان خاص خود را داشتند. اصلاحات بعدی انجام شده در نظام آموزشی فرانسه، تخصص‌گرایی (عمومی‌گرایان و خصوصی‌انگاران^(۴۴)) را به مدارج پایینتر مطالعات حقوقی نیز تسری داد. در حال حاضر نیز مطالعات حقوقی از همان دوره کارشناسی به حقوق عمومی^(۴۵) و حقوق خصوصی^(۴۶) تقسیم می‌شود.^(۴۷) البته در بعضی از دانشگاه‌ها تخصص‌های دیگری نیز به دو رشته یادشده اضافه می‌شود، مانند حقوق بین‌الملل و حقوق اروپایی.

مطالب فوق نشانگر تفکیک قلمرو دو شاخه علمی حقوق عمومی و حقوق خصوصی است. اما پرسش این است که مبنای این دوگانگی چیست؟ آیا می‌توان این دوگانگی را مطلق انگاشت؟ آیا رنگ و بوی این دوگانگی در تمام نظام‌های حقوقی یکسان است؟

گفتار دوم - بنیادهای متزلزل تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی (نسبیت تفکیک)

تزلزل بنیان‌های تفکیک حقوق عمومی و خصوصی موهون دو دسته از عوامل حقوقی و غیر حقوقی است. عوامل غیر حقوقی را می‌توان در مبنای فلسفی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جستجو کرد (مبحث نخست). مبنای حقوقی را نمی‌توان بصورت تافته جدا بافته‌ای تحلیل کرد. این مبنای در حقیقت جلوه‌ای از شرایط سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جوامع مختلف می‌باشند (مبحث دوم).

مبحث نخست - تاثیر مبنای فلسفی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در نسبیت تفکیک

تفکیک حقوق عمومی و خصوصی مطلق نیست. اصل تفکیک این دو قلمرو آنها

44- Les publicistes et les privatistes.

هر دو معادل فارسی را از زنده یاد ابراهیم قاضی وام گرفته‌ام. رک. قاضی، ابراهیم، گفتارهایی در حقوق عمومی، همان، صص. ۲۶ و ۲۷.

45- Droit public.

46- Droit privé.

47- DEMICHEL (A.) et LALUMIERE (P.), op.cit., p. 8.

به مولفه‌های گوناگونی بستگی دارد. شرایط و ماهیت سامانه فلسفی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حاکم بر جامعه می‌تواند در انقباض و انبساط شکاف حقوق عمومی و خصوصی تاثیرگذار باشد.

اول - تاثیر مبانی فلسفی (فلسفه حقوق)

از دیدگاه فلسفه حقوق، دوگانگی یا یگانگی حقوق خصوصی و حقوق عمومی با نگرش ما درباره مبانی حقوق و نظریه دولت کاملاً مرتبط است. برای مثال، اگر ما بپذیریم که مبانی تمام قواعد حقوقی تنها حقوق طبیعی است و نقش دولت تنها احراز قواعد حقوقی از این مبنا است و نه ایجاد قواعد حقوقی - تئوری اشتاملر - در نتیجه یک تفکیک واقعی میان قاعده حقوق عمومی و قاعده حقوق خصوصی وجود نخواهد داشت، چرا که ما در برابر یک حقوق خصوصی قرار داریم که تقدم ماهوی دارد و در نتیجه در برابر یک نوع وحدت‌گرایی حقوقی. به همین ترتیب، اگر دولت مبانی واحد تمام قواعد حقوقی باشد - تئوری کلسن و ژلینک - یا اینکه وجدان جمعی افراد جامعه مبانی حقوقی باشد - تئوری دوگی - ما نمی‌توانیم از یک دوگانگی صحبت کنیم. هنگامی که تئوری دولت کلسن را با تئوری دولت ژلینک مقایسه می‌کنیم نیز می‌توانیم نقش تئوری دولت را در رابطه با مورد سوال پیدا کنیم. به عبارت دیگر دولت کلسن منجر به وحدت‌گرایی می‌شود، ولی از طریق حذف دوگانگی، در حالی که دولت ژلینک منجر به وحدت‌گرایی می‌شود، اما از طریق تقدم حقوق عمومی.^(۴۸)

دوم - تاثیر مبانی سیاسی

از دیدگاه سیاسی، هرچه قدر میزان اقتدارگرایی دولت حاکم بیشتر باشد به همان میزان امکان تفکیک حقوق عمومی و خصوصی نیز کاهش می‌یابد. در نظام‌های سیاسی توتالیتیر تفکیک حقوق خصوصی از حقوق عمومی رنگ می‌بازد، چون در این نظام‌ها

48- SHABABI (M.), " Le fondement du droit et la théorie de l'Etat; Les facteurs caractéristiques du monisme juridique", Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

تفصیل اندیشه‌های مربوط به یگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی را می‌توان در گفتار بعدی مشاهده نمود.

خصوصی سکه رایج زمانه شده است. حتی، دولت‌های رفاه و شدیداً سوسیالیست نیز نمی‌توانند کارآمدی بخش خصوصی را انکار کنند. به همین خاطر، استفاده از توانایی‌های فنی و رقابتی بخش خصوصی برای تحقق بهینه خدمت‌رسانی عمومی (بهداشت، عمران، آموزش و پرورش، حمل و نقل، پلیس و...) امری کاملاً معقول و توجیه‌پذیر است. تلاش‌های دولت جمهوری اسلامی ایران برای گسترش دامنه خصوصی‌سازی در قالب تفاسیر آفرینشگرانه اصل ۴۴ قانون اساسی و سیاست‌های کلی آن در همین راستا قابل ارزیابی است.^(۵۵)

مداخلات حقوق عمومی در حوزه حقوق خصوصی نیز بیش از پیش قابل‌ره‌گیری است. وضع قواعد امری نظم عمومی درباره فعالیت‌هایی که پیشتر با اراده‌های فردی تنظیم می‌شد، مبین نسبی شدن شکاف حقوق عمومی و حقوق خصوصی است. مانند قانونگذاری‌های متعدد در باره اجاره و دیگر قراردادهای حقوق خصوصی، شرایط رقابت و... پرسش این است که آیا این مداخلات باعث از میان رفتن ویژگی‌های ذاتی حقوق خصوصی شده است؟ آیا می‌توان از یک حقوق نیمه خصوصی سخن گفت؟ کار برد فنون رایج در حقوق خصوصی توسط دولت را نیز باید از مولفه‌های تضعیف شکاف حقوق عمومی و حقوق خصوصی دانست، مانند نظام حقوقی حاکم بر آب و برق در فرانسه.

هرچند که نفوذ و مداخلات متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی غیر قابل انکار است، اما با توجه به نمونه‌های فوق می‌توان بر آن شد که این دو رشته از حقوق در مواردی به همپوشانی می‌پردازند. میزان همپوشانی هم ثابت نیست. متغیرهای زمانی و مکانی گوناگون می‌توانند در تضعیف یا تقویت شکاف‌های حقوق عمومی و حقوق خصوصی تأثیرگذار باشند. فعال ساختن گزینشی برخی از شکاف‌های دو رشته نیز می‌تواند معلول انگاره‌های ایدئولوژیک و مولفه‌های زمانی و جغرافیایی باشد. مقوله نسبت تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی آنچنان جدی است که

۵۵- برای تحلیل حقوقی سیاست‌های خصوصی‌سازی در ایران، رک.

