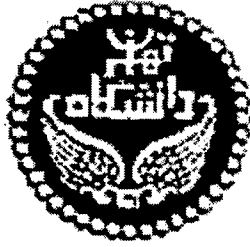


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۸۷/۱۱۰۵۸۹

۸۷/۱۲/۴



دانشگاه تهران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه:

برای دریافت درجه دکتری در رشته

حقوق خصوصی

موضوع:

تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی

با تأکید بر رابطه ی حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی

استاد راهنما:

دکتر سید عزت الله عراقی

اساتید مشاور:

دکتر نجادعلی الماسی

دکتر ناصر کاتوزیان

نگارش:

مهدی شهابی

سال تحصیلی: ۸۶-۸۷

۱۰۶۵۵۰

انجمن اطلاعات و کتابخانه های علمی
سازمان اسناد و کتابخانه ملی
جمهوری اسلامی ایران

۱۳۸۴ / ۹ / ۲۳



جمهوری اسلامی ایران
دانشگاه تهران

شماره _____
تاریخ _____
پیوست _____

اداره کل تحصیلات تکمیلی

باسمه تعالی

تعهد نامه اصالت اثر

اینجانب **مهری شهبازی** متعهد می شوم که مطالب مندرج در این پایان نامه / رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این پژوهش از آنها استفاده شده است، مطابق مقررات ارجاع و در فهرست منابع و مآخذ ذکر گردیده است. این پایان نامه / رساله قبلاً برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است. در صورت اثبات تخلف (در هر زمان) مدرک تحصیلی صادر شده توسط دانشگاه از اعتبار ساقط خواهد شد. کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به پردیس / دانشکده / مرکز دانشگاه تهران می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو
امضاء **مهری شهبازی**

آدرس : خیابان انقلاب اول خیابان فخر رازی - پلاک ۵ کد پستی : ۱۳۰۴۵/۵۶۸
فاکس : ۶۴۹۷۳۱۴



دانشکده حقوق و علوم سیاسی
گروه آموزشی حقوق خصوصی و اسلامی
گواهی دفاع از رساله دکتری

هیات داوران رساله دکتری: مهدی شهابی

گرایش:

در رشته: حقوق خصوصی

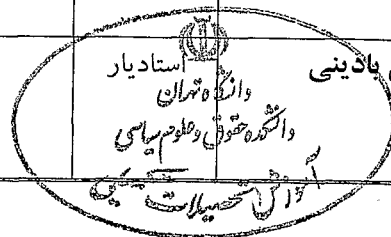
باعنوان: تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تاکید بر رابطه حقوق مدنی و حقوق تامین اجتماعی

ارزیابی نمود.

عالی

را در تاریخ: ۸۷/۷/۱۵ با درجه

ردیف	مشخصات هیات داوران	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱	استاد راهنما استاد راهنمای دوم (حسب مورد)	دکتر سیدعزت اله عراقی	استاد	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۲	استاد مشاور	دکتر نجاد علی الماسی	استاد	"	
۳	استاد مشاور دوم (حسب مورد)	دکتر امیرناصر کاتوزیان	استاد	"	
۴	استاد مدعو خارجی	دکتر محمود جلالی	استاد یار	دانشگاه اصفهان	
۵	استاد مدعو خارجی				
۶	استاد مدعو داخلی	دکتر حسن بادینی	استاد یار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۷	استاد مدعو داخلی				
۵	معاون یا نماینده معاون تحصیلات تکمیلی دانشکده	دکتر حسن بادینی	استاد یار	"	



تذکر: این برگه پس از تکمیل هیات داوران در نخستین صفحه پایان نامه درج می گردد

چکیده ی فارسی

تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی، با تأکید بر رابطه ی حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی

مطالعه ی نفوذ متقابل یا تعامل میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی، مطالعه ی هدف حقوق و تحولات آن است، اما هدفی که مبتنی بر رویکردی پوزیتویستی اعتدال گرا به مبنای حقوق و قاعده ی حقوقی باشد؛ دیدگاهی که نه منجر به حذف نقش فرد در ایجاد قاعده ی حقوقی گردد و نه دولت را نادیده بگیرد. بدینسان، مطالعه ی نفوذ متقابل دو بخش یک سیستم یا نظام حقوقی، مطالعه ای در حوزه ی تئوری عمومی حقوق است. با این حال، این تئوری تلاش می کند آثار عملی خود را، با توجه به رویکردی که این رساله در اصلاح سیستم حقوقی دنبال می کند و با توجه به نقشی که تعامل دو حقوق در این اصلاح دارد، در تحولات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی جستجو نماید. تحولاتی که بر اساس نقش محوری و تعامل میان عواملی چون اقتصاد، امر اجتماعی و مبنای کارکردی دولت (خدمت عمومی و قدرت عمومی) شکل می گیرد. اینگونه است که تحول از جامعه ی فردگرا یا با ساختار فردگرایی به سمت جامعه ی بیمه ای (به مفهوم عام آن) نیز در این رساله مورد توجه قرار گرفته است.

