

جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها

ایرج بابائی*، مرتضی ترابی**

چکیده

حقوق بشر به طور سنتی در حقوق عمومی و در روابط دولت - شهروند مورد بحث بوده است، اما این به معنای نفی تأثیر آن در حقوق خصوصی نیست. در حقوق قراردادها اصولی نظیر حاکمیت اراده یا آزادی قراردادها هم سو با اصول حقوق بشر است اما برای حمایت همه جانبه حقوق بنیادین بشری کافی نیست. بدین منظور ضرورت دارد اصول دیگری که می تواند به عنوان اصولی هم سو با اصول سنتی در حقوق قراردادها نقش ایفا نماید، لحاظ گردد. پایه ای ترین اصل حقوق بشر، اصل حیثیت و منزلت انسانی است. سؤال این است که این اصل با چه ابعاد و با چه شیوه ای در حقوق قراردادها قابل اعمال است؟ و آیا حقوق بنیادین برآمده از این اصل با قرارداد قابل اسقاطند؟ در این مقاله تبیین شده که اصل حریت در بردارنده حقوق مهمی چون کرامت انسانی، حق احترام به زندگی خانوادگی بوده و اصل منع تبعیض می تواند به عنوان عامل محدودکننده اراده باشد و مانع نفوذ شرط یا قرارداد مخالف آنها شده و حق های بنیادین برآمده از اصول موصوف به عنوان حقوق کلی مدنی، غیر قابل انصراف یا اسقاطند. روش تحقیق کتابخانه ای و با مطالعه رویه قضایی کشورها و ایران بوده است.

واژگان کلیدی: حیثیت و منزلت انسانی، حریت، منع تبعیض، حقوق قراردادی

* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
babaei.i@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
torabimorteza@atu.ac.ir

مقدمه

امروزه توسعه و نفوذ حقوق بشر در حقوق خصوصی غیرقابل انکار است. در حقوق قراردادهای اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی ریشه در مبانی حقوق بشر دارد و بر این اساس هر کس با آگاهی و اختیار بهترین تصمیم را برای خود اتخاذ می‌کند. آزادی به‌عنوان یکی از اصول مهم حقوق بنیادین انسانی، از عناصر ارزشمند و حیاتی جامعه انسانی است که فرد با آن به کمال می‌رسد (Chrenkoff, 1996: 36-37). به‌طور سنتی حمایت از برخی حقوق بنیادین بشری مبتنی بر اصل حاکمیت اراده، تحت نهادهای محافظت از عیوب اراده و نهادهای مبتنی بر موانع نفوذ اراده، صورت می‌گیرد. از همین مقوله است بطلان قراردادهایی که اجازه صدمه عمدی به جسم و شخصیت را داده، به‌دلیل مخالفت با نظم عمومی حمایت از اشخاص و اموال دیگران. اما این نهادها برای حمایت جامع افراد کافی نیست. از این‌رو ضرورت دارد با رویکردی متفاوت از نهادهای ذکر شده نفوذ حقوق بشر در این‌زمینه را دریافت. مبانی اعمال حقوق بشر در حقوق قراردادهای در این مقاله نمی‌گنجد و تحقیق دیگری را می‌طلبد. اما به‌طور خلاصه باید گفت تئوری اقدام دولت و اساسی‌سازی حقوق بنیادین از مهم‌ترین مبانی برشمرده است. مبانی تکلیف دولت، فقط معطوف به احترام به آزادی‌های منفی (عدم مداخله و احترام به حقوق) نیست بلکه حمایت از افراد در روابط شهروندی - شهروندی به شکل مداخله در فراهم ساختن زمینه‌های بهره‌برداری از حقوق توسط قوه قضائیه را نیز شامل می‌شود (Oliver & Fedtke, 2007: 14; Ribeiro, 2017: 223). نظریه اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیز بدان معناست که حقوق بنیادین افراد از قلمرو سنتی خود (رابطه عمودی دولت - فرد) خارج شده و در روابط افقی شهروندان نیز قرار گیرد (طهماسبی، ۱۳۹۱: ۱۰۸؛ گرجی ازندریانی، ۱۳۸۷: ۱۷۸). تأثیر حقوق اساسی در این زمینه به‌معنای حاکمیت حقوق عمومی بر حقوق قراردادهای نیست، بلکه منظور اعمال حقوق قراردادهای بر روابط طرفین است که حقوق اساسی و بنیادین بشری در آن مورد حمایت قرار می‌گیرد. استناد به حقوق بنیادین در این نظریه گاه به‌طور مستقیم و گاه غیرمستقیم و از طریق نهادهای حقوق خصوصی صورت می‌گیرد.^۱ اساسی‌سازی حقوق قرارداد نه تنها به‌دنبال

۱. برای اساسی‌سازی بطور معمول دو روش بیان شده است: اساسی‌سازی مستقیم و اساسی‌سازی غیرمستقیم؛ در تأثیرگذاری مستقیم هر یک از طرفین می‌تواند نسبت به طرف دیگر، به حقوق بنیادین خود مستقیماً استناد کند و دادگاه بدون برگشت به قواعد حقوق خصوصی و بدون نیاز به ایجاد تعادل بین قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی، حقوق بنیادین را مورد لحاظ قرار می‌دهد و اگر هم به موادی از قواعد قانونی در حوزه حقوق خصوصی ارجاع شود، فقط به‌عنوان یک پوشش در رسیدن به نتایج مطلوب است (Cherednychenko, 2007: 2). در تأثیرگذاری غیرمستقیم حقوق بشر

تقویت و جایگزینی اصول اساسی و حقوق بنیادین بشری در قرارداد است، بلکه مروج تئوری آزادی نیز هست (Gutmann, 2013: 49). در این خصوص تفکر پشتیبان تئوری اساسی سازی این نیست که حقوق قراردادی به خودی خود سیستمی برای اعمال و اجرای حقوق بنیادین بین اشخاص خصوصی باشد، بلکه در صدد است سیستمی برای حفاظت و حمایت از ارزش‌ها و حقوق بنیادین با ابزارهای حقوق خصوصی، ایجاد گردد (Vittoria, 2008: 49-50; Barak, 1996: 236; Onufrio, 2007: 5).

در حوزه حقوق بشر اصول مهمی به پیروی از ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان اصول پایه گذار حقوق بشر بر شمرده شده است: اصل حیثیت و منزلت انسانی، اصل آزادی، اصل برابری و اصل برادری (هاشمی، ۱۳۹۳: ۲۰۵). آنچه در این مقاله به آن پرداخته شده است، تأثیر و اعمال اصل حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادهاست. سؤال‌های مورد نظر در این تحقیق این است که آیا حق‌های ناشی از کرامت انسانی و برابری، از طریق قرارداد، قابل صرف نظر کردن هستند؟ آیا اصل حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها می‌تواند به عنوان یک عامل محدودکننده آزادی عمل کند؟ اصل مزبور با چه ابعادی در رویه قضایی سایر کشورها و ایران اعمال می‌گردد؟

نباید از نظر دور داشت اصل مزبور مبین مفهومی وسیع است. در این مقاله برای تفکیک و تحدید موضوع دو اصل زیر شاخه‌ای مهم از حیثیت بشری مورد بررسی قرار می‌گیرد: اصل حریت و اصل منع تبعیض. هریک از اصول یادشده اخیر دارای وجوه مختلفی‌اند که در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفته شده است. وجه بارز این مقاله استناد به پرونده‌های مختلف در رویه قضایی برخی کشورهاست. در انتها به تحلیل وضعیت حقوق موضوعه ایران پرداخته ایم.

۱. اصل حریت

مهم‌ترین اصل اخلاقی کانت، اصل غایت بودن انسان است که مبنای آن در «خودمختاری اخلاقی و استقلال ذاتی» هر فرد است (کانت، ۱۳۹۳: ۵۹-۵۸). جوهره حریت، در زیر سلطه نبودن است. در این تعبیر فقط معنای سلبی حریت ملاک عمل است که با سه چیز مخدوش می‌شود: به سخره گرفته شدن، مسخره شدن و مسخر شدن (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۱۴۲-۱۴۱). اما به نظر

به عنوان یک منبع الهام‌بخش نه تنها برای تفسیر قوانین و قواعد حقوق خصوصی قرار می‌گیرد بلکه هریک از قواعد با نظریه‌های غالب در حقوق خصوصی را که عمدتاً با حقوق بشر در ارتباط است برای دادگاه مشخص می‌نماید (Cirtautiene, 2013: 80). در این نوع تأثیرگذاری حق‌های اساسی برای تقویت موضع استنادکننده، صرفاً به عنوان اصول راهنما در پرتو تفسیر توسط قاضی اعمال می‌گردد (مسلم‌زاده، ۱۳۹۴: ۳۶۶-۳۶۵). از این جهت در شیوه تأثیرگذاری غیرمستقیم قواعد حقوق قراردادی به ویژه استقلال و آزادی قراردادی در لوای ارزش‌های حقوق بنیادین اجرا می‌گردند.