اسکندری، مرجان، چارچوب حقوقی و ساختاری خصوصی‌سازی در ایران، پایان‌نامه تحصیلی جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، زیر نظر دکتر محمد حسین زارعی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۸۶، بویژه صص. ۸۰ - ۶۳.

برخی از نویسندگان را به خلق مفهوم نوینی بنام حقوق نیمه عمومی^(۵۶) تشویق کرده است.^(۵۷) این اصطلاح به خوبی مبین نسبت تفکیک برخاسته از مفهوم دولت ژاندارم است. آیا، بنیان تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی با فرایند صنعتی شدن دولت و مشارکت روزافزون اشخاص در انجام وظایف دولت روبه اضمحلال می‌رود.^(۵۸)

گفتار سوم - یگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی

حقوق عمومی و حقوق خصوصی در دو نقطه به یکدیگر پیوند می‌خورند:
- در مرحله قاعده‌گذاری به معنای عام کلمه (قسمت اول). در اینجا پرسش اصلی این است که مبنای قواعد حقوقی چیست چرا که ارتباط عمیقی بین مبنای حقوق و تفکیک پذیری یا تفکیک ناپذیری حقوق خصوصی و حقوق عمومی وجود دارد. مبنای واحد می‌تواند به نفعی دوگانگی حقوق خصوصی و حقوق عمومی بیانجامد، اما تعدد مبانی در حقوق منطقی‌اً امکان تعدد حقوق و تمایز آنها را فراهم می‌سازد.^(۵۹)
- تلاقی حقوق عمومی و حقوق خصوصی محدود به عرصه مبانی و نظریه‌ها نیست. حقوق موضوعه، بویژه در حوزه حقوق اساسی، می‌تواند نمونه عینی و روشنی از عمومی‌سازی^(۶۰) دیگر شاخه‌های حقوق را به دست دهد (قسمت دوم).

مبحث نخست - یگانگی در بنیاد

از دیدگاه فلسفه حقوق، نظریه‌های وحدت‌گرا را می‌توان به سه گونه تقسیم نمود:^(۶۱)
نظریه مبتنی بر اقتدار دولت (اول)، نظریه تفوق فرد یا برتری حقوق خصوصی (دوم) و نظریات اجتماعی (سوم).

56- Droit semi-public.

57- DEMICHEL (A.) et LALUMIERE (P.), op.cit. p. 12.

58- Ibid.

59- SHAHABI (M.), Article Précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

60- Publicisation.

61- Idem.

افراد قابل شد.

۵- نفی مفهوم حقوق شخصی: برخلاف دوگی که مفهوم حقوق شخصی (انتزاعی) را بخاطر فراطبیعی بودن آن رد می‌کند، کلسن این مفهوم را به دلیل ناهماهنگی آن با نظریه محض حقوقی و نیز کارکرد ایدئولوژیک آن بر نمی‌تابد. کارکرد ایدئولوژیک این مفهوم آن است که می‌خواهد استعلا و برتری حقوق شخصی را بر حقوق عینی ثابت کند. بعلاوه، در دیدگاه نظریه محض حقوق نیز تمام مسایل و مشکلات حقوق باید در چارچوب نظم حقوقی مطرح شده و فیصله یابند. بنابراین هیچ حقی جز در چارچوب نظم حقوق وضعی قابل طرح نیست.

۶- غیر قابل قبول بودن شاخص‌های رایج تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی (نظریه برابری اشخاص در حقوق خصوصی و عدم برابری اشخاص در حقوق عمومی، نظریه منافع عمومی و منافع خصوصی، نظریه حقوق آمرانه و حقوق اختیاری).

۷- کارکرد ایدئولوژیک تفکیک: تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی زمینه‌ساز پذیرش اندیشه‌های متفاوت و گاه متعاضد است. نظریه تفکیک، رابطه حقوق و دولت را به صورت متوهمانه‌ای معرفی می‌کند. بر مبنای این نظریه، اعتبار اصل حقوقی در حوزه حقوق عمومی و حوزه حقوق خصوصی یکسان نیست، یعنی در حقوق عمومی بیشتر منافع دولت و سود عام حکمرانی می‌کند تا حقوق به معنای مضیق آن. اما، از نظر کلسن، واقعیت اینگونه نیست، زیرا اصولاً دولت و حقوق جدایی‌ناپذیرند. تفاوت نظریه کلسن و ژلینک در آن است که در نظریه کلسن، دولت از طریق حذف دوگانگی حقوق خصوصی و حقوق عمومی منجر به وحدت‌گرایی می‌شود، در حالی که دولت ژلینک از طریق تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی به وحدت‌گرایی می‌رسد. بنابراین، نظریه اقتدار دولت یا به تقدم قواعد حقوق عمومی^(۷۵) بر حقوق

۷۵- «در صورت تقدم ماهوی حقوق عمومی خطر حرکت به سمت توتالیتاریسم و دولت‌گرایی وجود دارد. دلیلی که به خاطر آن بایستی دوگانگی را پذیرفت».

رک.

SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007 n°8.

اما پرسش این است که آیا تقدم ماهوی حقوق عمومی معلول پدیده‌ای بنام توتالیتاریسم و دولت‌گرایی است یا علت وجودی آن؟

خصوصی منجر می شود (ژلینگ) یا به عدم تفاوت ماهوی بین قواعد دو حقوق و در نتیجه حذف دوگانگی آنها (کلسن).^(۷۶)

دوم - نظریه تقدم حقوق خصوصی^(۷۷)

این آموزه توسط رادولف اشتاملر^(۷۸) و هایک^(۷۹) طراحی شده است. از نظر اشتاملر، عنوان یکی از هواداران مکتب حقوق طبیعی^(۸۰)، حقوق زاده اراده فرد یا عرف برخاسته از این اراده است. بنابراین، مبنای حقوق از نظر او واحد (حقوق طبیعی)^(۸۱) است. مبنای یگانه اشتاملر، نتیجه ای جز تفوق ماهوی حقوق خصوصی بر حقوق عمومی ندارد. از دیدگاه او حقوق عمومی صرفاً ابزاری برای حمایت از حقوق فردی است.^(۸۲) هایک^(۸۳) در کتاب مشهور حقوق، قانونگذاری و آزادی^(۸۴) اساس دوگانگی

76- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2006, N°8.

77- La théorie de la préséance du droit privé.

«در صورت تقدم ماهوی حقوق خصوصی اصلاح سیستم حقوقی به ویژه سیستمی که بیشتر به سمت حقوق خصوصی گرایش دارد مانند نظام حقوقی شیعه مشکلتر خواهد بود». رک.

SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n°8.

78- Rudolf STAMMLER.

شهرت اشتاملر به نظریه فردگرایانه او در باره مبنای حقوق بر می گردد: نظریه حقوق طبیعی با محتوای متغیر براساس مقتضیات زمان و مکان.

La théorie du droit naturel à contenu variable en vertu de changement de temps et d'endroits.

این نظریه هدفی جز دفاع از منافع و حقوق و آزادی های فردی ندارد. اگرچه باید این حقوق و آزادی های فردی را با جامعه هماهنگ نمود، اما نباید فراموش کرد که هدف اصلی حقوق حمایت از آزادی ها و حقوق فردی است. رک.

RIPERT (Georges), La règle morale dans les obligations civiles, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd., 1949. p. 17. (Citè par SHAHABI (M.), op.cit., Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

79-Friedrich August Von HAYEK.