کلید واژه ها :

حقوق عمومی، حقوق خصوصی، هدف حقوق، مبنای حقوق، رویکرد پوزیتویستی اعتدال گرا، وحدت گرایی حقوقی، عمومی سازی، اجتماعی کردن حقوق، تقدّم کارکردی، عدالت اجتماعی

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
الف- مباحث و چشم اندازها:.....	۲
ب- طرح مسأله و دستاورد موضوع:.....	۶
ج- تعیین چارچوب پژوهش:.....	۸
بخش اول: وحدت گرایی و دوگانگی حقوقی.....	۱۴
فصل اول: وحدت گرایی، رویکردی تضعیف شده:.....	۱۶
گفتار اول: نظریه های وحدت گرا: نقش مبنای حقوق و تئوری دولت در وحدت گرایی حقوقی.....	۱۷
مبحث اول: نظریه ی اقتدار مطلق دولت :.....	۱۹
بند اول- اندیشه ی ژلینک :.....	۲۰
بند دوم- « وحدت و یگانگی دولت و حقوق»، اندیشه ی حقوقی کلسن :.....	۲۲
مبحث دوم - تئوری تقدّم حقوق خصوصی.....	۲۷
بند اوّل - تئوری تقدّم ماهوی حقوق طبیعی و حقوق فردی ، تئوری رودلف اشتامبلر.....	۲۷
بند دوم- « نظم خود جوش » و «نظم ساختگی» تئوری فردریک . آ . ون هایک :.....	۲۷
بند سوم - تئوری حقوق واقعی و « غیر حقوق » فرانسوا ایگزاویر تستو.....	۳۲
بند چهارم - «سولیداریسم حقوقی».....	۳۵
الف. سولیداریسم حقوقی و سوسیالیسم حقوقی.....	۳۶
ب. مبانی و چارچوب نظری سولیداریسم.....	۳۹
۱. مفهوم شبه عقد، مبنای سولیداریسم حقوقی.....	۳۹
۲. لئون دوگی و سولیداریسم حقوقی.....	۴۱
۳. شارل آندلر و سولیداریسم حقوقی.....	۴۴
۴. نقش دولت و سولیداریسم حقوقی.....	۴۵
مبحث سوم - تئوریهای جامعه شناختی ، تئوریهایی که حذف دوگانگی حقوقی را ادعا می کنند.....	۴۸
بند اوّل - امیل دور کیم :.....	۴۸
بند دوم - ژرژ رنار و توسعه اندیشه ی نهاد گرایی :.....	۵۰
بند سوم - لئون دوگی و دوگانگی حقوقی :.....	۵۲
الف - ریشه های دوگانگی حقوق عمومی و خصوصی از نظر لئون دوگی :.....	۵۲

- ۱- ریشه تاریخی (حقوق روم): ۵۲
- ۲- ریشه نظری: ۵۲
- ب - دلایل دوگی برای ردّ دوگانگی حقوقی ۵۳
- ۱- دلایل مرتبط با عوامل مفهومی ۵۳
- ۱،۱- تفکیک منطبق با واقعیات اجتماعی که چیزی جز حرکت به سمت نوعی تعاون اجتماعی یا همبستگی اجتماعی نبوده ، نیست ۵۳
- ۱-۲- عدم وجود شخصیت دولت ، متفاوت از شخصیت افراد به عنوان اعضای جامعه ۵۳
- ۳-۱- مبنای واحد برای تمام قواعد حقوقی ۵۴
- ۴-۱- نفی حقوق فردی و در نتیجه نفی تفکیک میان حقوق فردی عمومی و حقوق فردی خصوصی: ۵۴
- ۲- دلایل مرتبط با عوامل فنی : ۵۴
- ۱-۲- تفکیک یک ابزار برای بنیان ساختارهای حقوقی سازگار با اقتدار مطلق قدرت مرکزی است ۵۴
- ۲-۲- عدم تفکیک میان شخص حقوق عمومی و شخص حقوق خصوصی ۵۴
- ۲-۳- عدم تفکیک میان اعمال حقوقی ۵۴
- ۳- دلایل مرتبط با اشتراکات متودولوژیک یا روش شناختی ۵۶
- ۱-۳- فضای حاکم بر دو حقوق : که چیزی جز عدالت نیست ۵۶
- ۲-۳- روش احراز قواعد در دو حقوق یکی است ۵۷
- ۳-۳- روش مطالعه دو حقوق ۵۸
- ۴- چرخشی اجتناب ناپذیر ۵۸
- نتیجه ی گفتار اول ۶۰
- مبحث اول: نظام حقوقی شیعه ، نظامی متفاوت از نظام حقوقی ایران ۶۳
- بند اول- مبنای قاعده حقوقی ۶۳
- بند دوم - تئوریهای دولت ۶۵
- الف : عصر حقوق خصوصی محض ۶۵
- ب - عصر حرکت جزئی به سمت حقوق عمومی: ۶۶
- بند سوم - رویکرد فرد گرایانه و رویکرد جمع گرایانه و نهاد گرا ۶۸
- بند چهارم - تفکیک مراجع قضایی ۶۸
- مبحث دوم - نظام حقوقی کامن لا (انگلستان) ۷۱