می‌رسد حریت بیش از آنکه خود یک حق تلقی گردد، اصل است.^۱ حریت انسانی در بردارنده این بنیان است که از ارزش سازنده موجودیت و شخصیت فرد حمایت می‌کند و هیچ کس نمی‌تواند از انسان به‌عنوان ابزار برای اهداف خود بهره‌بردارد. استثنائاً انصراف از حق بنیادین و حریت انسانی در حقوق عمومی و فقط در جایی که یک قانون معقول و در بردارنده مصلحت و منافع عمومی است، پذیرفته می‌شود (Collins, 2012: 36). در حقوق خصوصی که اساس روابط طرفین بر توافق و قرارداد است، این پتانسیل وجود دارد که از برخی حقوق خاص، نظیر حریم خصوصی یا حق مالکیت به‌طور محدود صرف‌نظر کند. اما با قرارداد نمی‌توان از حق بنیادین بشری مربوط به حریت انسانی انصراف نمود (Collins, 2012: 36). دیوان دادگستری اروپا در روابط خصوصی در پرونده دنسک سوپرمارکت^۲ بر اینکه افراد خصوصی نمی‌توانند در قراردادهایشان از آزادی‌های بنیادین و حریت انسانی صرف‌نظر نمایند، تأکید کرده است (Leible, 2008: 75). اصل حریت در بردارنده عنوانی کلی بر وجوه آزادی و ارزش‌های انسانی است که ذیلاً تأثیر دو وجه مهم آن، حق کرامت انسانی و حق بر احترام به زندگی خانوادگی و ازدواج در حقوق قراردادی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. حق کرامت انسانی

حق کرامت انسانی حقی ذاتی و فطری است که پایه و اساس بسیاری از حقوق و تکالیف انسانی است.^۳ کرامت به دو نوع ذاتی و اکتسابی تقسیم می‌شود: وصف ذاتی آن است که تصور شیء بدون تصور ذات ممکن نیست و از این نظر به معنای جوهری، انفکاک‌ناپذیر است و بر این پایه انسان نه با اوصاف عرضی نظیر جنسیت، رنگ، نژاد و نه با ارتکاب جنایت یا ارتداد، از منزلت کاسته می‌شود (نوبهار، ۱۳۸: ۶۱۵). کرامت اکتسابی حیثیتی است که انسان به‌طور ارادی با به‌کارگیری استعدادها و تلاش خود در جامعه به‌دست می‌آورد. رفتار انسان در این سیر و رسیدن به کمال انسانی و دارا شدن

۱. به‌کارگیری اصل به‌جای حق دلایلی دارد: اولاً اصول خود مفهومی فراتر از حق داشته و استناد به آن، تنها به حق خاصی، ارجاع نمی‌گردد؛ ثانیاً اصول مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی و کلی یک نظام حقوقی است که خود بیان‌کننده حق‌ها هم هست.

2. Case 58/1980 Dansk Supermarked (1981) ECR I 181, 195n.17

۳. در مقدمه و مواد ۱، ۴، ۱۱ و ۲۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر حیثیت اساس صلح و آزادی قلمداد شده است. از جمله اسنادی که به‌طور روشن به این حق پرداخته اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشری است (Universal Declaration on Human Genome and Human Rights (1997) در سند اخیرالذکر بر لزوم احترام به شأن انسانی به‌طوری که قابل تنزل به خصائص ژنتیکی نیست، تأکید شده است و همچنین هر گونه شبیه‌سازی انسان امری مغایر با کرامت انسانی تلقی گردیده است (مواد ۱، ۲، ۶، ۱۰، ۱۵ و ۲۱).

منزلت‌های متفاوت و ایجاد برتری ظاهری در جامعه کرامت اکتسابی است (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۰۱). در حقوق قراردادی کرامت انسانی می‌تواند از دو منظر نگریسته شود: اعطاءکننده قدرت در تصمیم‌گیری و ایجادکننده محدودیت. در مفهوم اول، حقوق بشر به انسان توان اجرا و اعمال اراده مستقل اعطا می‌نماید که نتوان بر خلاف اراده‌اش چیزی را بر او تحمیل کرد. در مقابل مفهوم دوم کرامت انسانی را به‌عنوان ارزشی معرفی می‌کند که ورای گزینه‌های فردی و اراده افراد است و از این جهت استقلال فردی با این ارزش محدود می‌گردد (Brownsword, 2001: 183-184; Marella, 2008: 129-130).

از جمله پرونده‌هایی که تصویر واضحی از تنش میان آزادی قراردادی و کرامت انسانی است، پرونده پرتاب کوتوله‌ها^۱ در فرانسه است. در این پرونده آدم‌های کوتوله همانند یک توپ جهت سرگرمی پرتاب می‌شدند و کوتوله‌ها از این طریق کسب درآمد می‌کردند. از یک طرف موافقت و آزادی قرارداد کوتوله‌ها بر این امر و از طرف دیگر خدشه‌دار شدن شخصیت و کرامت انسانی مطرح بود. بحث سر این بود که انسان نباید همانند شیء فرض شود و موافقت کوتوله‌ها بر این کار نمی‌تواند امکان نقض حق کرامت انسانی را توجیه نماید. نهایتاً دادگاه با اذعان به اینکه کوتوله‌ها با رضایت خود تن به این کار پُر درآمد داده‌اند و این به نوعی انصراف از حق کرامت است، شکایت بعضی افراد را رد نمود (Brownsword, 2001: 192). به‌نظر می‌رسد در این پرونده به‌ویژه اینکه کرامت انسانی یک حق بنیادین است که ذاتاً مربوط به انسان است و هر انسانی از دیدن آن آزرده و ناراحت می‌شود و این به‌طور کل جامعه انسانی را جریحه‌دار می‌نماید، قابل انتقاد است. لذا حق حفظ کرامت انسانی را نباید قابل انصراف دانست، زیرا ماهیت این حق قابل چشم‌پوشی به‌نظر نمی‌رسد.

در پرونده‌ای در آلمان، یک شرکت بیمه خصوصی از پرداخت خسارت درمانی در مورد عمل تغییر جنسیت بیمه‌شده، خودداری نمود. ادعای بیمه‌گر این بود که تغییر جنسیت یک بیماری محسوب نمی‌گردد و مشمول قرارداد بیمه‌ای نمی‌گردد. بیمه‌گذار مدعی بود که عدم تلقی عمل تغییر جنسیت به‌عنوان بیماری نه تنها برخلاف اصول تفسیری قراردادهاست بلکه با عدم پرداخت خسارات مزبور، حق کرامت انسانی او مخدوش شده و امکان تغییر جنسیت به‌عنوان خصوصیت بعضی از افراد بشر در نظر گرفته نشده است. دادگاه اروپایی حقوق بشر، ادعای بیمه‌گذار را تحت عنوان نقض کرامت انسانی پذیرفت و بیمه‌گر را ملزم به پرداخت هزینه‌ها و خسارت نمود.^۲ به‌نظر می‌رسد نمی‌توان به‌سادگی موضوعات مطرح در این پرونده به‌عنوان یک قاعده کلی برای حمایت از حقوق بنیادین استنباط نمود. زیرا مسائلی چون ویژگی‌های عقد بیمه از حیث احتمالی بودن حادثه و

1. Sidabras v. Lithuania 1995, France. [draw throwing]

2 Van Kuck V. Germany-35968/97, 2003ECHR 285(12 June 2003)

خطرات تحت پوشش بیمه از یک سو و ضرورت عمل جراحی برای بیمه‌گذار و تفسیر اینکه عمل تغییر جنسیت بیماری محسوب می‌گردد یا نه از سوی دیگر مورد تفسیر و ملاک عمل قرار گیرد. مهم‌تر اینکه عدم پرداخت خسارت توسط بیمه‌گر تا چه اندازه حق بنیادین طرف را نقض نموده است. در این خصوص به فرض نقض نیز هیچ محدودیتی برای حقوق بنیادین ایجاد نشده و فقط در مرحله اجرای قرارداد، بیمه‌گر به زعم خود صرفاً یک تفسیر در نوع خطرات تحت پوشش به عمل آورده است. از این جهت به نظر می‌رسد این رأی اساساً نمی‌تواند از مصادیق نقض حیثیت انسانی با قرارداد قلمداد گردد. چه اینکه حداکثر ضمانت اجرا از منظر حقوق خصوصی، پرداخت هزینه‌های درمانی است. شایان ذکر است در فرضی که عمل تغییر جنسیت مرتبط با وضعیت روحی برای بیمه‌گذار ضروری باشد، در تفسیر تلقی آن به عنوان یک بیماری تحت پوشش می‌توان از مبانی اصل مزبور بهره برد.