80- Un jusnaturaliste.

81- Droit naturel.

82- SHAHABI (M.), op. cit., Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

۸۳- رک. بشیریه، حسین، دولت عقل، موسسه نشر علوم نوین، چاپ نخست، ۱۳۷۴، ۱۵۰-۱۴۴.

84- Friedrich A. Von HAYEK, Law, Legislation and liberty, Londres, Routledge &

سوم - نظریه‌های اجتماعی^(۱۰۵)

تحولات حقوق در اواخر قرن ۱۹ و آغاز قرن ۲۰ بر کسی پوشیده نیست. سمت و سوی این تحولات را می‌توان در نوعی گذار از حقوق فردی و دولتی به حقوق اجتماعی رصد کرد. اوگوست کنت،^(۱۰۶) امیل دورکیم،^(۱۰۷) ماکس وبر،^(۱۰۸) گورویچ،^(۱۰۹) موریس هوریو،^(۱۱۰) لئون دوگی،^(۱۱۱) ژرژ رنار،^(۱۱۲) و... را می‌توان از پیشگامان یا توسعه دهندگان این اندیشه دانست.^(۱۱۳) در آموزه حقوق اجتماعی، مبنای حقوق اراده فرد یا دولت نیست. خاستگاه حقوق را باید در واقعیات اجتماعی جستجو کرد. البته باید گفت، نگاه همه آموزه پردازان حقوق اجتماعی به مبنای حقوق یکسان نیست. مثلاً، مبنای واقعی حقوق در دیدگاه دوگی عبارت است از وضعیت وجدانی توأم با احساس همبستگی و عدالت^(۱۱۴) در حالیکه موریس هوریو و رنار خاستگاه حقوق را در نهاد^(۱۱۵) و دورکیم در وجدان اجتماعی^(۱۱۶) می‌دانند. نکته مهم این است که ترویج

105- Les théories sociales

106- Auguste COMTE.

107- Emile DURKHEIM.

108- Max WEBER.

109- GURVITCH.

110- Maurice HAURIOU.

111- Léon DOUGUIT.

112- George RENARD.

113- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n°8.

114- "L'état de conscience" accompagné par le sentiment de solidarité et le sentiment de justice. La règle sociale est devenue norme juridique "au moment où la masse des esprits ont eu la conscience plus ou moins nette, mais certaine, que les gouvernants devaient normalement et régulièrement intervenir pour imposer le respect de cette règle". DUGUIT, (L.), Traité de droit constitutionnel, Paris, Ancienne librairie Fontemoing, 3 éd., t. I. (la règle de droit et le problème de l'Etat), 1927, p.

112. Cité par SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

115- Institution.

116- نهاد عبارت است از سازمان یا موسسه‌ای که دارای هدف و ابزارهای عملیاتی برتر (از لحاظ قدرت و زمان)

این نظریه‌ها به نوعی موبد تک مبنایی بودن حقوق و نفی دوگانگی میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی است. البته درست است که انتخاب مبنای واحد برای قواعد حقوقی گام بزرگی به سمت نفی دوگانگی میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی تلقی می‌شود، اما چند مبنایی بودن نیز بصورت خودکار منجر به پذیرش دوگانگی حقوق نمی‌شود. بعنوان مثال، ژرژ رنار^(۱۱۷) علاوه بر نهاد، اراده فردی را نیز در آفرینش قواعد حقوقی موثر می‌داند (از طریق قرارداد و نقشی که افراد در ایجاد و اداره نهادها ایفا می‌کنند). بنابراین، از دیدگاه وی حقوق دارای دو مبناست: نهاد و حقوق فردی طبیعی. باوجود دوگانگی در مبنا، رنار منکر تمایز حقوق خصوصی و حقوق عمومی است. از نظر او هیچ تفاوتی بین قواعد ناشی از فرد (قرارداد) و قواعد ناشی از نهاد وجود ندارد. رنار دولت را هم نهادی مانند دیگر نهادها می‌داند و معتقد است هر نهادی دارای اقتدار خاص خود می‌باشد و دیگر نیازی نیست که دیگر نهادها اقتدارشان را از دولت وام بگیرند. «تحلیل تمام نهادها در قالب حقوق عمومی - که فقط حقوق نهاد دولت است - القاگر این اندیشه است که هیچ اقتدار دیگری جز اقتدار دولت وجود ندارد».^(۱۱۸) بعلاوه، آیا می‌توان گفت تنها حقوق عمومی به پاسداری از سود عام می‌پردازد؟ پاسخ رنار منفی است، چراکه فعالیت‌های تجاری (حقوق خصوصی) نیز دارای منافع عمومی

نسبت به اعضا و بنیانگذاران آن است. عناصر تشکیل دهنده نهاد در دیدگاه رنار و هرریو عبارتند از:

۱- اندیشه عمل *idée d'oeuvre*: هدف و ابزارهای نیل به این هدف. اندیشه را می‌توان بنیان اساسی نهاد دانست.

۲- زمان *durée*: عنصری است که حرکت عینیت *objectif* بسوی ذهنیت *subjectif* را تسهیل می‌کند.

۳- اقتدار *autorité*: که بر اعضای گروه تحمیل می‌شود.

باتوجه به عناصر سه گانه فوق می‌توان از نهاد ازدواج، خانواده، دولت، کلیسا، آموزش و پرورش، شرکت‌های تجاری و... سخن گفت، چرا که هرکدام از این نهادها دارای اهداف و حیات مستقل از اعضا و بنیانگذاران خود می‌باشند و اقتدار آنها بر اعضای خود تحمیل می‌شود. در باره نهاد رک.

MILLARD Eric, "Hauriou et la théorie de l'institution", in *Revue de droit et société*, 1995, n° 30/31, p. 392. Cité par SHAHABI (M.), Article précité, *Revue iranienne de droit constitutionnel*, 2007, n° 8.

116- "Conscience sociale".

۱۱۷- برخلاف دوگی، دورکیم با اشتغال که در مبنای حقوق وحدت‌گرا هستند.

118- RENARD, Georges, op.cit., p. 122.

می‌باشند.^(۱۱۹) از نظر این اندیشه‌ورز، حقوق اساسی شاخه‌ای از حقوق عمومی نیست. حقوق اساسی فراتر از تقسیم‌بندی حقوق عمومی و خصوصی قرار می‌گیرد. بخش‌های کاملی از مباحث حقوق اساسی در حقوق مدنی (مباحث مربوط به وضعیت اشخاص) و حقوق تجارت (نظریه‌های مربوط به تشکیل شرکت‌ها) یافت می‌شود. تشکیل این نظریه‌ها همانند تشکیل نظریه دولت است. بدین خاطر است که رنار درباره روابط شرکت تجاری و شرکای آن از حقوق اساسی خصوصی^(۱۲۰) سخن به میان می‌آورد.^(۱۲۱)

پرسش قابل طرح این است که آیا نظریه نهاد الزاماً به نفی دوگانگی حقوق خصوصی و عمومی منتهی می‌شود یا توجه به دیدگاه‌های موريس هوریو که خود بنیانگذار نظریه نهاد بوده است، نمی‌توان پاسخ مثبتی به این پرسش داد.^(۱۲۲) موريس هوریو^(۱۲۳) (بنیانگذار مکتب تولوز)^(۱۲۴) تفکیک حقوق عمومی و خصوصی را می‌پذیرد. او در دیباچه چاپ هفتم کتاب حقوق اداری خویش از تفاوت‌های حقوق اداری و حقوق مدنی سخن می‌گوید: در حقوق اداری ما با حقوقی مواجهیم که بعکس حقوق مدنی که بر برابری طرفین متکی است، بر وضعیت خاص و امتیازات یک طرف بر طرف دیگر متکی است.^(۱۲۵) هوریو در دیباچه چاپ یازدهم همان کتاب اضافه می‌کند: حقوق خصوصی تنها بصورت ضعیفی به بحث پیرامون اهداف مورد نظر افراد می‌پردازد. هدف حقوق خصوصی پرداختن به ابزارها و حقوق مورد ادعای افراد است. حقوق عمومی نیز به همان صورت کمتر به اهداف دولت می‌پردازد و اساساً مسئله اهداف دولت در حقوق عمومی یک بحث ثانوی است. آنچه در حقوق عمومی دارای اهمیت

119- Ibid, p. 155.