بند اول: حقوق انگلستان و تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی و وحدت گرای	
حقوقی.....	۷۲
بند دوم - حقوق انگلیس ، قلمرو توسعه و تثبیت حوزه عمومی در کنار حوزه خصوصی	
و در نتیجه دوگانگی حقوقی.....	۷۵
نتیجه ی گفتار دوم.....	۷۶
نتیجه ی فصل اول.....	۷۷
فصل دوم: دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی و همگرایی بین دو حقوق:.....	۷۸
گفتار اول: دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی:.....	۷۹
مبحث اول - تاریخ فلسفی و مبنای دوگانگی حقوقی :.....	۷۹
بند اول - تاریخ فلسفی :.....	۷۹
بند دوم - مبنای دوگانگی حقوقی.....	۸۴
الف - مبانی مطرح شده.....	۸۴
۱ - دوگانگی حقوق مبتنی بر تحولات تاریخی و اجتماعی است :.....	۸۴
۲ - طبیعت اشیاء.....	۸۶
۳ - تفکیک میان حقوق فردی (ذهنی) و حقوق نوعی.....	۸۷
۴ - مبنای سیاسی.....	۸۸
۵ - آزادی.....	۸۸
۶ - مبنای دوگانگی را بایستی در تئوریهای حقوق جستجو نمود.....	۸۹
ب - آیا جستجوی مبنا برای دوگانگی حقوقی تلاشی بدون نتیجه و خالی از معنا	
و مفهوم است؟.....	۸۹
مبحث دوم - معیار دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی :.....	۹۲
بند اول: معیارهای اصلی.....	۹۳
الف - معیار منفعت.....	۹۳
ب - معیار موضوع یا وصف عامل یا تابع حقوقی.....	۹۵
بند دوم - معیارهای تبعی.....	۹۸
الف - حقوق خصوصی ، حقوق حاکمیت اراده ؛ حقوق عمومی حقوق تبعیت.....	۹۸
ب - معیار عامل حقوقی.....	۱۰۰
ج - حقوق خصوصی - حقوق حقوق فردی (Droit des droits subjectifs)؛ حقوق	
عمومی حقوق کارکردها. (Droit des fonctions).....	۱۰۱
مبحث سوم : آثار دوگانگی یا نقش دوگانگی.....	۱۰۳

- بند اول: اثر ماهوی دوگانگی حقوقی : ۱۰۳
- بند دوم: انسجام نظام حقوقی ، اثر عملی دوگانگی حقوقی : ۱۰۵
- نتیجه ی گفتار اول:..... ۱۰۸
- گفتار دوم: همگرایی میان دو حقوق عمومی - خصوصی: ۱۰۹
- مبحث اول: پدیده‌های مستقل ۱۰۹
- بند اول: اساسی سازی حقوق ۱۱۰
- الف. اساسی سازی به عنوان حرکت به سمت همگرایی دو حقوق عمومی و خصوصی،
معنای واقعی ۱۱۱
- ب. اساسی سازی به عنوان حرکت به سمت تقدم حقوق اساسی بر حقوق مدنی ، معنی
غیرواقعی ۱۱۵
- بند دوم: جهانی شدن حقوق و دو فرایند اصلی آن ۱۱۶
- مبحث دوم : پدیده های تابع ۱۲۰
- بند اول : یکسان سازی یا اشتراک فزاینده ی قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی
..... ۱۲۰
- بند دوم : تضعیف دوگانگی قضاوتی ۱۲۳
- نتیجه ی گفتار دوم ۱۳۱
- نتیجه ی فصل دوم ۱۳۲
- نتیجه ی بخش اول ۱۳۳
- الف- رابطه تبعیت ماهوی ۱۳۳
- ب- رابطه تقابلی ۱۳۵
- بخش دوم : نفوذ متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی ۱۳۷
- الف - جنبه ی کیفی نفوذ متقابل ۱۴۰
- ب- جنبه ی کمی نفوذ متقابل ۱۴۲
- فصل اول : زمینه های نفوذ متقابل دو حقوق ۱۴۶
- گفتار اول : تقدم حقوق خصوصی در نفوذ متقابل ۱۵۲
- مبحث اول : فرد گرایی - عامل اصلی ۱۵۳
- بند اول : فرد گرایی اقتدار گرا: ۱۵۶
- الف. اشکال فرد گرایی اقتدار گرا: ۱۵۷
- ۱- تئوری مبنای حقوق ۱۵۷
- ۲- تئوری فن یا تکنیک حقوقی ۱۵۸

۱۵۹.....	۳- تئوری هدف حقوق.....
۱۶۱.....	ب. مبانی فرد گرایی اقتدار گرا.....
۱۶۳.....	بند دوم : فرد گرایی اجتماعی.....
۱۷۰.....	مبحث دوم : عوامل تبعی.....
۱۷۰.....	بند اول : مبنای کارکردی حقوق عمومی : قدرت عمومی.....
۱۷۶.....	بند دوم : دکترینهای اقتصادی لیبرالی و نئولیبرالی.....
۱۷۹.....	الف. لیبرالیسم اقتصادی.....
۱۸۲.....	ب. نئولیبرالیسم اقتصادی.....
۱۸۲.....	۱- فردریک . آ . وُن هایک.....
۱۸۲.....	1.1 هایک و آزادی.....
۱۸۴.....	۱,۲. هایک و بازار.....
۱۸۷.....	۱,۳. هایک و بخش های عمومی و خصوصی.....
۱۹۰.....	۲- میلتون فریدمن.....
۱۹۳.....	نتیجه ی گفتار اول.....
۱۹۴.....	گفتار دوم : تقدم حقوق عمومی در رابطه ی نفوذ متقابل.....
۱۹۶.....	مبحث اول : مباحث فلسفی.....
۱۹۶.....	بند اول عبور از حقوق فردی به سمت حقوق اجتماعی.....
۱۹۸.....	الف. حقوق اجتماعی به عنوان مبنای قاعده حقوقی.....
۲۰۲.....	ب. حقوق اجتماعی به عنوان تئوری هدف حقوق.....
۲۰۲.....	۱. معنا و مفهوم آن.....
۲۰۹.....	۲- مقتضای اجتماعی شدن حقوق در حوزه هدف.....
۲۰۹.....	۱. ۲- مداخله ی دولت.....
۲۱۳.....	۲. ۲- دنبال کردن هدف اجتماعی خارج از پارادایم حقوق اجتماعی.....
۲۱۳.....	۲,۲,۱. تئوری عدالت اجتماعی رولز.....
۲۱۹.....	۲,۲,۲. تئوری عدالت اجتماعی رونالد دورکین.....
۲۲۳.....	بند دوم : عوامل تبعی.....
۲۲۳.....	الف - مبنای کارکردی حقوق عمومی ؛ خدمت عمومی :.....
۲۲۹.....	ب - عامل اقتصادی.....
۲۳۳.....	مبحث دوم : مباحث حقوقی :.....
۲۳۳.....	بند اول : نفوذ حقوق عمومی در حقوق خصوصی.....