در پرونده دیگری یک خانم بلژیکی^۱ پس از قطع برق از ناحیه شرکت برق به علت عدم پرداخت بدهی، مدعی شد با او رفتار تحقیرآمیز و به دور از انسانیت شده است. به طوری که برای یک بدهی مالی، او و فرزندش از داشتن برق، آب گرم، تلویزیون و یخچال محروم شده است. شرکت برق نیز برای عمل خود به قرارداد فی مابین که اجازه چنین عملی برابر شروط قراردادی به شرکت داده شده است، استناد نمود. محاکم ملی بلژیک ادعای شاکی را رد نمودند. مدعی با این ادعا که در کشورش حمایت لازم از حقوق بنیادین بشری او به عمل نیامده است به دادگاه حقوق بشر اروپا شکایت کرد. دادگاه مزبور برخلاف قرارداد فی مابین اشخاص و شرکت برق، اذعان نمود شرکت باید اقدامات لازم از جمله اخطار به موقع، اجرای حقوق مالی خود از راه‌های دیگر به اجرا می‌گذاشت و این اقدام شرکت را برخلاف کرامت انسانی قلمداد نمود (Marella, 2008: 134-135). در این خصوص به نظر می‌رسد قرارداد استنادی شرکت برق از جمله قراردادهای الحاقی بوده که اختیار کامل در تعیین مفاد آن وجود نداشته است. در این زمینه می‌توان موافق با دادگاه اروپایی حقوق بشر بود و موضوع در حقوق ایران با استدلالی دیگر و در لوای تفسیر حمایت از حقوق بنیادین قابل اجرا دانست. از طرفی عنصر رضا یا آزادی واقعی در مورد قراردادهای الحاقی یا به عبارتی قراردادهایی که یک طرف آن در موقعیت ضعیف و نابرابر قرار دارد، محل تردید است و رضایت به معنای واقعی در آن وجود ندارد (Deutch, 1977: 43; Voicheci, 2013: 420). از این رو اعتبار قراردادهای الحاقی نه از حیث وجود اراده‌ای آزاد بلکه از حیث حفظ مصالح اجتماعی و ضرورت استحکام در عقود، مورد شناسایی قرار گرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۰۷). لذا از این نظر کالا یا خدمات موضوع قرارداد از کالاهای مهم

1. Van Volsem V. Belgium-14641/89 EC.comm HR decision: 1990

و حیاتی مردم بوده و با توجه به شرایط قدرت انحصاری بنگاه اقتصادی، درج شروطنی که زندگی انسانی و حریت ایشان را مخدوش سازد، باطل بوده و قابل ترتیب اثر نیست.

در این زمینه باید اذعان داشت آزادی قراردادی در کنار و در ارتباط با سایر حق‌های اساسی موردتحلیل قرار گیرد. در واقع آزادی مورد نظر را نباید در دوزمینۀ جدا، یکی آزادی در حقوق عمومی اساسی و دیگری آزادی در حقوق خصوصی تلقی نمود (Flessner, 1994: 11)، بلکه آزادی باید مفهومی قلمداد گردد که هم مبین حق اساسی فرد در حوزه حقوق خصوصی بوده که دارای ویژگی خواست طرف به دور از هرگونه مداخله بوده و هم تضمینی است برای حفظ شئون انسانی، کرامت و اراده طرف‌ها. با این تحلیل، مناسب‌ترین ابزار نفوذ حقوق اساسی طرف‌ها در قرارداد، از طریق اساسی‌سازی غیرمستقیم و ارتباط موضوع با نظم عمومی و یا مبانی سلب حق حریت می‌باشد.

۱-۲. حق ازدواج و احترام به زندگی خانوادگی

حق بر آزادی ازدواج^۱ و حق بر مسکن و زندگی خانوادگی^۲ که در آن از افراد خانواده برای داشتن مسکن و عدم تجاوز به آن، داشتن روابط گرم خانوادگی، امنیت در اقامتگاه و آزادی رفت‌وآمد، در امنیت بودن خانواده از زمره حق‌های مهم بشری و مرتبط با حریت انسانی‌اند که سلب آن‌ها ولو به طور جزئی نیز مبطل عمل حقوقی به نظر می‌رسند.

موضوع مطرح در زمینه حق بر ازدواج در روابط قراردادی، محدود نمودن ازدواج برای مدت محدود است که از آن تحت عنوان شرط مجرد استفاده می‌شود. نمونه‌های متعددی در این زمینه وجود دارد: در آلمان، در پرونده قرارداد کار بین یک بیمارستان و یک کارآموز، شرط شده بود که چنانچه کارآموز ازدواج کند، قرارداد فسخ می‌گردد. در این پرونده هنگامی که کارآموز ازدواج کرد و قرارداد از طرف بیمارستان فسخ گردید، در مورد اعتبار شرط و عمل بیمارستان، دادگاه کار فدرال، اقدام بیمارستان را غیرقانونی دانسته و اعلام نمود اصل ۶ قانون اساسی آلمان^۳ نقض شده و به استناد ماده ۱۳۴ قانون مدنی^۴ شرط از درجه اعتبار ساقط شد (Lewan, 1968: 588). در رأی استدلال شده است آزادی قرارداد از طریق ارزش مهم‌تر (حقوق بنیادین ازدواج)، محدود می‌شود.^۵ در پرونده

۱. بند الف ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

۲. بند ۳ ماده ۱۶ و بند ماده ۲۵ اعلامیه حقوق بشر، ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

۳. «ازدواج و خانواده از حمایت ویژه دولت برخوردار هستند.»

۴. «یک عمل حقوقی که ممنوعیت قانونی را نقض می‌کند، باطل است.»

5. 4 BAGE, 274-276(10,05,1957)

مشابهی در سال ۱۹۶۳ در فرانسه،^۱ دادگاه تجدیدنظر پاریس نیز حکم به بلااثر بودن چنین شرطی داد و استدلال کرد حقوق بنیادین حقی است بر پایه نظم عمومی که قابل تحدید یا صرف نظر کردن نیست (Mak, 2008: 52). این آرا تأکید است بر آزادی و حریت انسان که نمی توان افراد را از حق طبیعی ازدواج ولو با رضایت شخص حتی برای مدت محدود محروم ساخت.

در مورد احترام بر مسکن و زندگی خانوادگی در روابط قراردادی به پرونده های متعددی می توان اشاره نمود: در آلمان در قرارداد اجاره شرط شده بود که موجر اگر قصد فروش آپارتمان را داشت، حق دسترسی به عین مستأجره از ساعت ۱۰ صبح تا ۱ ظهر و بعد از ظهرها از ساعت ۳ تا ۶ را خواهد داشت. دادگاه قانون اساسی آلمان در مورد اینکه حق مستأجر به عدم مزاحمت علی رغم وجود شرط، تضییع گردد، تردید نمود و این شرط را غیر معقول تشخیص داد و آن را برخلاف حق بر آزادی مسکن و احترام به زندگی خصوصی^۲ قلمداد نمود (Federal Constitutional Court, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport, 2004: 440-441). در این زمینه به سختی می توان آراء فوق را پذیرفت. نباید فراموش نمود پیام آزادی قراردادی این است که هر کس بهترین داور در تشخیص منافع خود بوده و عادلانه ترین و معقول ترین چیز برای هر شخص، آن چیزی است که خود او آن را خواسته است (Chrenkoff, 1996: 36-37). در واقع قراردادها تعهداتی را ایجاد می نمایند که مشقات و سختی هایی را برای متعهد دربردارد. اساساً یکی از ویژگی های اجرای تعهدات همین است. اگر قرار باشد هر نوع محدودیت را سلب حق حریت تلقی نماییم، جایی برای اعمال حق آزادی قراردادی باقی نمی ماند. از طرفی باید تأکید نمود قرارداد، نمی تواند به طور گسترده ای آزادی افراد را محدود سازد. به طوری که هویت و حریت انسانی او ولو اینکه خود او به این امر رضایت داده را زیر سؤال ببرد. از این رو قضات در پرونده مذکور اظهار نمودند که دفعات و روزهای هفته اگر به نحو معقولی کم باشد که زندگی مطلوب از مستأجر را سلب ننماید، شرط معتبر خواهد بود (Hager, 2008: 26).

گاهی اوقات ممکن است در تفسیر شرط یا اجرای قرارداد حق بر منزل و احترام به زندگی خانوادگی مورد خدشه قرار گیرد. در پرونده مل یدی^۳ در قرارداد اجاره ای شرط مباشرت برای مستأجر (خانم مل یدی و افراد تحت تکفل او) شده بود. بعد از مدتی موجر با این ادعا که مستأجر پدر و خواهرش را نیز در خانه راه داده است، خواستار پایان دادن قرارداد شد. در این پرونده دادگاه اروپایی حقوق بشر با اتکا به حق بر زندگی خانوادگی و حق مسکن، مندرج در ماده (۱) ۸ کنوانسیون حقوق

1. Epox Burbier C.Cie Air France

۲. اصول (۱) ۱۳/۱۴ قانون اساسی آلمان

3. ass. Civ3eme1996 Paris V. Mel Yedei, Pourroin 93-11113, 142.