120- Droit constitutionnel privé.

121- Ibid, p. 271.

122- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

123- Maurice HAURIU 1856-1929.

124- Ecole de Toulouse.

125- HAURIU (M.), Précis de droit administratif et de droit public. Paris, Recueil Sirey, 7^e édition, 1911. p. VII. Cité par SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

است، ابزارهای عملیاتی دولت و حقوق حاکمیتی وی می‌باشد.^(۱۲۶) از نظر هوریو هدف حقوق عمومی خدمات عمومی^(۱۲۷) است و ابزار نیل به آن نیز اقتدار عمومی^(۱۲۸) می‌باشد.^(۱۲۹)

در چارچوب نظریه‌های اجتماعی، اندیشه‌های لئون دوگی، بنیانگذار مکتب بردو،^(۱۳۰) نیز از اهمیت بسزایی برخوردار است. دوگی تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی را مدیون دو دسته از عوامل تاریخی و نظری می‌داند: از یکسو، تاریخ حقوق موبد تفکیک این دو رشته است (افکار اولپین و دوران امپراطوری ژوستینین^(۱۳۱))،^(۱۳۲) از دیگر سو، پذیرش مفهوم حاکمیت و شخصیت حاکم دولت^(۱۳۳) دلیل اصلی این تفکیک بنیادین است. حاکمیت مقتضی اجرای حقوق خاص است. وجود حق حاکمیت است که باعث تفکیک ماهیت حقوق انتزاعی شخصی^(۱۳۴) و حقوق انتزاعی عمومی^(۱۳۵) می‌شود.^(۱۳۶) دوگی اساساً مفهوم حقوق انتزاعی

126- HAURIUO (M.), Précis de droit administratif et de droit public, 2002, réimprimé par Dalloz de 12^e édition, revue et mise à jour par André Hauriou, Préface de la onzième édition, p. IX Cité par SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

127- La service public.

128- La puissance publique.

129- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, n° 8.

130- Ecole de Bordeaux.

۱۳۱- امپراطور روم باستان که در ۱۱ می ۴۸۳ میلادی متولد و در ۱۵ نوامبر ۵۶۵ وفات یافت. ژوستینین در حکومت ۴۰ ساله خود آثار بزرگی را بر جای گذاشت اصلاحات حقوقی، سیاسی، اقتصادی و اداری او امپراطوری روم را تحت تاثیر قرارداد. کد ژوستینین (۵۲۹) یکی از نمادهای اصلاحات حقوقی این امپراطور است.

132- DUGUIT, Léon, op.cit., p. 680.

133- La personnalité souveraine de l'Etat.

134- Des droits subjectifs privés.

135- Des droits subjectifs publics.

136- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

(خصوصی و عمومی) را نمی‌پذیرد. او از پذیرش حاکمیت به منزله یک حق^(۱۳۷) خودداری می‌کند چرا که در دستگاه فکری او حق‌انگاشتن حاکمیت باعث ایجاد امتیاز^(۱۳۸) و در نتیجه خلق نابرابری حقوقی و برتری حاکمیت نسبت به حکومت‌شوندگان می‌شود. بدین خاطر، او برای مهارکردن دولت تلاش می‌کند تا آن را از حق حاکمیت محروم ساخته و حاکمیت را همچون یک وظیفه و کارکرد^(۱۳۹) بیانگارد. «دوگی، در تحلیل خود به آنجا رسد که می‌گوید، مفهوم حق باید از فرهنگ حقوقی حذف شود و موقعیت‌های حقوقی^(۱۴۰) جای آن را بگیرد. زیرا قواعد حقوق به طور کلی اموری را واجب یا ممنوع می‌سازند و به خودی خود نه حقی به وجود می‌آورند و نه تکلیفی به عهده شخص معین بار می‌کنند. مسئله حق و تکلیف زمانی مطرح می‌شود که شخص طبق قوانین تصمیم بگیرد و دیگری مانع او شود. در این هنگام

137- Souveraineté en tant qu'un droit.

138- Prérogative.

139- Souveraineté en tant qu'une fonction.

۱۴۰- موقعیت‌های حقوقی را می‌توان به دو گروه ممتاز تقسیم کرد:

الف - موقعیت‌های کلی: این موقعیت‌ها به طور مستقیم از قواعد حقوقی ناشی می‌شود و مانند آنها کلی و دایمی است. هر قانون حاوی قاعده کلی است که بر همه یکسان تحمیل می‌شود و نازمانی که نسخ نشده است از بین نمی‌رود. موقعیتی هم که بر اثر اجرای قانون به وجود می‌آید همین صفات را داراست. هرکس به کار ناشایسته‌ای دست زند، می‌تواند به حکم قانون طرف دعوی قرارگیرد و هرچند بار که شخص در آن وضع واقع شود پاداش و مکافات قوانین دامنگیر او خواهد شد. مانند کودک نامشروع که به محض تولد، موقعیت قانونی «فرزند بودن» را پیدا می‌کند و از امتیازهای آن بهره‌مند می‌شود... ایجاد «موقعیت‌های کلی» گاه مشروط به انجام عمل ارادی اشخاص است. برای مثال، وضع زن و شوهر در قانون از پیش معین گردیده است، ولی این وضع برای کسی به وجود می‌آید که به اختیار ازدواج کند. به بیان دیگر، امضای پیمان زناشویی شرط ایجاد این موقعیت حقوقی است. همچنین است موقعیت حقوقی «مالک» که به طور کلی و دایمی به وسیله قانون معین شده است و شرط ایجاد آن برای شخص مشروط به اعمال حقوقی است که سبب تملک یا انتقال مال به او می‌شود.

ب - موقعیت‌های شخصی: آثار و خصوصیت این موقعیت‌ها را اراده اشخاص معین می‌کند و، برخلاف گروه نخست، خصوصی و موقت است، بدین معنی که اولاً، موقعیت ایجادشده تنها به سود و زیان اشخاص معینی قابل استناد است و ثانیاً، همین که موضوع آن یک بار انجام شد از بین می‌رود و هیچ اثری از خود باقی نمی‌گذارد، مانند وضعیت طرفین قرارداد. از این موقعیت تنها کسانی سود می‌برند که در بستن عقد شرکت داشته‌اند و کسی ناگزیر به اجرای آن است که در آن پیمان تعهد را پذیرفته است. از سوی دیگر، با اجرای مفاد عقد، موقعیتی که به وجود آمده است از بین می‌رود رک. کانونیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، صص. ۲۷۱ و ۲۷۲.