- الف - تفکیک میان « influence » و « empiètement » : ۲۳۳.....
- ب - دو طبقه بندی از مراحل و اشکال مختلف مداخله ی دولت : ۲۳۷.....
۱. طبقه بندی ژان ریورو..... ۲۳۸
۲. طبقه بندی ژرژ ریپر:..... ۲۳۹
- بند دوم: دفاع از حقوق خصوصی :..... ۲۴۳
- نتیجه ی گفتار دوم..... ۲۴۸
- نتیجه ی فصل اول..... ۲۴۹
- فصل دوم: از جامعه فردگرا به سمت « جامعه بیمه ای»: زمینه ی فرایند تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی..... ۲۵۰
- گفتار اول: تعامل کمی دو حقوق عمومی و خصوصی..... ۲۵۱
- مبحث اول: نفوذ متقابل کمی به نفع حقوق عمومی: تحولات دولت رفاه..... ۲۵۳
- بند اول: از دولت لیبرال تا دولت رفاه محافظه کار یا همکاری گرا..... ۲۶۰
- بند دوم: از دولت رفاه محافظه کار یا همکاری گرا به سمت دولت رفاه اجتماعی..... ۲۶۷
- مبحث دوم: نفوذ متقابل کمی به نفع حقوق خصوصی..... ۲۷۲
- بند اول: افول دولت رفاه و دلایل آن..... ۲۷۲
- الف. دلایل اقتصادی..... ۲۷۳
- ب. دلایل فلسفی..... ۲۷۵
- ۱- بحران در مبنای اجتماعی دولت رفاه: از تعامل مکانیکی به سمت «تعاون ارگانیکی»..... ۲۷۵
- ۲- انعطاف در هدف، از «برابری» به «انصاف»..... ۲۷۶
- بند دوم: شکوفایی کمی بخش خصوصی..... ۲۸۱
- نتیجه ی گفتار اول..... ۲۸۷
- گفتار دوم: نفوذ متقابل دو حقوق عمومی و خصوصی از جنبه کیفی..... ۲۸۸
- مبحث اول: خانواده و اشخاص..... ۲۹۱
- بند اول: تعهد خانوادگی و مفهوم شخص تحت تکفل (Personne à charge)..... ۲۹۵
- بند دوم: ارث مدنی و ارث اجتماعی..... ۳۰۲
- مبحث دوم: مسؤولیت مدنی و قرارداد..... ۳۰۶
- بند اول: مسؤولیت مدنی..... ۳۰۶
- الف- نفوذ غیرمستقیم از طریق مفهوم خطر..... ۳۰۶
- ب- جایگزینی نهاد بیمه ی اجتماعی وتأمین اجتماعی..... ۳۱۱

۳۱۴.....	بند دوم: قرارداد و پدیده ی قراردادی کردن (Contractualisation)
۳۱۸.....	نتیجه ی گفتار دوم
۳۱۹.....	نتیجه ی فصل دوم
۳۲۰.....	نتیجه ی بخش دوم
۳۲۱.....	نتیجه ی کلی و نهایی
۳۲۶.....	کتابنامه

مقدمه:

« Rien n'est plus dangereux qu'une idée quand on n'a qu'une idée »¹.
(Alain)

« Toute distinction, on le sait, signifie en même temps liaison ; l'analyse scientifique ne peut pas déchirer la réalité. Celui qui oublie ces simples principes court le risque de rendre la science étrangère à son propre objet qui est la réalité vivante ; la science serait alors transformée en un jeu stérile à base de concepts forgés arbitrairement »².

(Giorgio Del Vecchio)

¹-Chartier, Emile-Auguste(Alain) *Propos sur la religion*. Paris. Édition Rieder. 1^o édition. 1938. p. 127

Cf. www.horaz.com/03_Citations/THEMES/idees.htm

²-Del Vecchio, Giorgio. « Le problème des sources du droit positif », in, *Le Problème des Sources du Droit Positif*. Annuaire de l'institut international de philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Travaux de la première session. Paris. Recueil Sirey. 1^o édition. 1934. p. 20

موضوع رساله، مطالعه « نفوذ متقابل یا تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تأکید بر رابطه ی حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی » است. برای ارائه ی دیدی کلی از این پژوهش و ورود به موضوع ، ابتدا بایستی نیم نگاهی به مباحث و موضوعاتی که پیرامون این تحقیق قابل طرح بوده ولی خارج از آن محسوب می شوند داشت. سپس سوال اصلی و پیش فرضهای پژوهش و نیز نفع و هدفی که به دنبال آن است را مطرح و در پایان به تعیین چارچوب موضوع خواهیم پرداخت.