بشر اروپایی،^۱ ادعای موجر را رد کرد (Lytvynyuk, 2010: 196-197). در پرونده‌های مشابهی، دادگاه اروپایی حقوق بشر تصمیمات مشابه در این مورد اتخاذ نمود.^۲ به نظر می‌رسد در مرحله اجرای قرارداد قضیه متفاوت است. این موضوع را می‌توان بر اساس مبانی سوءاستفاده از حق با تأکید بر مبانی حقوق بشر توجیه نمود. در واقع به نظر می‌رسد شرط مباشرت مستأجر شرط صحیحی است اما در جایی که این شرط در تفسیر و در مرحله اجرا مورد سوءاستفاده قرار گیرد، می‌توان با تأکید بر حریت انسانی و مبانی حقوق بشر جلوی این سوءاستفاده از اعمال حق قراردادی را گرفت. از این نظر می‌توان نه به طور مطلق و لجام‌گسیخته بلکه با در نظر گرفتن حد لازم برای رفع سوءاستفاده، شرط را در تفسیر و یا در مرحل اجرا در نظر داشت.

از جمله پرونده‌های مربوط به حق بر زندگی خانودگی می‌توان به پرونده اسپیلیرز در فرانسه^۳، اشاره نمود. در این پرونده آقای اسپیلیرز کارگر بوده که در قرارداد کار او شرط شده بود، کارگر بر اساس نظر کارفرما، در هر زمان باید محل کارش را انتقال دهد. محل زندگی و کار اولیه کارگر در پاریس بود، اما بر اساس نظر کارفرما مجبور بود به مونپلیه برود و به جز آخر هفته‌ها نمی‌توانست خانواده خود را ببیند. او به دادگاه اداری کار شکایت کرد. دادگاه او را ملزم به رعایت قراردادش نمود و ادعایش مردود اعلام شد. دادگاه عالی فرانسه با نقض رأی، استدلال نمود نمی‌توان با قرارداد، حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی را محدود ساخت و چنین شرطی مغایر آن است (Lytvynyuk, 2010: 196-197).

در این خصوص تقابل دو حق آزادی قرارداد و حقوق بنیادین بشری مهم‌ترین مسئله است. به طوری که حل تعارض دو حق با یکدیگر در روابط افقی که دو شخص از حق‌های متفاوت و یا یکسان برخوردار هستند، کار آسانی نیست. در این زمینه سلسله مراتب ضابطه‌مندی در حقوق ارائه نشده است (Sturmer, 2017: 38). حال کدام بر دیگری ترجیح داشته و مرجح چیست؟ در تعارض حق‌ها با یکدیگر چاره‌ای جز مهم‌تر قلمداد کردن یکی و ترجیح آن وجود ندارد (قربان‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۲-۱۳؛ قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸: ۱۸۱-۱۸۰). بهترین روش برای ترجیح این است که در هر مورد ضررها و آثار ترجیح را سنجید که بهترین روش استفاده از اصل تناسب است. در این روش به طور موردی ضررها و آثار هر یک مورد مقایسه قرار می‌گیرد (Busch, 2011: 17). برای تشخیص شدت آثار نقض، باید اولاً یک هنجار بر هنجار دیگری در همان موضوع برتر دانسته شود. مثلاً در تعارض میان حق کرامت انسانی

۱. «هر کس از حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی، خانه و مراسلات خود برخوردار است.»

2. Franc, Cour de Cassation, 3e Chamber Civile, 22/2006. & Cour de Cassation, 3e Civ, 1996, Dalloz.

3. Cass Soc-1999 Spileers/SARL Omnipac. D(1999), 645. France, Cour, de Cassation Sociale, 1999.

با حق مادی یک طرف قرارداد، ارزش کرامت در مقابل ارزش‌های مادی دارای ارجحیت بیشتری هستند. اما همیشه به این سادگی نیست. ترجیح هنجاری بر هنجار دیگر در هر نظام حقوقی ممکن است متفاوت باشد. در داخل نظام‌های حقوقی نیز در جریان تعادل میان حقوق بنیادین، دادگاه‌ها وارد حوزه‌ای فراتر از تکنیک‌های حقوقی شده و در راستای عدالت اجتماعی به ترجیح حق یک طرف اقدام می‌نمایند. بدین منظور در ابتدا باید اهداف هر حق را در نظر داشت و حقی که بیشترین محدودیت متناسب با هدف موردنظر بر آن وارد می‌شود، ترجیح داده شود. در این بین باید دو موضوع را در نظر داشت: اول اندازه و مقدار محدودیت متناسب با منافع عمومی و فردی، به طوری که ترجیح منجر به تغییر ماهیت حق نشود و یا سبب غلبه استثنا بر اصل نگردد. دوم تحدید حق تا اندازه ضروری و به قدر نیاز صورت گیرد (Busch, 2011: 157-158). در صورتی که نتوان حقی بر دیگری را ترجیح داد، به طوری که نه از حیث محدودیت وارد بر هدف حق یا هنجار موردنظر آن و نه از حیث شدت آثار سوء نقض و نه از حیث منافع ازدست‌رفته به نظر می‌رسد باید مطابق همان اصول سنتی نظیر اصل آزادی قراردادی با جنبه آزادی‌های منفی متعارض بودن با نظم عمومی عمل نمود.

۲. اصل منع تبعیض

از دیرباز نابرابری در خصوصیات طبیعی انسان‌ها از نژاد و رنگ پوست گرفته تا استعداد و توانایی آن‌ها، از مسائل مذموم بوده است.^۱ از همین رو یکی دیگر از اصولی که مرتبط با حیثیت و منزلت انسانی است، برابری افراد مبتنی بر عدم تبعیض است. اساساً رویکرد حقوق بشر به حق‌ها، مساوات طلبانه است تا بدون اینکه ارزشی اخلاقی به طبقات خاصی تعلق داشته باشد، به طور برابر برای تمام انسان‌ها باشد (جونز، ۱۳۹۲: ۱۲۶). در جوامع مدرن امروزه، جبر ناشی از طبقات اجتماعی و رقابت بر سر کسب موقعیت‌ها و امتیازات، به طور فزاینده‌ای بر این نابرابری دامن زده است.

برابری دو مؤلفه اساسی دارد: یکی برابری در منزلت و شأن ابناء بشر و دیگری برابری در حقوق و تکالیف است. آنچه از برابری در این مقاله مورد نظر ماست، برابری از نوع اول است که بر اساس آن، در انعقاد، مفاد و یا اجرای قرارداد، بین افراد تبعیض بر اساس جنسیت، تابعیت، نژاد، سن و یا ناتوانی خاصی صورت نگیرد.

تبعیض وجوه مختلفی ناشی از تفاوت‌های طبیعی انسان‌ها نظیر نژاد، جنسیت، سن و یا تابعیت دارد. در این زمینه تبعیض‌هایی که مربوط به انتخاب طرف قراردادی است و قبل از انعقاد است را در

۱. دیباچه و مواد ۱ و ۲ اعلامیه جهانی بشر بر حیثیت ذاتی و یکسانی حقوق افراد تأکید دارد و در دیباچه و ماده ۲ میثاقین نیز بر آن تأکید شده است.

یک دسته و سایر تبعیض‌ها که راجع به مفاد قرارداد یا اجرا یا خاتمه‌دادن به قرارداد است را در دسته دیگر قرار داده‌ایم.

۲-۱. تبعیض در انتخاب طرف قراردادی در انعقاد قرارداد

در این نوع تبعیض، ممنوعیت تبعیض در مورد قراردادهایی است که به سبب تفاوت‌های انسانی از انعقاد قرارداد مبتنی بر فروش کالا یا خدمات خودداری می‌شود. آنچه محل مناقشه است: تقابل اصل آزادی قراردادی در انتخاب طرف قراردادی و اصل منع تبعیض است. اصل آزادی قراردادی در انعقاد دارای دو جنبه است: آزادی در خودداری معامله با دیگری و آزادی در وارد شدن به یک قرارداد با شخص یا اشخاص خاص. در نگاه اول انعقاد و وجود قرارداد یک تبعیض ظاهری در بردارد؛ مثلاً شما وقتی طرف معامله را انتخاب می‌کنید، یعنی آن را به دیگری نمی‌فروشید، در انتخاب طرف آزادی دارید. در این خصوص تبعیضی ناپسند محسوب می‌گردد که به نحو فاحشی مبتنی بر سن، جنسیت، نژاد و یا حتی تابعیت باشد. به طور مثال یک رستوران به خاطر مسائل نژادی یا مذهبی از ارائه سرویس خودداری کند، مذموم است.