است که برای اجرای حق، جبران خسارت یا ابطال اعمال متجاوز اقدام می‌شود و تضمین قانون، مظهر خارجی می‌یابد. در این صورت نیز اقامه دعوا حق مدعی نیست. او در این راه موافق قانون عمل می‌کند و اختیار اجرای قانون را نمی‌توان در شمار حقوق آورد، چنان‌که، اگر کسی در اثر وقوع جرم زیان ببیند، می‌تواند در خواست تعقیب مجرم و جبران خسارت را بکند، ولی تقاضای کیفر دادن به مجرم حق او نیست. ارتکاب جرم خطاکار را از نظر کیفری در وضعی قرار می‌دهد که سازمان‌های قضایی صلاحیت تعقیب و مجازات او را می‌یابند و در این راه تنها به تکلیف خود عمل می‌کنند.^(۱۴۱)

در دیدگاه دوگی، تفاوت موجود بین روابط دولت (و اشخاص عمومی)^(۱۴۲) با اشخاص خصوصی فردی و جمعی^(۱۴۳) نیز ناشی از نوعی برتری دولت و اشخاص عمومی نسبت به اشخاص خصوصی است. خود این برتری نیز برخاسته از مفهوم حاکمیت دولت است.

به دلیل همین نابرابری است که ماهیت اعمال حقوقی حقوق عمومی^(۱۴۴) با اعمال حقوقی حقوق خصوصی متفاوت است. مثلاً، قواعد حاکم بر قراردادهای حقوق عمومی با قواعد حاکم بر قراردادهای حقوق خصوصی متمایز است. بدینسان از نظر دوگی، حقوق عمومی و حقوق خصوصی دارای مبنا و روش شکل‌گیری متفاوت هستند.^(۱۴۵)

در مجموع دلایل مطرح شده توسط دوگی برای رد تفکیک حقوق خصوصی و حقوق عمومی را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:^(۱۴۶)

۱- تفکیک، ابزار تقویت اقتدار و یکه‌سالاری قدرت مرکزی است؛ با توجه به اینکه اساس تفکیک را باید در مفهوم حاکمیت جستجو کرد، بنابراین پذیرش تمایزافکنی

۱۴۱- کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص، ۲۷۱.

۱۴۲- روابط مبتنی بر نابرابری.

۱۴۳- روابط مبتنی بر برابری.

144- Les actes juridiques de droit public.

145- DUGUIT, Léon, op.cit., p. 682.

146- SHAHABI (M.) Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

میان دو حقوق، منتهی به اعطای یک مبنای حقوقی به قدرت مطلقه دولت می‌شود. او تا آنجا پیش می‌رود که شخصیت حقوقی دولت را منکر می‌شود و اعلام می‌کند، دولت نمی‌تواند موضوع حقوق قرار گیرد، چرا که این امر منجر به فرماندهی نامحدود آن می‌شود.

۲- مغایرت تفکیک با واقعیت امور: نگاه دوگی، در اینجا، جامعه شناسانه است. واقعیت مورد نظر وی حرکت به سمت نوعی همبستگی اجتماعی است. براساس این همبستگی همه حقوق فردی، مانند مالکیت و آزادی‌ها، دارای کارکردهای اجتماعی هستند و در حقیقت در خدمت نوع بشر و توسعه جامعه قرار می‌گیرند. بنابراین، نمی‌توان به این حقوق یک معنای فردگرایانه داد. نتیجه آنکه، دولت یک مفهوم مجرد و متزعز از بشر نیست تا لازم باشد حقوق متمایزی را برای او در نظر گرفت. دولت ساخته آدمیان همان جامعه است. دولت نیز دارای یک کارکرد اجتماعی خاص یعنی خدمات عمومی است. بنابراین هدف حقوق، نه دفاع از حقوق فردی و نه پاسداری از اقتدار دولت است. هدف حقوق انجام یک کارویژه اجتماعی است (خدمات عمومی).

۳- عدم پذیرش شخصیت حقوقی مستقل از افراد جامعه برای دولت: نظریه همبستگی اجتماعی دوگی و نقشی که او برای دولت قایل می‌شود مانع از آن است تا او بتواند شخصیت حقوقی مستقلی را برای دولت در نظر بگیرد. پذیرش شخصیت حقوقی برای دولت و موضوع حق قرارداد آن (حق حاکمیت)، به منزله آن است که قدرت یک اراده بر اراده‌های دیگر تحمیل شود و این امر برخلاف هدف اصلی یعنی همبستگی اجتماعی است.

۴- یگانه بودن مبنای تمام قواعد حقوقی: اگر حقوق را تک‌بنیاد بدانیم، دیگر تفاوتی میان قواعد حقوقی وجود نخواهد داشت. مبنای واقعی حقوق در دیدگاه دوگی عبارت است از وضعیت وجدانی توأم با احساس همبستگی و عدالت. بنابراین، قواعد حقوقی ساخته همین وجدان اجتماعی‌اند و دولت نقشی در ساختن آنها ندارد. تنها نقش دولت بازشناسی، احراز و تایید^(۱۴۷) این قواعد است (مانند عرف).

- ۵- یگانه بودن روش تایید و بازشناسی قواعد حقوقی در حقوق خصوصی و حقوق عمومی: حقوق عمومی و حقوق خصوصی در وهله نخست در اندرون وجدان‌های فردی قرار دارند و سپس به یاری عرف^(۱۴۸) به دنیای خارج گام می‌نهند. اگر چه روش تایید عرف در دو حقوق متفاوت است، اما مهم این است که اصل روش یکسان است. دوگی به رغم آگاهی از نقش قانونگذار در تولید هنجارهای حقوقی (حقوق تقنینی)،^(۱۴۹) نقش عرف را در بازشناسی قواعد حقوقی غیر قابل انکار می‌داند.
- ۶- حاکم بودن روح واحد بر حقوق خصوصی و حقوق عمومی: اگر چه از دیدگاه حقوقدان‌هایی مثل رنه ساواتیه،^(۱۵۰) آزادی بشر و استقلال فرد و برتری اراده او در حقوق خصوصی اصالت دارد، و در حقوق عمومی نیز مسئله تبعیت از قدرت و قواعد تحمیلی رنگ و بوی غلیظ‌تری دارد، اما روح حاکم بر هر دو حقوق عدالت است.
- ۷- مطالعه حقوق خصوصی و حقوق عمومی از یک روش تبعیت می‌کند: حقوق از جمله علوم اجتماعی است و همانند دیگر رشته‌های علوم اجتماعی از روش‌هایی چون تجربه، مشاهده، تجزیه و تحلیل پیروی می‌کند. این مسئله هم درباره حقوق خصوصی و هم درباره حقوق عمومی صادق است.
- ۸- عدم تفاوت میان شخص حقوق خصوصی و شخص حقوق عمومی: تمایز اشخاص عمومی از اشخاص خصوصی برای دوگی قابل قبول نیست. از نظر او تنها افراد^(۱۵۱) می‌توانند طرف حق واقع شوند. این افراد خود سه دسته‌اند: افراد عادی جامعه،^(۱۵۲) افراد حاکم^(۱۵۳) و اعضای مجامع.^(۱۵۴)
- ۹- نفی حقوق انتزاعی و در نتیجه فقدان تفاوت میان حقوق انتزاعی عمومی و

148- La coutume.

149- Droit législatif.

150- René SAVATIER.

151- Les personnes individuelles.