الف- مباحث و چشم اندازها:

«تفکیک» یا «دوگانگی» میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی موضوعی است با قلمروی وسیع که از جنبه‌های مختلف می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد. آنچه را که یورگن هابرماس در مورد تفکیک میان «حوزه عمومی» و «حوزه خصوصی» در کتاب خود با عنوان دگرگونی ساختاری حوزه ی عمومی، کاوشی در باب جامعه ی بورژوازی³ طرح کرده است، بیشتر مبتنی بر داده‌های مردم شناختی بوده و کمتر حقوقی است. هابرماس تلاش کرده است که نه دقیقاً «حقوق عمومی» و «حقوق خصوصی» بلکه بیشتر «حوزه عمومی» و «حوزه خصوصی» را مورد مطالعه قرار دهند. در این کتاب ، وی مراحل ظهور «حوزه عمومی» و تفکیک آن از «حوزه خصوصی» فتودالیته را، با تأکید بر تحولات شکل‌گیری جامعه بورژوازی مطالعه می‌کند؛ تحولاتی که منجر به تفکیک جامعه مدنی از دولت می‌گردد و این تفکیک از نظر هابرماس مبنای جدایی حوزه عمومی از حوزه خصوصی است. هابرماس توضیح می‌دهد که چگونه تحولات اقتصادی (شکل‌گیری بازار)، اجتماعی (شرکت فزاینده مردم در تحولات عمومی از طریق روزنامه‌ها و ...) و سیاسی (شکل‌گیری پارلمان برای مثال) جامعه بورژوازی به شکل‌گیری حوزه عمومی کمک می‌کند.

³-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. pp. 14,16, 23, 25, 60, 83, 84 et 150

از نظر هابرماس، با شکل‌گیری دولت رفاه، زمینه مداخله دولت در جامعه مدنی فراهم آمده است و همین مداخله، تفکیک میان «حوزه عمومی» از «حوزه خصوصی» را از میان برده است. این مداخله منجر به شکل‌گیری فنودالیسمی دیگر و نظم ساختاری دپگری گردیده است.

هانا آرنت نیز «عمومی» و «خصوصی» را با رویکردی مردم‌شناختی مورد مطالعه قرار داده است. وی که چندان نیز به فرهنگ و اندیشه حقوقی آشنا نیست، در کتاب خود با عنوان شرایط (وضعیت) انسان مدرن⁴، با تأکید بر مفاهیم «عمومی» و «خصوصی» دگرگونی‌های مرتبط با نحوه‌ی تقابل این دو مفهوم را از دید مردم‌شناختی مورد مطالعه قرار داده است.

در حقیقت، برخلاف یورگن هابرماس، مطالعه هانا آرنت بیشتر مرتبط به معانی کلمات «عمومی» و «خصوصی» است.⁵ در این راستا، آرنت تلاش می‌کند تا ریشه این کلمات را در یونان باستان جستجو نماید و آنرا در تفکیک خانواده از شهر یا دولت شهر می‌یابد. ویژگی‌های خانواده یعنی امر «خصوصی» از نظر آرنت در سه چیز خلاصه می‌شوند: ضرورت، اقتدار و نابرابری. اما دولت شهر یعنی امر «عمومی» مبتنی بر «آزادی»، بحث آزاد سیاسی و مبتنی بر اقتناع و برابری است. آرنت توضیح می‌دهد که چگونه معنای این کلمات و نحوه تقابل آنها در طول تحولات تاریخی و مردم‌شناختی و تحت تأثیر پدیده‌ای که آرنت آنرا امر «اجتماعی» می‌نامد تغییر یافته‌اند. آرنت امر اجتماعی را با تشبیه آن به بازار توضیح می‌دهد. در حقیقت، به وسیله پدیده «اجتماعی»، نوعی از جامعه شکل گرفته است که در آن رفتار مردمان به مانند رفتار آنها در بازار است.⁶

بی تردید، چنین رویکرد مطالعاتی یعنی رویکرد مردم‌شناختی به ویژه در مورد معانی «عمومی» و «خصوصی» لازم و مفید است. برای مثال، همانطور که استاد فرانسوی ژان آرنود مازر به خوبی بیان کرده‌اند، دستاورد چنین رویکردی این است که «به تحلیل حقوقی شکلی و دگماتیک، یک جنبه مردم‌شناختی نیز می‌دهد و این جنبه این امکان را فراهم می‌سازد که از موهومات حقوق طبیعی محض و حقوقدانان حقوق طبیعی محض از یک طرف و از تجرد‌گرایی حقوق پوزیتیویستی محض و پوزیتیویستهای محض‌رهایی‌یابیم»⁷ و دقیقاً به همین دلیل است که در موارد مقتضی از

⁴-Arendt, Hannah. *Condition de l'homme moderne*. Traduit de l'anglais par Georges Fradier. Avec préface de Paul Ricœur. Paris. Pocket. 3^e édition. 2006. pp. 61 et s.

⁵-Ibid. p. 61 et s.

برای مطالعه‌ی بیشتر در مورد معانی کلمات «عمومی» و «خصوصی» (رک):

Polin, Raymond. « Les sens du privé dans l'opposition du privé et du public ». in. *Il pubblico e il privato*. Archivio Di Filosofia. Roma. Padova. 1^o édition. 1979. pp. 173-190.

⁶-Arendt, Hannah. *Condition de l'homme moderne*. Op. Cit. p. 76

⁷-Mazères, Jean-Arnaud. « Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition », in. *Revue du Droit public*. N° 4-2005 (Juillet-Août). p. 1050.