در پرونده شلی علیه کرامر^۱ در آمریکا ساکنان یک منطقه مسکونی (۳۹ مالک) طی یک توافق‌نامه متعهد شده بودند که املاک خود را به سیاه‌پوستان انتقال یا اجاره ندهند. مالکین این توافق‌نامه دعوایی را علیه یک خریدار سیاه‌پوست اقامه نمودند و بر اساس توافق‌نامه مزبور، بطلان قرارداد خرید سیاه‌پوستی را خواستار شدند. دیوان عالی آمریکا ضمن اذعان به اینکه محاکم باید به مفاهیم سنتی حقوق قراردادی به عنوان احکام اولیه پایبند باشند، بیان کرد همین محاکم نباید قراردادهایی که یک حقوق بنیادین بشری در آن نقض شده را لازم‌الاجرا بدانند. در نتیجه ضمن معتبر ندانستن توافق مالکین، قرارداد را صحیح شمارد (Chirwa, 2006: 24). این در حالی است که در کانادا در سال ۱۹۴۰ در مورد مشابه، در پرونده کریست سیاه‌پوست^۲ در جایی که مدیر یک می‌کده از ارائه خدمت به سیاه‌پوست به خاطر نژادش خودداری می‌نماید، شکایت سیاه‌پوست در دادگاه عالی کانادا، به استناد اصل آزادی قراردادی در انتخاب طرف قراردادی، مردود اعلام می‌گردد (Trebilcock, 1993: 193).

در پرونده دیگری در ژاپن در مورد عدم ارائه خدمات حمام عمومی به افرادی غیر از ژاپنی‌ها، موضوع یک عمل نژادپرستانه و مخالف با برابری افراد شناخته شد.^۳ در این پرونده، از یک غواص روسی و یک آلمانی و دو آمریکایی که قصد استفاده از حمام معروفی را داشتند، ممانعت به عمل

1. Shelly v. Kraemer, 334 U.S.1(1948)

2. Christie V. York Corporation (1940)1C.L.R.81(S.C.C.Can.)

۳. یکی از علائق معروف در ژاپن حمام عمومی است.

آمد. بعد از طرح دعوی، علیه این حمام، نهایتاً دادگاه حکم داد عمل مالک حمام یک عمل نژادپرستانه بوده و آن را ممنوع اعلام کرد (Trstenjak & Weingerl, 2016: 16).

در پرونده پیترسون^۱ در سال ۱۹۶۳ آمریکا، دختران و پسران سیاه‌پوست از رأی دادگاه محلی که آن‌ها را محکوم به تجاوز به ملک یک فروشگاه عرضه کالا نموده بود، فرجام‌خواهی کردند. ادعای فرجام‌خواهان این بود که مالک فروشگاه به دلیل تبعیض نژادی و رنگ پوست، مانع از ورود آن‌ها به فروشگاه شده است و مالک فروشگاه نیز به حق آزادی قراردادی در انتخاب طرف استناد می‌نمود. دیوان عالی اقدام فروشگاه را محکوم کرد و ضمن تبرئه فرجام‌خواهان، مالک فروشگاه را ملزم به ارائه خدمات به شهروندان به‌دور از هر گونه تبعیض نژادی نمود (Chirwa, 2006: 23).

در این زمینه نیز مسئله تراحم حق‌ها که قبلاً به آن اشاره شد مطرح است. همان طور که حق آزادی قراردادی حقی اساسی و بنیادین در جامعه امروز است و بدون آن ادامه زندگی در دنیای اقتصادی امروز میسر نیست (Weber, 2013: 52; Sturmer, 2017: 35)، اعمال حق برابری نیز امری حیاتی تلقی می‌گردد. در خصوص تعادل میان آزادی قراردادی انتخاب طرف و مفاد قراردادی و برابری میان افراد به‌ویژه در بحث بازار و تحلیل اقتصادی کلان جامعه دورکین معتقد است برابری ارزشی مهم‌تر و بنیادی‌تر از آزادی است و حتی آزادی را محصول برابری می‌داند (موحد، ۱۳۸۴: ۳۳۴-۳۳۷). در این خصوص باید گفت زمانی که قانون‌گذار بر جنبه‌های خاص آزادی تأکید می‌کند، به‌هیچ وجه به اصل برابری و نقض حقوق بنیادین به استناد آزادی انتخاب پشت نکرده است (Colombi Giacchi, 2010: 3). چه اینکه عدم برابری خود منجر به نقض حقوق بنیادین و تبعیض میان افراد خواهد شد. اصل برآمده از برابری، اصل عدم تبعیض است که پیش‌ضرورت یک جامعه صلح‌طلب خواهد بود. در صدر اصول حقوق خصوصی نیز در کنار آزادی و به باور بعضی اصل تساوی مدنی قرار دارد که موجب منع هر نوع تبعیض است (بولانژه، ۱۳۷۶: ۸۱). از این‌رو محدودیت وارده به آزادی به دلیل حفظ برابری، تجاوز به آزادی در انتخاب طرف یا محتوای قرارداد نیست بلکه خود آزادی اعمال حق خودتعیین‌گری^۲ به‌دور از تبعیض است. در آراء مورد اشاره نیز برابری افراد حق مهم‌تری از حق آزادی قراردادی در انتخاب طرف قراردادی بیان شده است. اما نکته مهم این است که تبعیض در قراردادهایی ممنوع است که ارائه کالا یا خدمات جنبه نسبتاً عمومی

1. Peterson v. City of Greenville S.C., 373, U.S.244(1963)

۲. Self-Determination. وفق این حق شخص می‌تواند آزادانه تصمیم خود را به‌دور از هرگونه مداخله و تبعیض با رضایت‌مندی اتخاذ نماید.

داشته باشد. در واقع رعایت اصل عدم تبعیض در حوزه حقوق قراردادهای، عموماً در قراردادهایی که یک نمایشگاه عمومی برای عرضه کالا یا خدمات هست و یا راجع به یک خدمت عمومی که بخش خصوصی واگذار شده است، مطرح می‌گردد (Trebilcock, 1993: 189). حتی در مواردی که آگهی عمومی برای فروش یا مزایده گذاشته می‌شود که بین خریداران احتمالی فرقی قائل می‌شود و یا اگر یک خدمت عمومی به شخص یا اشخاص معینی پیشنهاد گردد، مشمول ممنوعیت ناشی از تبعیض می‌گردد (Trstenjak & Weingerl, 2016: 16) و الا در قراردادهای دیگر اساس و بنیان حقوق قراردادهای در آزادی و انتخاب طرف مخدوش می‌گردد.

۲-۲. سایر تبعیض‌ها در قراردادهای

گاهی تفاوت‌های طبیعی و یا سیاسی انسان‌ها در مفاد قرارداد، اجرا و یا خاتمه دادن به آن سبب نقض اصل برابری می‌گردد که ذیلاً بعضی از وجوه آن شامل تبعیض جنسیتی، مبتنی بر تابعیت و سن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

یکی از تبعیض‌های بسیار مذموم که در بسیاری جوامع مرسوم است، تبعیض جنسیتی است.^۱ بحث عدم تبعیض میان زن و مرد در روابط قراردادی میان کارگران یک شرکت، در پرونده دیفرن^۲ توسط دیوان اروپایی دادگستری مطرح گردید. در این پرونده، در اتحادیه اروپا^۳ طی یک آگهی استخدام و شرایط یکسان، زن‌ها و مردهایی با یک تیپ قراردادی در شرکت دیفرن هواپیمایی^۴ برای کار مهمانداری استخدام شدند. خانم گابریل^۵ با این ادعا که برای کار یکسان او از همکار مردش دستمزد کمتری می‌گیرد، به دیوان مربوط به شکایات هواپیمایی در بروکسل که راجع به اختلافات اعضاست، شکایت کرد. دیوان شکایت خانم گابریل را مردود اعلام کرد. او به دادگاه مربوطه در بروکسل تجدیدنظرخواهی کرد. دادگاه شکایت او را پذیرفت و عمل شرکت مستخدم را تبعیض آمیز قلمداد نمود (Walkila, 2016: 35). رویکرد دیوان اروپایی دادگستری در پرونده دیگر، دیفرن (II)^۶، نسبت به رعایت حقوق بنیادین در روابط افقی افراد بر ممنوعیت عدم تبعیض جنسیتی همانند مورد قبلی بوده است (Hartkamp, 2008: 89). این دیوان ممنوعیت عدم تبعیض بین زن و مرد را نه تنها

۱. در مقدمه و مواد ۲ و ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بر تساوی حقوق زن و مرد تأکید شده است. برابر ماده ۱۵ عهدنامه رفع هرگونه تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ در روابط قراردادی شهروندان، تبعیض جنسیتی سبب بطلان عمل حقوقی است.