152- Individus ordinaires ou individus gouvernés.

153- Individus gouvernants.

154- Des individus qui forment les collectivités.

حقوق انتزاعی خصوصی: حقوق انتزاعی از نظر دوگی به حقوق ویژه برخی از اشخاص اطلاق می‌گردد. به دیگر سخن، حقوق انتزاعی عبارت است از یک امکان و اختیار عمل، یا توانایی یک اراده برای تحمیل بر اراده‌ای دیگر. برای تعریف و تبیین حقوق انتزاعی سه نظریه مطرح شده است: نظریه اراده،^(۱۵۵) نظریه منفعت،^(۱۵۶) نظریه مختلط اراده - منفعت.^(۱۵۷) از نظر دوگی نفس تعدد و تشتت در نظریه‌های مربوط به تعریف حقوق انتزاعی دلیل مناسبی برای رد آن است. حقوق انتزاعی یک مفهوم فراطبیعی^(۱۵۸) است و نشان دادن واقعیت و عناصر سازنده آن ممکن نیست. افزون بر اینها، مفهوم حقوق انتزاعی منجر به ایجاد سلسله مراتب در اراده‌ها^(۱۵۹) و اعطای حقوق ویژه به دولت و قدرت حاکم می‌شود و چنین امری برای آزادی‌های فردی بسیار خطرناک است. حتی، با پذیرش مفهوم حقوق انتزاعی تقسیم آن به عمومی و خصوصی قابل قبول نخواهد بود چرا که اگر حقوق انتزاعی را بر مبنای اراده، قدرت اراده، یا منفعت حفاظت شده تعریف کنیم، ماهیت آن در حوزه حقوق عمومی با حوزه حقوق خصوصی تفاوتی نخواهد داشت.

۱۰ - تفاوت میان اعمال حقوقی: با طرد مفهوم حاکمیت، دلیلی برای پذیرش دوگانگی میان اعمال حقوق عمومی^(۱۶۰) و حقوق خصوصی^(۱۶۱) باقی نخواهد ماند، زیرا زمامداران نیز انسان‌هایی مانند دیگر انسان‌ها هستند و اراده زمامداران با اراده دیگر افراد عادی تفاوتی ندارد. نتیجه آنکه، اعمال برخاسته از اراده زمامداران با اعمال ناشی از اراده افراد عادی یکسان خواهد بود. دوگی، با توسل به چنین استدلالی، تفاوت میان اعمال تصدی^(۱۶۲) و اعمال حاکمیت^(۱۶۳) را منکر می‌شود.^(۱۶۴) به نظر دوگی،

155- La doctrine de la volonté.

156- La doctrine de l'intérêt.

157- La théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.

158- Une notion métaphysique.

159- Une hiérarchie des volontés.

160- Les actes de droit public.

161- Les actes de droit privé.

162- Les actes d'autorité ou de puissance publique.

163- Les actes de gestion.

ویژگی‌های ماموران دولتی و هدف و غایت عمل (هدف اداری یا هدف خصوصی و مدنی) هیچ تاثیری در ماهیت آن نمی‌گذارد.

فراتر از این مسایل، دوگی مدعی است حتی با قبول مفهوم حاکمیت و اقتدار عمومی نیز تفکیک میان اعمال حقوقی درست نیست، زیرا اثر حقوقی^(۱۶۵) یک عمل، ناشی از اراده نیست. این اثر برخاسته از حقوق عینی^(۱۶۶) است. پیامد یک عمل، یا آنچه از یک عمل حقوقی نشأت می‌گیرد، ایجاد یک موقعیت حقوقی^(۱۶۷) است. ریشه این موقعیت حقوقی را نیز باید در حقوق عینی جستجو کرد. اراده و اظهار آن را تنها باید از شرایط اجرای حقوق عینی تلقی کرد.

با این اوصاف، دوگی منکر یکجانبه بودن اعمال حقوق عمومی و قراردادی بودن اعمال حقوق خصوصی است. او بر آن است که این تمایزگذاری‌ها نیز برخاسته از مفهوم حاکمیت، زور و اقتدار است و بدین معناست که می‌توان با اقتدار به ایجاد یک موقعیت حقوقی دست پیدا کرد. اما، افراد^(۱۶۸) - که فاقد عنصر اقتدار و حاکمیت هستند - فقط با ابزار قرارداد می‌توانند به ایجاد موقعیت‌های حقوقی نایل آیند و نمی‌توانند تعهد مقیدکننده‌ای را برای دیگران ایجاد کنند. با این وجود، از نظر دوگی قرارداد هم می‌تواند

۱۶۴- در باره تحولات جدید این مفاهیم رک.

توازی‌زاده، عباس، «تأملی بر تاثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ش. ۵۱، بهار ۱۳۸۵، صص ۵۷-۱۰۱ همچنین رک.

انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۷۴، صص ۷۹-۷۵.

165- Effet juridique.

166- Le droit objectif.

در اندیشه دوگی، مفهوم حقوق عینی با مفهوم حقوق وضعی متفاوت است. حقوق وضعی به مجموعه قواعد وضع شده توسط دولت اطلاق می‌شود، در حالیکه حقوق عینی محصول وجدان‌های افراد تشکیل دهنده جامعه است. به دیگر سخن، یک قاعده اخلاقی هنگامی تبدیل به قاعده حقوقی می‌شود که در وجدان عمومی افراد conscience générale des individus یک جامعه نفوذ نماید. این نظر هم درست است که قاعده حقوقی باید ضمانت اجرا داشته باشد، اما این ضمانت اجرا الزاماً سازماندهی شده (دولتی) نیست. رک.

DUGUIT, Léon, Leçons de droit public général, op.cit., pp. 46 et 47.

167- La situation juridique.

168- Les particuliers auxquels manque la souveraineté.

تعهد قیدآوری را برای شخص ثالث ایجاد کند. این شخص ثالث کسی جز دولت نیست، چون هموست که باید به حفاظت از موقعیت حقوقی ایجادشده بپردازد. به عبارت دیگر، در حالت یاد شده، افراد با توسل به نیروی خود تعهدی را به دولت تحمیل می‌کنند. در حالیکه برخی گمان می‌کنند که تنها دولت از نیروی اقتدار و انجام اعمال یکجانبه برخوردار است.

لئون دوگی، به رغم انتقادهای ماهوی خویش به تفکیک حقوق عمومی و خصوصی، در نهایت با استناد به ضرورت‌های آموزشی تفکیک این دو رشته را می‌پذیرد. از نظر وی، تفکیک قواعد برای تسهیل مطالعات حقوقی ضروری است. امروزه قلمرو حقوق آنچنان گسترده شده است که تردیدی در لزوم تفکیک باقی نمی‌گذارد.^(۱۶۹) با چنین رویکردی، بدیهی است پذیرش نهایی تفکیک حقوق عمومی و خصوصی توسط دوگی دارای ارزش آموزشی و جنبه تصنعی است. با وجود این، از نظر دوگی، حتی تفکیک مصنوعی حقوق عمومی و خصوصی نیز نیازمند یک شاخص است. این شاخصه را می‌توان از روش تضمین حقوق^(۱۷۰) استخراج کرد. در قلمرو حقوق خصوصی دولت به تضمین تحقق موقعیت‌های حقوقی می‌پردازد، و بدینسان قدرت الزام را در انحصار خود نگه می‌دارد، ولی در حقوق عمومی حالت متفاوتی وجود دارد. حقوق عمومی حقوق دولت و زمامداران است.^(۱۷۱) بنابراین نمی‌توان ضمانت اجرای مستقیمی را علیه خود دولت و زمامداران پیش بینی کرد.^(۱۷۲) منشاء الزام (دولت) نمی‌تواند آن را مستقیماً علیه خویش به کار اندازد.