Cf. Supiot, Alain. « La fonction anthropologique du droit », in. *Esprit*. N° 2. février 2001. p.

رویکرد مردم‌شناختی و جامعه‌شناختی برای نیفتادن در این دو جنبه افراطی استفاده کرده‌ایم. با این حال مطالعه مردم‌شناختی حقوق خود به پژوهشی مستقل و کامل نیاز دارد.

رساله کم نظیر خانم سوفی یاپافتیمیو با عنوان تفکیک حقوق خصوصی- حقوق عمومی در تئوری حقوق و تئوری دولت، تحقیقی جامع و انتقادی⁸ در مورد جایگاه «تفکیک» در تئوری عمومی حقوق و تئوری دولت است. هرچند که این مولف، در خلال مباحث، رابطه تقابل میان دو حقوق و رابطه تبعیت شکلی و ماهوی که می‌تواند میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی به نفع حقوق عمومی وجود داشته باشد را مطالعه می‌کند⁹، ولی تأکید او در این رساله بیشتر بر «تفکیک» و نه بر روابط میان «حقوق عمومی» و «حقوق خصوصی» است.

برعکس خانم یاپافتیمیو، در این رساله ما بیشتر قصد داریم روابط میان دو حقوق و به ویژه رابطه نفوذ متقابل را مورد مطالعه قرار دهیم.

با انتخاب عنوان «نفوذ متقابل یا تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تأکید بر رابطه ی حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی» ما بیشتر به نفوذ متقابل دو حقوق و نه بر تفکیک «عمومی» و «خصوصی» یا بر تقابل آن دو، با رویکردی مردم‌شناختی تأکید کرده‌ایم. چنین مطالعه‌ای ایجاب می‌کند که در مورد «تفکیک» دوباره بیاندیشیم و نه بر تقابل بلکه بر «دوگانگی» حقوق عمومی و حقوق خصوصی تأکید کنیم. «دوگانگی» کلمه منعطفتری برای بیان واقعیت‌های حقوقی است.

این پژوهش بر رویکردی پوزیتیویستی اعتدال‌گرا به حقوق مبتنی است. بدین ترتیب، ما از یک طرف از رویکرد مردم‌شناختی محض که با فرهنگ حقوقی فاصله دارد دور می‌شویم. از طرف دیگر نیز از رویکرد هنجاری محض که حقوق را تنها به عنوان آنچه که هست و نه آنگونه که باید باشد مطالعه می‌کند دور می‌شویم. با رویکرد «پوزیتیویستی اعتدال‌گرا» از رویکرد پوزیتیویستی جامعه‌شناختی که تا آنجا که امکان دارد نقش دولت را در شکل‌گیری قاعده حقوقی و در اصلاح نظام حقوقی نادیده می‌گیرد و تضعیف می‌کند فاصله می‌گیریم.

در حقیقت، آنچه که در این رساله قصد مطالعه آن را داریم، رابطه نفوذ متقابل دو حقوق تحت جنبه ی نظریه ی عمومی حقوق است و تنها همین جنبه است که نقطه مشترک این رساله و رساله

151

⁸-Papaefthymiou. Sophie. *La distinction du « droit privé-droit public » dans la théorie du droit et de l'Etat*. Thèse de doctorat, codirigée par Michel Troper et Patrick Nerhot, et soutenue en 1994 sous la double égide de l'Institut Universitaire Européen et de l'Université de Paris X-Nanterre. T. I. pp. 2 et 5, 12

⁹-Ibid. pp. 94, 118, 130

خانم پاپافیمیو را شکل می‌دهد.

تئوری عمومی حقوق این امکان را می‌دهد که جایی بین «فلسفه حقوق» به معنای کلاسیک آن از یک طرف و حقوق موضوعه که تنها گفتمانی جزئی از حقوق را ارائه می‌دهد از طرف دیگر قرار گیریم؛ یعنی بین حقوق آنگونه که هست و حقوق آنگونه که باید باشد. در حقیقت ما تنها قصد نداریم که حقوق را آنگونه که هست مطالعه کنیم، بلکه به دنبال راه‌حلهایی برای حل نواقص و خلأهای نظام حقوق موضوعه نیز هستیم؛ نواقص و خلأهایی که می‌توانند به ارزشهایی که باید حقوق موضوعه را راهنما باشند مانند آزادی، برابری و انصاف صدمه زنند. بدینسان ما خود را بین حقوق طبیعی از یک طرف و پوزیتیویسم هنجاری و پوزیتیویسم جامعه‌شناختی از طرف دیگر باز می‌یابیم¹⁰؛ آنچه که با عنوان «پوزیتیویسم اعتدالگرا» Transpositivisme در کتابهای فلسفه حقوق از آن یاد می‌شود¹¹. همین رویکرد است که به ما کمک می‌کند تا در دام «وحدت‌گرایی حقوقی» نیز نیافتیم. با افتادن در این دام امکان مطالعه‌ی رابطه‌ی تعامل میان دو حقوق عمومی و خصوصی وجود نخواهد داشت. در حقیقت، دوگانگی حقوق عمومی و خصوصی خود در جایی بین پوزیتیویسم و ژوسناتورالیسم قرار دارد. این دوگانگی کمک می‌کند تا حقوق را همانقدر مانند قاعده و هنجار که مانند رابطه بین افراد بینیم. به عبارت دیگر این دوگانگی اجازه می‌دهد که هنجار حقوقی را نه مانند چیزی که دارای وجود ماهوی است، بلکه در برخی از موارد مانند چیزی که تنها دارای وجود شکلی است بینیم، چرا که به مضمون یک رابطه‌ی حقوقی مبتنی بر عدالت یا اخلاق ارجاع می‌دهد¹².