2. Case: 43/75 Defrenne V. Sabena(I)1976ECR-455(ECJ)

3. Defrenne II, C-43175,EU.C.1976: 56.

4. Defrenne[The Belgian airline Company Sabena]

5. Gabrielle

6. Case:149/77 Defrenne V. Sabena(II)1978 ECR-1379(ECJ)

در روابط بین دولت و شهروندان مورد تأکید قرار داد بلکه در تمام توافقات و روابط افراد خصوصی و همچنین روابط کار قابل اعمال دانست. در مورد مشابه، طرفین یک قرارداد اتحادیه‌های کارگری در آلمان توافق کردند که حداقل دستمزد برای زنان کمتر از مردان باشد. دادگاه کار فدرال^۱ این شرط را غیرقانونی اعلام نمود،^۲ زیرا نقض اصل (۲)(۳) قانون اساسی^۳ بود و با استناد به ماده ۱۳۴ قانون مدنی باطل اعلام گردید (Lewan, 1968: 583). در مورد دیگری یک کارفرما اعلام کرد که به کارگران خود یک جایزه کریسمس می‌دهد، اما زنانی که شوهرانشان نیز مشغول به کار هستند، تنها دو سوم مردان دریافت خواهند کرد. دادگاه کار فدرال^۴ این شرط را نیز تبعیض آمیز و بلااثر دانست (Lewan, 1968: 584). در پرونده جنجالی تست - ای چتس^۵ به عکس تبعیض مبتنی بر ترجیح زنان بر مردان بود. در این پرونده قرارداد بیمه یکی از معیارهایی که در ریسک و حق بیمه مؤثر بود، جنسیت بود، به طوری که اگر بیمه‌شده مرد بود، مقدار ریسک بالا رفته و حق بیمه بیشتری برای همان مقدار پوشش بیمه‌ای نسبت به زنان باید پرداخت می‌شد. در واقع در شرایط مساوی، جنسیت در مقدار پوشش بیمه‌ای تفاوت داشت. دادگاه اروپایی حقوق بشر این شرط را برخلاف اصل منع تبعیض و رفتار مساوی بین زن و مرد دانسته و آن را مخالف دستورالعمل شورا و پارلمان اروپایی مصوب ۲۰۰۴ راجع به رفتار برابر و دسترسی یکسان زن و مرد به کالا و خدمات^۶ قلمداد نمود و نهایتاً شرط را باطل اعلام کرد (Trstenjak & Weingerl, 2016: 21).

تبعیض گاهی ممکن است ناشی از تمایز تابعیت باشد. در پرونده والرینو^۷ دیوان دادگستری اروپا منع تبعیض مبتنی بر تفاوت ملیت را نه تنها در روابط عمودی بلکه در روابط افقی جاری دانسته و آن را حاکم بر اصل آزادی قراردادی می‌داند (Walkila, 2016: 36-37). در پرونده عمل یک کارفرمای خصوصی که اجازه مرخصی و رفت و آمد آزاد را برای بعضی کارمندان هم‌ملیتی مجاز دانسته و در شرایط مساوی این تسهیلات را برای ملیت‌های خارجی در نظر نگرفته بود، مبتنی بر تبعیض شناخته

1. Bundesarbeitsgericht

۲. I. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, 258 (از این به بعد تحت عنوان BAG مورد اشاره قرار می‌گیرد).

۳. «بخش ۱: همه افراد در برابر قانون برابرند. بخش ۲: مردان و زنان دارای حقوق برابرند. بخش ۳: هیچ کس را نمی‌توان به خاطر جنسیت، نسب، نژاد، زبان، میهن و منشأ، اعتقاد، و یا دیدگاه‌های مذهبی و یا سیاسی او، ترجیح داد.»

4. BAG11-338

5. Case C-236/09 Test-Achats, ECLI: EU.C.2011:100.

6. Directive 2004/113/EC Implementing the Principle of Equal Treatment between Men and Women in the cases to and Supply of Goods and Services.

7. Case: 36/74 Walrave en Koch V. Union Cycliste 1974 ECR-1405(ECJ)

شد. در پرونده‌های متعدد دیگری همین رویکرد با موضوع مشابه اتخاذ گردید.^۱ عدم تبعیض گاهی بر مبنای سن است. در پرونده کوکوکدوشی آلمان^۲ در قرارداد کار قید شده بود، چنانچه کارگر حداقل ۱۰ سال، سابقه کار، پیدا نماید، بعد از ۱۰ سال، قرارداد به طور دائمی، تمدید می‌گردد. در این پرونده کارگر (خانم کوکوکدوشی)، اخراج می‌شود و در نامه اخراجی قید شده است که سابقه کار شما به ۱۰ سال نرسیده و بر این اساس طبق قرارداد خصوصی تا ۱۰ سال کارفرما یک طرفه حق خاتمه قرارداد را داشت. این در حالی بود که از طرفی کارگر قبل از سن ۲۵ سالگی، استخدام شده بود و سابقه او بیش از ۱۰ سال بود اما برابر مقررات آلمان، برای محاسبه سابقه فعالیت، قبل از سن ۲۵ سالگی سابقه کار مورد محاسبه قرار نمی‌گرفت. دادگاه دوسلدورف این مسئله را مطرح کرد که هدف مجلس از تصویب این قانون این بوده که کارگران جوانی که از موقعیت شغلی بهتری برخوردارند، اخراج شوند و هدف اصلی ایجاد شرایط مطلوب در جامعه است نه اینکه به طور تبعیض آمیزی سبب تضییع حق ایشان گردد. موضوع پس از طرح در دیوان دادگستری اروپا، با این استدلال که اصول منع تبعیض، شامل سن نیز می‌باشد و این اقدام کارفرما عملی ضدبرابری است،^۳ اخراج را مردود اعلام نمود. همین رویکرد در پرونده منگولد^۴ در روابط قراردادی کار اتخاذ گردید.

در آراء مورد اشاره اصل برابری در سلسله مراتب هنجاری، دارای موقعیت مرجعی شناخته شده است. به نظر می‌رسد نمی‌توان یک ملاک ثابت در همه موقعیت‌ها ارائه داد. از یک سو باید در تعادل حق‌ها آثار سوء هر یک را در نظر داشت و از سوی دیگر برابری را در کنار آزادی تفسیر نمود. به عبارتی اثر آزادی قراردادی نفی دخالت دیگران است اما لازمه آن این است که افراد بتوانند در یک سطح برابر بدون دست‌یازی به حقوق یکدیگر به برقراری روابط اجتماعی بپردازند. در واقع ضروری است اصل حاکمیت اراده دوشادوش اصل برابری تعریف شود (Gutmann, 2013: 40). برخی آزادی را ارزشی تلقی نموده که محصول برابری است (موحد، ۱۳۸۴: ۳۳۷-۳۳۴) برخی برآنند که برابری طرف‌ها یکی از قواعد عالی است که صحت قرارداد منوط به رعایت است (لوک‌اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۸۹). اما در مدل مدنظر ما حاکمیت اراده اساس قرارداد است اما اشخاص امکان اعمال حقوق خود را به نحو برابر دارند. به دور از اغراق باید گفت، محدودیت وارده به آزادی به دلیل حفظ برابری، تجاوز به آزادی در انتخاب طرف یا محتوای قرارداد محسوب نمی‌گردد. حتی هم‌سو با بعضی نظریه پردازان

1. Bosman C-415-93 EU.C.1995/Forcheri, 152-82 EU.C.1983/Cowan, 186-87 EU.C.1989.

2. Case: C-555/07(Kucukdeveci V. Swedex Gmbh Co.)ECJ, 2010.

3. Kucukdeveci, C-555/07,EU.C.2010.

4. Case C-144/04, Werner Mangold V. Rudiger Helm(2005)ECR I-9981.

نیز می‌توان ادعا نمود در نظریه کلاسیک، پیش‌فرض آزادی قراردادی، برابری طرف‌ها بوده است (Shiffrin, 2009: 290-293; Cohen, 2009: 192-196). در این رهاورد، باید تقدس قرارداد، به مفهوم سنتی کنار گذاشته شده و در مقابل اداره آن با معیار معقولیت و حفظ برابری ملاک عمل قرار گیرد. این ملاک منجر به این می‌شود که اصل حاکمیت اراده همچنان اصلی پایدار و بنیادین در ایجاد ماهیت اعتباری قرارداد باشد اما جوهره آن احترام به حقوق بنیادین افراد و برابری ایشان باشد.

۳. تحلیل وضعیت در حقوق قراردادهای ایران

قانون اساسی پیمان بین مردم و دولت است و نماد همان قرارداد اجتماعی است که پایه آن حفظ حقوق و آزادی‌های مردم در مقابل دولت است و نه حفظ قدرت دولت در برابر مردم (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۳). با اتکاء به این مبنا اصلی را تحت عنوان اصل حمایت از حق در مقابل قدرت می‌توان پذیرفت. نگارنده قانون اساسی در اختصاص سومین فصل از قانون اساسی به حقوق ملت هدفی جز حمایت و صیانت از حق‌های اساسی و آزادی‌های مشروع و حفظ کرامت انسانی را نداشته‌اند.