در نقد نظریه دوگی، گفته شده است که وی با طرح و پذیرش شاخصه تضمین حقوق^(۱۷۳) در همان دامی گرفتار آمده، که پیشتر با نفی مفهوم حاکمیت و شخصیت حقوقی دولت در صدد احتراز از آن بود. توضیح آنکه، تفکیک حقوق براساس

169- DUGUIT, (L.), Traité du droit constitutionnel, op.cit., p. 702.

170- Le mode de sanction du droit.

171- Le droit de l'Etat, le droit des gouvernants.

172- Ibid., p. 710

173- Le critère de la sanction.

ضمانت اجرا در حقیقت به منزله پذیرش معیار اقتدار است و صرفاً نمی‌تواند جنبه آموزشی و تصنعی داشته باشد. در واقع، معیار مذکور به گونه‌ای نابرابری بین اشخاص منتهی می‌شود. آیا این امر به معنای پذیرش همان معیار سنتی تفکیک حقوق عمومی و خصوصی نیست. (۱۷۴)

در حالتی مشابه، دوگی، مفهوم خدمات عمومی (۱۷۵) را بعنوان یک کارکرد اجتماعی و مبنای حقوق عمومی مطرح می‌کند. اما آنچه آشکار است این است که دوگی ناخواسته با قبول مبنای خدمات عمومی به پذیرش مسئله اقتدار تن می‌دهد، در حالیکه او شدیداً با چنین مفهومی از سراسازگاری درآمده است. دشواری نظری دوگی در این است که او نتوانسته از میان دو مسئله متضاد و ناسازگار دست به انتخاب بزند: ۱- از یکسو، در نظریه حقوق، از وحدت و یگانگی حقوق (۱۷۶) دفاع کرده و نشان می‌دهد که حقوق از برداشتی عینی (۱۷۷) نشأت می‌گیرد. ۲- از سوی دیگر، واقعیت حقوق وضعی نیز قابل انکار نیست. حقوق وضعی نه تنها تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی را به رسمیت می‌شناسد، بلکه خود به سازماندهی آن می‌پردازد. (۱۷۸)

مبحث دوم - یگانگی خاص: اساسی‌سازی شاخه‌های مختلف حقوق (۱۷۹)

اساسی‌سازی (دستورسازی) را می‌توان از پدیده‌های نوین حقوقی دانست. (۱۸۰) به

174- Evelyn PISIER-KOUCHNER, Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit. Paris, LGDJ, 1^{er} éd., 1972, p. 286. Voir aussi Lucien SFEZ, Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français, th. soutenu en 1964, Paris. LGDJ, 1^{er} éd., 1966, p. 374. Cité par SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

175- La notion de service public comme une fonction sociale.

176- Unité du droit.

177- Conception objectiviste de la règle de droit.

178- SHAHABI (M.), Article précité, Revue iranienne de droit constitutionnel, 2007, N° 8.

179- Constitutionnalisation du droit.

۱۸۰- به استثنای دیوان عالی آمریکا که با توجه به قدمت چند ساله‌اش می‌توان تحلیل جداگانه‌ای را در باره آن ارائه داد.

طور کلی، برآمدن این پدیده با پیدایش^(۱۸۱) توسعه و تقویت نهادهای دادرسی اساسی^(۱۸۲) مقارن است. اساسی سازی را می توان عامل مهم یگانه سازی نظم حقوقی و ایجاد وحدت در شاخه های مختلف حقوق دانست.

اساسی سازی برگردان واژه فرانسوی کنستی توسیو نالیزاسیون است و در بیانی ساده، می توان آن را وارد ساختن برخی از هنجارها و قواعد عادی در جرگه اصول قانون اساسی دانست. به عنوان مثال: اعطای ارزش قانون اساسی به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، فرامین رهبری، و... را می توان از مصادیق اساسی سازی توسط شورای نگهبان دانست. بنابراین، اساسی سازی اصولاً از طریق دادرسی اساسی و توسط نهاد ناظر بر قانون اساسی صورت می گیرد. دادرس اساسی با استفاده از صلاحیت نظارتی یا تفسیری خود و در راستای گسترش قلمرو قانون اساسی دست به انجام تفسیر آفرینشگرانه از این قانون زده و اصول، قواعد و مقررات عادی را واجد ارزش قانون اساسی می شمارد.

می توان برای اساسی سازی دو روش مستقیم و غیرمستقیم را تصور کرد:

- اساسی سازی مستقیم: در این روش، دادرس اساسی به دستوری سازی منابع حقوق مبادرت می کند و بدینسان، رتبه برخی از اصول و قواعد حقوقی را ارتقا می بخشد (مانند

۱۸۱- در اسپانیا، فرایند اساسی سازی پس از انتشار قانون اساسی جدید در ۱۹۷۸ سرعت چشمگیری به خود گرفت، در حالیکه آغاز جدی این فرایند در فرانسه به سال ۱۹۷۱ بر می گردد (تصمیم ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱). اعطای ارزش قانون اساسی به اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶، اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری و... را می توان از مصادیق اساسی سازی در حقوق اساسی فرانسه دانست.

۱۸۲- در باره مفهوم و الگوهای گوناگون دادرسی اساسی رک.

- گرجی، علی اکبر، «دادگاه های قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، ش. ۵، ۱۳۸۴، ۳۳۷-۳۴۹.

- گرجی، علی اکبر، «شاخصه های الگوی اروپایی صیانت از قانون اساسی (دادرسی اساسی)»، نشریه حقوق اساسی، ش. ۷-۶، ۱۳۸۵، صص ۳۸۰-۳۶۹.

- GORDJI, (A.-A.), La justice constitutionnelle, mythe ou réalité? op.cit., pp. 373 et s.

- FAVOREU (L.), "Le principe de constitutionnalité", Mélanges Eisenmann, 1975, p. 33,

183- FAVOREU (L.) et a., Droit constitutionnel. Paris, Dalloz, 3^e éd, 2000, pp. 279 et s.

اساسی سازی حقوق دسترسی به دادگاه^(۱۸۴) در حقوق فرانسه).

- اساسی سازی غیر مستقیم: در این روش، نهاد ناظر بر قانون اساسی به دستوری کردن مبنا و ماهیت حقوق می پردازد. به عبارت دیگر، قاضی اساسی با تفسیر قانون اساسی^(۱۸۵) نظم حقوقی را تحت تاثیر قرار داده و قضات دیگر را وادار به پیروی از تفسیر خود می کند. بعنوان مثال، حق حیات^(۱۸۶) و حق بر کرامت انسانی^(۱۸۷) ابتدائاً در جرگه اصول دارای ارزش قانون اساسی قرار نداشتند، اما شورای قانون اساسی فرانسه با ارائه تفسیری موسع^(۱۸۸) از نخستین جمله دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶ به دستوری کردن این حقوق پرداخت: «پاسداری از کرامت انسانی در برابر هر گونه بهره کشی و تحقیر یک اصل دارای ارزش قانون اساسی است». «ضمن پاسداشت تمامیت و کرامت انسانی، همه آدمیان در برابر جامعه از حقوقی برخوردارند که به شکوفایی کامل جسمانی، فکری و اخلاقی آنها منجر می شود».