دوگانگی اجازه می‌دهد که حقوق را به مانند «یک مدل منطقی بینیم. مدلی که قصد دارد چهره‌ای از واقعیت حقوقی ارائه دهد که در آن عناصر حقوقی در تعامل با یکدیگر قرار دارند؛ در یک محیط اجتماعی مشخص تحول می‌یابند و در راستای رسیدن به اهدافی که خود ساختار حقوقی بر آنها مبتنی است عمل می‌کنند. بر محیط خود تأثیر گذار و خود نیز در طول زمان تحول می‌یابند بدون آنکه هویت خود را از دست بدهند»¹³.

به همین دلیل است که این تحقیق، پژوهشی در باب تئوری عمومی حقوق محسوب می‌شود.

¹⁰-a) Troper. Michel. *La philosophie du droit*. Paris. PUF. Coll. Que sais-je ? Réimpression de la 1^{ère} édition(2003). 2005. pp. 10 et 11

b) Bergel. Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris. Dalloz. 4^{ème} édition. 2003. p. 3

¹¹-Oppetit. Bruno. *Philosophie du droit*. Paris. Dalloz. Réimpression de la 1^{ère} édition(1999). 2004. p. 74

¹²-Dabin. Jean. *Théorie générale du droit*. Paris. Dalloz. 2^{ème} édition. 1969. p. 11

¹³-Gassin. Raymond. « Analyse systématique et droit ». in. *Cahier des Ecoles doctorales*, Faculté de droit de Montpellier. N° 2, nov. 2001, pp. 545 et s.

در حقیقت این پروژه به مانند نظریه عمومی حقوق از دو جهت عمومی است:

«۱- عمومی است چرا که دغدغه آن مطالعه معنای قاعده حقوقی از طریق تحلیل هدف آن و کارکرد آن، با تأکید بر تأمل بر روی ساختار و روشهای اندیشه حقوقی است ۲- این تحقیق عمومی و کلی است بدین معنی که حقوق را در کلیت آن مطالعه می کند و نه فقط یک نظام حقوقی مشخص یا یک رشته اختصاصی از حقوق را»¹⁴؛ هرچند که هر نویسنده‌ای می تواند براساس حقوق ملی و تخصص خود از این تئوری عمومی الهام بگیرد و به آن ارجاع دهد¹⁵. به همین دلیل است که تأکید داریم این مطالعه می تواند به مثابه مبنایی برای عمیق تر کردن مطالعه تعامل میان رشته‌های مختلف حقوقی بکار آید: تعامل میان حقوق مدنی و حقوق اداری، تعامل میان حقوق مدنی و حقوق اساسی.

ب- طرح مسأله و دستاورد موضوع:

دوگانگی، از جنبه نفوذ متقابل یا تعامل محورهای آن ایجاب می کند که حقوق را هم در سطح مبنای قواعد آن و هم در سطح هدف قواعد آن مورد مطالعه قرار دهیم.

اگر دوگانگی، مبنای خود را در تنوع مبنایی و قاعده حقوقی می یابد، نفوذ متقابل محورهای آن (خصوصی و عمومی) مبتنی بر تحولات مربوط به هدف حقوق است؛ دگرگونیهایی که بوسیله تحولات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی هدایت می شوند. بنابراین، آورده ی نظری این رساله روشن کردن رابطه میان مبنای حقوق و هدف حقوق است.

این رساله، از جهت آثار عملی، مبتنی بر نقش دوگانگی حقوقی در سیستم حقوقی است، نقشی که مطمئناً تحت تأثیر هدف حقوق قرار دارد. در واقع، در این رساله، در صدد پاسخ به این سؤالیم که چگونه دوگانگی حقوق عمومی و خصوصی می تواند از طریق نفوذ متقابل یا تعامل محورهای خود به انسجام سیستم حقوقی کمک نماید؟ آیا نواقص و خلأهای برخی از سیستمهای حقوقی ناشی از این واقعیت نیستند که در اینچنین نظامهایی دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی، تحت تأثیر تحولات تاریخی و به ویژه تحولات ایدئولوژیکی نتوانسته است نقش خود را به خوبی ایفاء نماید؟ این نواقص ناشی از این واقعیت نیستند که برخی از این سیستمها در دام وحدت گرایی

¹⁴-Bergel. Jean-Louis. *Op. Cit.* p. 4

Cf. Dabin. Jean. *Op. Cit.* p. 8

¹⁵-Bergel. Jean-Louis. *Op. Cit.* p. 4

ذاتی گرفتار آمده‌اند؟

بدون تردید، وحدت‌گرایی مانع چنین اصلاحی بوده و یا در اصلاح سیستم افراط می‌کند به گونه‌ای که بهتر است بگوئیم اصلاح نمی‌کند بلکه به تحلیل رفتن یک بخش از سیستم در بخشی دیگر منجر می‌شود. وحدت‌گرایی فردریک هایک اجازه اصلاح ضروری بخش خصوصی سیستم را نمی‌دهد و وحدت‌گرایی ژلینک، بخش خصوصی را در بخش عمومی حل می‌کند.

با توجه به این سوالات، این رساله محدود به دستاوردی نظری نیست بلکه نفع عملی نیز بر مطالعه آن مترتب است. آثار عملی موضوع این رساله در اصلاح لازم و ضروری سیستم حقوق موضوعه نهفته است.