در خصوص حیثیت و منزلت انسانی در این نظام باید یادآور شد جمهوری اسلامی برابر اصل دوم قانون اساسی، بر پایه ایمان، کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا بنا نهاده شده است. آیه «وقد کرّمنا بنی آدم»^۱ نگرش دین اسلام به کرامت ذاتی انسان را اثبات می‌نماید. مبانی کرامت ذاتی انسان از دیدگاه اسلام، آزادی، اراده و اختیار، قدرت تعقل، داشتن وجهه نفخه الهی و خلیفه‌الله بودن^۲ معرفی شده است (رحیمی نژاد، ۱۳۹۰: ۱۲۱-۱۱۹). برابر اصول ۱۰ و ۴۳ خانواده مهم‌ترین واحد بنیادی جامعه اسلامی بوده که همه قوانین و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی، وضع گردند. برابری انسان‌ها صرف‌نظر از جنسیت، نژاد، رنگ و مانند این‌ها در اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته شده است. این بدان معناست که هدف یا مصلحتی بالاتر از کرامت انسانی در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. در نتیجه کرامت خود منبع و منشأ سایر اصول و قواعد بوده و در صورت تعارض اصل یا قاعده‌ای با آن، کرامت انسانی بر آن حاکم بوده و آن اصل یا قاعده را محدود می‌سازد. از طرفی عدالت قضایی در کنار کرامت انسانی به‌عنوان اصل پیش‌فرض فقهی شناخته شده است (محقق داماد و اسفندیاری فر، ۱۳۹۸: ۲۶).

اگرچه در قانون اساسی صراحتاً اصل آزادی قراردادی به‌عنوان حقی بنیادین شناخته نشده اما نظام

۱. اسراء، ۷۰.

۲. بقره، ۳۰.

حقوقی ایران با توجه به اصل چهارم قانون اساسی و سایر اصول مندرج در فصل اول و دوم قانون اساسی بر پایه حقوق اسلامی و حق‌های بنیادین ملت بوده و در بادی امر نظامی ارزش‌محور به‌نظر می‌رسد، اما روش و منابع حقوق اسلامی به‌عنوان ابزار و منشأ قواعد و همچنین نقش مصالح کشور با حکم حکومتی در تعیین قواعد، نشانگر تعامل ارزش‌ها و واقعیات در این نظام است (نیکویی، ۱۳۹۳: ۱۷۸-۱۷۳). در این رهاورد نگاه ما در اعمال حق‌های بنیادین و اساسی حقوق بشری در حقوق قراردادها، هم ارزش است و هم واقعیت.^۱ با این‌وصف وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در صورت خلأ قانونی و یا اجمال آن می‌توان به اصول ارزشی یادشده در قانون اساسی یا سایر منابع شرعی رجوع نمود. به هرروی به دلایل ذیل می‌توان تأثیر این حقوق در قراردادها را پذیرفت:

الف) حقوق اساسی با عنایت به اصل ۷۲ به‌عنوان هنجار برتر حقوقی در نظام حقوقی بوده و هیچ قانون یا قاعده‌ای از جمله مقررات حقوق قراردادها نباید با آن مغایر باشد. در تفسیر قوانین نیز اصول قانون اساسی در مرتبه بالاتری قرار داشته و به‌عنوان اصول کلی حقوقی تلقی می‌گردند. برای تأثیر حقوق بنیادین در روابط قراردادی باید پذیرفت که اصول قانون اساسی دارای ویژگی هنجاری بوده و حتی بدون اتکاء به قوانین عادی قابل استناد توسط محاکم بوده و حتی اگر قوانین عادی بر خلاف اصل ۷۲ به تصویب رسد که مغایر با قانون اساسی باشد، به نظر می‌رسد دادگاه‌ها باید قانون اساسی را بر آن ترجیح دهند.

ب) حمایت از حق‌های اساسی فقط اختصاص به رابطه بین دولت و مردم نبوده و از این‌نظر قصد مقنن حمایت از این حق‌ها در روابط خصوصی افراد نیز بوده است. در فقه روایت مربوط به سمره در وارد شدن به منزل مرد انصاری و دستور پیامبر به قلع ماده نزع، زیان وارده به مرد انصاری زیان مادی نبوده است و دستور توقف فعل زیان‌بار برای حفظ حقوق مربوط به کرامت و حفظ حریم خانه و خانواده بوده است. در این خصوص شأن این روایت چیزی جز جبران خسارت معنوی و احترام به کرامت انسانی نبوده است. در قرآن نیز حیات معنوی مهم‌تر از حیات مادی تلقی گردیده و خطر تهدید حیات معنوی شدیدتر از حیات مادی بوده است. (بقره، ۱۹۱) اصل ۱۷۱ قانون اساسی و مواد ۱، ۲ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی در جبران ضرر معنوی تأکیدی بر کرامت انسانی است. همچنین تصویب قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی تأکید قانون‌گذار به کرامت

۱. رویکرد ارزشی با نگاه به مبنا، هدف و منطق حقوق، اعتبار قاعده حقوقی را در تطابق با ارزش‌ها نشان می‌دهد و غالباً به روش قاعده‌محور است. اما رویکرد واقعیت‌ها مبتنی بر روش عمل‌محور است که به کارکرد یک نهاد حقوقی در عمل و تطابق قواعد آن با کارکردهای آن می‌نگرد.

انسانی و حق‌های اساسی است.

ج) با لحاظ اصل حاکمیت اراده حقوق قراردادی بر اساس احترام به اشخاص و ارزش‌گذاری به حقوق فردی بنا نهاده شده است، از این جهت دادگاه‌ها باید اطمینان حاصل نمایند که حقوق قرارداد با مبانی حقوق بشر و قانون اساسی مطابقت دارد. در نتیجه این حقوق از زمره تعهدات کلی جامعه جهانی بوده که استثنای پذیرند.^۱ در روابط خصوصی نیز با تکیه بر نظم عمومی در این زمینه می‌توان آن‌ها را مورد حمایت قرار داد. در این زمینه باید اذعان داشت احترام به اصل آزادی قراردادی و تقدس قرارداد در لوای قواعد یا اصولی نظیر تسلیط، اقدام، لزوم، شروط، صحت توجیه می‌شود که همگی منجر به پذیرش بلامنازع اصل حاکمیت اراده و آثار آن است که هر گونه مداخله در قرارداد به بهانه ناعادلانه بودن و مخدوش شدن اراده مسموع نیست. اما در کنار آن قواعدی نظیر لاضرر، نفی عسر و حرج، حسن نیت و اصل عقلایی بودن، مبین عدم اطلاق این آزادی است. برای تطبیق ادله دو دسته قواعد و اصول یادشده، باید یکی را عام دانست و دیگری را خاص. به نظر می‌رسد قواعد و اصول دسته اول را که معرف اصل آزادی قراردادی اند را باید عام تلقی نمود، زیرا اساس شکل‌گیری و تفسیر قرارداد بر پایه آن‌ها صورت می‌گیرد اما دسته دوم را که معرف عدم اطلاق آزادی اند و به سبب ایجاد شرایطی ناعادلانه که منشأ اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و حقوق بشری دارند را خاص دانست. از این جهت خاص مزبور، عام را تخصیص می‌زند. با این وصف می‌توان دست از اطلاق اصل حاکمیت اراده برداشته و فراتر از نهادهای سنتی نظیر عیوب اراده و اشتباه، به حمایت از حق‌های بنیادین برخاست.

د) در زمینه تعادل میان حق آزادی قرارداد و سایر حقوق بنیادین بحث در مورد قابلیت اسقاط یا سلب حق بنیادین مطرح است. وفق ماده ۹۶۰ قانون مدنی حقوق مرتبط با حریت انسانی ولو به‌طور جزئی هم قابل انصراف نیست. به‌طور مثال تعهد بر عدم استفاده از آزادی در موضوعی کلی نظیر تعهد بر عدم مراجعه به مقامات قضایی، خود محدودکننده آزادی است و مخالف نظم عمومی است. اما در تفسیر ماده ۹۵۹ دو نظریه کلی با استدلال‌های مختلف وجود دارد: گروهی بدون تفکیک در نوع حقوق خاصه مندرج در ماده، سلب حق به‌طور جزئی به‌طوری که صادق بر افراد عدیده نبوده و فقط بر یک فرد، نظیر سلب حق مالکیت از شیء معین یا حق خرید خانه معین، است را امکان‌پذیر دانسته‌اند (صفائی و قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۲۵-۲۴). هم‌سو با این نظر، عده‌ای سلب حق جزئی را نه تنها در مورد

۱. در نظام بین‌المللی حقوق بشر عرف عام‌الشمول بوده و امکان رزرو در معاهدات و اسناد حقوق بشری وجود ندارد. زیرا ریشه عمیق در اراده و خواست جامعه انسانی دارند و بیش از آنکه توافق دو یا چند کشور یا منافع طرف‌های آن باشند، حقوق فطری بشریت را به‌منصه ظهور رسانده‌اند (عسکری، ۱۳۹۰: ۴۵-۴۴).