ایجاد پایه و بنیان دستوری برای رشته های گوناگون حقوق را می توان جلوه دیگری از اساسی سازی قلمداد کرد. البته این امر را نباید به معنای باز نویسی این رشته ها در نظر گرفت. زیرا سابقه برخی از شاخه های حقوقی مانند حقوق مدنی و حقوق کیفری به پیش از ظهور فرایند اساسی سازی بر می گردد. اما، نقش اساسی سازی در ایجاد تحول عمیق و تجدیدگرایانه در این شاخه ها را نیز نباید فراموش کرد. بعنوان مثال، پذیرش اصل برابری زن و مرد در قانون اساسی جدید آلمان منجر به تغییر برخی از قواعد حقوق مدنی این

184- Le droit à saisir un tribunal et le droit à un recours juridictionnel

۱۸۵- در زمینه تفسیر قانون اساسی رک.

گرچی، علی اکبر، «تفسیر قانون اساسی، نگاهی به قدرت تفسیری شورای نگهبان»، نشریه حقوق اساسی، ش. ۸، ۱۳۸۶.

186- Le droit à la vie.

187- Le principe de dignité de la personne humaine.

188- CC, N° 94-343/344 DC 27 juillet 1994 à propos des lois relatives à la bioéthique., Rec., p. 100.

189- GORDJI, (A.- A.), La justice constitutionnelle, mythe ou réalité? op.cit., pp. 487 à 493.

کشور شد. (۱۹۰)

اساسی سازی را نباید به معنای یکسان سازی تمام شاخه های حقوق یا نشان دادن قواعد حقوق اساسی بجای قواعد حقوق مدنی، کیفری، اداری، مالی و... دانست. به گفته لویی فاورو، حقوقدان فقید فرانسوی، همسان انگاری اساسی سازی با پاکسازی کامل نظم حقوقی (۱۹۱) نیز نادرست است، چرا که دادرس اساسی گاه به اساسی کردن راه حل های برخاسته از حقوق زنده (۱۹۲) می پردازد. به دیگر سخن، در این حالت دادرس اساسی همان رهیافت هایی را بر میگزیند که دیگر قضات بویژه قضات اداری و قضات عادی، برای حل دعاوی جاری اتخاذ می کنند. شورای قانون اساسی فرانسه، بطور مثال، برای تعریف و تبیین ویژگی های حق اعتصاب از حقوق کار (قضات عادی) و حقوق اداری (دادرس اداری) الهام گرفته است. آرای دیوان عالی کشور فرانسه در زمینه بررسی هویت اشخاص (۱۹۳) نیز الهام بخش شورای قانون اساسی این کشور بوده است. (۱۹۴)

در این نگره، اساسی سازی نه تنها به معنای یکسان سازی تمام شاخه های حقوق نیست، بلکه بدین معناست که دادرس اساسی مهر تاییدی بر رهیافت های موجود در دیگر رشته های حقوق می زند. پوشاندن ردای قانون اساسی بر رهیافت های حقوق زنده را می توان به نوعی تقویت موقعیت قضات دادگاه ها در برابر دستیاری های قانونگذار دانست. در واقع، اعطای ارزش قانون اساسی به برخی از تفاسیر قضات عادی را می توان به حصار تشبیه کرد که آنها را از گزند تحولات دفعی در امان نگه می دارد.

نکته دیگر آنکه، لویی فاورو بر این عقیده تاکید می کرد که بدون دادرسی اساسی فرایند اساسی سازی نمی توانست ظهور یابد. (۱۹۵) اما به نظر می رسد، منحصر کردن این

190- FAVOREU (L.) et a., Droit constitutionnel, op.cit., p. 281.

191- Un nettoyage complet de l'ordre juridique.

192- La doctrine italienne de "droit vivant".

193- Contrôle d'identité.

194- FAVOREU (L.) et a., Droit constitutionnel, op.cit., p. 356 et 357.

۱۹۵- جهت ملاحظه اندیشه لویی فاورو رک.

FAVOREU (L.), "La constitutionnalisation du droit français", in Mélanges DRAGO, Economica, 1996. p. 25.

ترجمه فارسی این مقاله تحت عنوان «اساسی سازی حقوق فرانسه»، در شماره ۷-۶ نشریه حقوق اساسی (ص)،

امر در دادرسی اساسی با تردید روبرو باشد. اساسی سازی را نمی توان صرفاً در انحصار نهاد دادرسی اساسی دانست، گو اینکه بخاطر استمرار و دایمی بودن فعالیت نظارت بر انطباق مصوبات پارلمان با قانون اساسی می توان این نهاد را مرجع اصلی اساسی سازی تلقی کرد. اما افزون بر نهاد دادرسی اساسی، قوه بازنگری یا قوه بنیانگذار ثانوی^(۱۹۶) را هم باید در شمار مراجع دستوری ساز به حساب آورد. قوه بنیانگذار می تواند به هنگام بازنگری قانون اساسی و در چارچوب صلاحیت، آیین و تشریفات پیش بینی شده به انجام اساسی سازی مبادرت ورزد. بدین معنا که اصول و قواعد تازه ای را وارد قانون اساسی کند.

نتیجه آنکه، اعمال نظارت بر سازگاری مصوبات پارلمان با هنجارهای قانون اساسی، این قانون را به سرچشمه و منبع تمام منابع حقوقی^(۱۹۷) تبدیل کرده است. بدینسان می توان گفت، در حال حاضر، بنیان های دیگر شاخه های حقوقی را باید در قانون اساسی جستجو کرد. آیا می توان این امر را به منزله یگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی و حتی دیگر شاخه های حقوق تلقی کرد؟ آیا این یگانگی را می توان شاهد مثالی بر تفوق حقوق عمومی بر دیگر شاخه های حقوق دانست؟

رهیافت نهایی:

هر چند که نفوذ و مداخلات متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی غیر قابل انکار است، اما با توجه به نمونه های فوق می توان بر آن شد که این دو رشته از حقوق در مواردی به هم پوشانی می پردازند. میزان هم پوشانی هم ثابت نیست. متغیرهای زمانی و مکانی گوناگون می توانند در تضعیف یا تقویت شکاف های حقوق عمومی و حقوق خصوصی تاثیر گذار باشند. فعال ساختن گزینشی برخی از شکاف های دو رشته نیز می تواند معلول انگاره های ایدئولوژیک و مولفه های زمانی و جغرافیایی باشد. مقوله نسبیت تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی آنچنان جدی است که

۲۸۷-۲۶۷)، به قلم دکتر جواد تقی زاده منتشر شده است.

۱۹۶- Le pouvoir constituant dérivé = قوه بازنگری

۱۹۷- La source des sources du droit.

برخی از نویسندگان را به خلق مفهوم جدیدی بنام حقوق نیمه عمومی^(۱۹۸) تشویق کرده است.^(۱۹۹) این اصطلاح به خوبی مبین نسبت تفکیک برخاسته از مفهوم دولت ژاندارم است. بنیان تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی با فرایند صنعتی شدن دولت و مشارکت اشخاص در انجام وظایف دولت روبه اضمحلال می‌رود.^(۲۰۰)

198- Droit semi-public.

199- DEMICHEL (A.) et LALUMIERE (p.), op.cit., p.12.

200- Ibid.