این درست است که حقوق در فضای اجتماعی توسعه پیدا کرده است و اینکه همیشه یک رابطه‌ای میان هنجارها و قواعد حقوقی و توقعات اجتماعی وجود دارد، ولی این رابطه تنها یک طرفه نیست. در حقیقت حقوق هم، به نوبه‌ی خود، نقش اساسی در تغییرات و تحولات اجتماعی و در اصلاح و پیشرفت اجتماعی دارد؛ آنچه که ما را مجبور ساخته در برخی از موارد نیم‌نگاهی جامعه‌شناختی نیز داشته باشیم و از داده‌های مردم‌شناختی نیز بهره‌مند شویم. مطالعه‌ی تحول از جامعه‌ی فردگرا به سمت جامعه‌ی بیمه‌ای با تأکید بر رابطه‌ی میان حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی، به عنوان مصداق بارز تعامل دو حقوق عمومی و خصوصی به خوبی دستاورد عملی این پژوهش را نشان می‌دهد و انعکاسی از همین نقش حقوق در تحولات اجتماعی است. در حقیقت این مثال به مثابه‌ی به اجرا درآوردن تئوری عمومی و کلی دوگانگی حقوقی و تئوری نفوذ متقابل محورهای آن است.

چنین دستاوردی در نظامهای حقوقی غربی کاملاً قابل درک است، نظامهایی که نه مبتنی بر متون مذهبی بلکه مبتنی بر پارامترهای متغیری چون اقتصاد، امر اجتماعی و امر سیاسی اند. اما در یک نظام مذهبی نیز، یک چنین نفعی قابل اغماض نیست. در واقع، مسئله و مشکل اساسی یک نظام مذهبی مانند نظام مذهبی شیعه در این نکته نهفته است که این سیستم منعکس‌کننده یک وحدت‌گرایی واقعی است. در حقیقت، در چنین نظامی، دوگانگی حقوقی به رسمیت شناخته نشده است. سیستم به سمت یک وحدت‌گرایی مبتنی بر تفسیری فردگرایانه از متون متمایل شده است و این تفسیر و این رویکرد به دولت اجازه مداخله را در صورت مقتضی برای اصلاح نواقص نظام حقوقی نمی‌دهد.

این نکته آخر نشان می‌دهد که این رساله خالی از مطالعات تطبیقی نیست. با این حال بایستی بر این واقعیت نیز تأکید کرد که این رساله، موضوع یک مطالعه‌ی تطبیقی نیست. متودولوژی حقوق

تطبیقی از جایگاه کمتری در این پژوهش برخوردار است. ما تنها از این روش در برخی موارد برای نشان دادن تأثیر وحدت‌گرایی حقوقی در نظامهای مختلف حقوقی بهره گرفته‌ایم. در واقع ما از هر فرصتی برای روشن کردن موانع اصلاح یک نظام حقوقی و تأثیر دوگانگی و تعامل بخش‌های آن برای اصلاح نواقص چنین نظامهایی استفاده کرده‌ایم.

ج- تعیین چارچوب پژوهش:

وقتی که سخن از مطالعه نظریه‌ی عمومی حقوق است، بدیهی است که مطالعه‌ی نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی تنها جنبه‌ی حقوق موضوعه‌ی محض ندارد. به عبارت دیگر، ما قصد نداریم که در این رساله تعامل میان حقوق اداری و حقوق خصوصی یا تعامل میان حقوق اساسی و حقوق خصوصی را مطالعه کنیم؛ بلکه مطالعه تعامل دو حقوق از جنبه‌ی نظریه‌ی عمومی حقوق مد نظر است. با این حال اجرای تئوری عمومی تعامل اثر عملی خود را در بسیاری از زمینه‌ها خواهد یافت.

اما، در هر حال، تعامل دو حقوق عمومی و خصوصی مبتنی بر یک تفکیک حداقلی میان دو حقوق است. به همین دلیل است که ابتدا به مطالعه‌ی دوگانگی پرداخته‌ایم. بی تردید، مطالعه‌ی «دوگانگی حقوق» در راستای نقش آن در اصلاح نظام حقوقی از طریق تعامل میان محورهای آن قرار دارد. اما چنین دوگانگی، که چنین نقشی را می‌خواهد دنبال کند در ابتدا بایستی بخوبی ساخته و تثبیت شده باشد. فهم چگونگی تشکیل چنین دوگانگی ممکن نیست مگر با مطالعه‌ی «وحدت‌گرایی حقوقی» که مانع اصلی اصلاح نظامهای وحدت‌گرا است.

برای داشتن یک نگاه ابتدایی اما جامع از رابطه «وحدت‌گرایی حقوقی» و «دوگانگی حقوقی» بایستی معانی مختلف وحدت‌گرایی را و رابطه‌ای که بین این معانی هست مورد مطالعه قرار داد.¹⁶ در واقع اگر دقت کنیم می‌بینیم که یک رابطه‌ی نزدیکی میان وحدت‌گرایی به معنای رد دوگانگی حقوق عمومی و حقوق خصوصی و برخی دیگر از معانی آن وجود دارد؛ بنابراین بهتر است به معرفی کلی معانی مختلف وحدت‌گرایی حقوقی بپردازیم:

¹⁶-Bonnetcase. Julien. *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*. Bordeaux. Edition Delmas. 1^{er} édition. 1933. T. II. p. 195