مصدق معین بلکه همراه با تعیین مدت، جایز می‌دانند و اگر هر یک نباشد، آن را غیرقابل سلب می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۱۰-۲۰۹). گروه دوم حقوق‌دانانی‌اند که در نوع حقوق مورد نظر ماده تفکیک قائل شده‌اند و برخی را ولو به‌طور جزئی نیز غیرقابل سلب می‌دانند. در این زمینه برخی حقوق مدنی مورد اشاره در ماده را از جمله حقوق کلی مدنی مترادف با حق تمتع دانسته و مبنای آن را ذات و وجدان نوع بشر تلقی می‌کنند که مخصوص انسان بالطبع و پرتوی از آزادی اوست که در زمره حقوق مالی و اموال اشخاص به حساب نمی‌آید و در نتیجه ماده ۹۵۹ را دارای مفهوم مخالف نمی‌دانند (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۳۱، ۱۳۵، ۱۴۱ و ۱۴۴). در این گروه برخی دیگر حقوق مندرج در ماده ۹۵۹ را وابسته به شخصیت معنوی انسان از قبیل حیات، سلامتی، آزادی، احساسات، افکار و شهرت دانسته و سلب آن را ولو جزئاً ممنوع می‌دانند (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۵: ۳۰). عده‌ای در این گروه، حقوق مدنی را به نسبی و مطلق تقسیم کرده‌اند: حقوق نسبی مصادیقی از حق‌های فردی است که به نفع شخصی در برابر دیگران در موقعیت‌های خاص حقوقی است، نظیر حق شفعه در فلان معامله یا حق خیار در فلان قرارداد که قابل سلب دانسته و حقوق مطلق همان حقوق طبیعی انسان است که همان حقوق مدنی، سیاسی - اقتصادی مرتبط با اسناد حقوق بشری و غیرقابل سلب است (ایمانیان و دیگران، ۱۳۸۲: ۸-۹ و ۲۸-۲۱). در همین راستا برخی دیگر به تفکیک معانی حق در این ماده برآمده‌اند: یکی معادل «Right» است که حق در معنای خاص مانند حق عینی و دینی است که به‌طور جزئی قابل اسقاط است. دو معنای دیگر حق تمتع (همان توانایی بهره‌مند شدن از حق) و حق استیفاء (توانایی اجرای حق) است که دو نوع آخر چون لازمه آزادی حقوقی فرد است، در زمره حکم شرعی بوده و حتی به‌طور جزئی نیز قابل سلب نیست (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۶۹-۱۷۰).

به‌نظر می‌رسد با توجه به بیان و جایگاه ماده مزبور که در مقام بیان حقوق مرتبط با شخصیت و حقوق انسانی است و نه بیان قواعد خاص، به‌ویژه اینکه در ماده ۹۵۸ راجع به تمتع از حقوق مدنی بحث شده و ماده ۹۶۰ نیز به وجه آزادی و حریت که از ویژگی‌های ذاتی انسان است، باید گفت ماده ۹۵۹ نیز از سنخ این نوع حقوق است. لذا می‌توان با حقوق‌دانانی که سلب حقوق مدنی در معنای حقوق مدنی کلی مرتبط با حقوق بالذاته انسانی را ممنوع می‌دانند، موافق بود. زیرا حق تمتع از حقوق مدنی مندرج در ماده ۹۵۹ برای حمایت از آزادی اشخاص و توانایی دارا شدن حق و تکلیف بوده و برای اجرای یک حق قانونی در موقعیت و شرایط ویژه حقوقی نظیر حق فسخ در معامله خاصی نیست. وصف «به‌طور کلی» در ماده ۹۵۹ از نگاه تفسیر اصولی نیز خود نتیجه‌ای را بر خلاف قاعده و اصول حقوقی دارد که دارای مفهوم مخالف نیست. لذا با قرارداد نمی‌توان از حریت، حق بر ازدواج و زندگی خانوادگی ولو به‌طور محدود انصراف داد. اصل برابری نیز ایجاب می‌نماید در جایی که خدمت یا

کالایی که عمدتاً برای عرضه عمومی ارائه می‌گردد، نمی‌توان به‌نحو تبعیض‌آمیزی طرف قراردادی را انتخاب نمود و یا در مفاد و اجرای قرارداد تبعیض‌های مذمومی نظیر نژاد، جنسیت و... اعمال نمود.

در مبانی فقهی نیز می‌توان گفت حق‌های بنیادین و اساسی دارای ویژگی حکمی هستند. حق‌های بنیادین جنبه تکلیفی داشته و نقض کرامت انسانی و حق ازدواج یا مسکن تکلیفی به‌عهده همه اطراف عمل حقوقی است. در این زمینه نباید فراموش کرد که به‌کار بردن اصطلاح حق در مورد حقوق بنیادین یا حقوق اساسی در مقابل حکم قرار نمی‌گیرد. نمی‌توان از صرفاً اطلاق لفظ حق آن را در مقابل حکم قرار داد. تعبیر حق در معنای لغوی بوده و الا در معنای اصطلاحی دارای ویژگی حکم است. مثلاً در مواردی مثل حق ولایت صرف استفاده از واژه حق، ناشی از مسامحه بوده و حکم تلقی می‌گردد (اصفهان‌کی‌کمپانی، ۱۴۱۸: ۴۰-۳۹). در نتیجه حق‌هایی نظیر حیات، آزادی و کرامت حق صرف نبوده و شخص نمی‌تواند از آن‌ها صرف‌نظر کند. در صورت تردید در حق یا حکم بودن با رجوع به اصول و قواعد و باقی بودن شک کلیه آثار حق و حکم از آن نفی می‌گردد. در نتیجه امکان اسقاط و انتقال نیز از آن نفی گردیده و آنچه در عمل رخ می‌دهد، حاکمیت اصل عدم حق خواهد بود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹۱). در واقع حقی که قابل اسقاط یا انتقال نیست حکم است و نه حق (قنوتی و جاور، ۱۳۹۰: ۲۳).

لذا با قرارداد نمی‌توان از حریت، ولو به‌طور محدود و جزئی انصراف داد. اصل برابری نیز ایجاب می‌نماید وجه التزام گراف یا شروط ناعادلانه در قراردادهای الحاقی ممنوع باشد.

ه) در رویه قضایی نیز می‌توان توجه به کرامت انسانی و حقوق بشر در حقوق قراردادی را ملاحظه نمود. رأی بسیار مستدل و جالب با تکیه بر کرامت انسانی، قرارداد مخالف با حیثیات انسانی را لازم‌الاجرا ندانسته که مهر تأییدی بر امکان‌پذیری تأثیر حق‌های بنیادین در حقوق قراردادی است.

مردی در ازدواج دوم، بر همسر دوم چنین شرط می‌کند: «ضمن عقد خارج لازم، زوجه این شرط را پذیرفت که نسبت به انجام کارهای منزل و نگهداری و جمع‌آوری همسر اول زوج، تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی‌نفع شرط)، دعوای الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروط‌علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین (شعبه اول ارسنجان)، به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۹۲۹۰۰۸۵۸ حکم به الزام صادر می‌کند ولی دادگاه تجدیدنظر رأی را نقض می‌کند. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر فارس در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۵۵۹ بیان می‌کند، اگرچه شرط فعل ضمن عقد مورد دعوا در پرتو اصل آزادی اراده، مدنظر واقع شده، اما صحت و نفوذ شرط مذکور با تردید جدی روبروست. زیرا اولاً اصل آزادی قراردادی، مطلق نیست تا در هر صورت موجب اعتبار شروط ضمن عقد باشد. شرط مورد اشاره به‌لحاظ ایجاد وابستگی شخصیت متعهد از حیث اجتماعی و اقتصادی به دیگری، موجب سلب آزادی وی و مخدوش کردن «کرامت انسانی»

ایشان است. پرهیز از رفتارهای غیرانسانی مانند «بیگاری» از جمله مفاهیمی است که در اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته (ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر و مقدمه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، در نظام‌های حقوقی معاصر نیز رعایت مفاهیم بنیادین حقوق بشری در حقوق خصوصی ضروری تلقی شده و شروط مخالف با این حقوق که موجب سلب آزادی متعهد و الزام به انجام امور مشقت‌بار است، تحت عنوان «شروط غیر منصفانه» باطل و بلااثر است. به همین لحاظ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بند ششم اصل دوم، این حقوق را محترم شمرده و مقدم بر حقوق خصوصی افراد دانسته است. ثانیاً «اخلاق والای اجتماعی» ایجاب می‌کند که شروط قراردادی موجب سلب آزادی متعهد و سبب اخلال در معیشت او نگردد، قراردادی که فرد را ملزم می‌کند، بدون محدودیت زمان و به‌طور دائمی عملی را بدون مزد انجام دهد، جان و حیثیت وی را در معرض نابودی قرار می‌دهد. شرط مراقبت از دیگری تا پایان عمر از مصادیق سلب آزادی و خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است که به موجب مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، باطل است. ثالثاً در کلیه قراردادهای مربوط به شخصیت به معنای عام مانند اجاره اشخاص و هر نوع التزام شخص در مقابل دیگری بنابه نظر منتسب به مشهور فقهای عظام، به لحاظ حفظ کرامت انسانی و پرهیز از غرری شدن، درج مدت ضروری است والا عمل حقوقی باطل است. رابعاً مبنای عقلایی بودن شرط با توجه به حیثیت انسانی با توسل به مبانی فقهی، شرط صحت آن است. در نتیجه دادگاه رأی بدوی را نقض و شرط را مشمول شروط باطل تلقی نمود.

به نظر می‌رسد این رأی نقطه عطفی در رویه قضایی خواهد بود. تا از سویی با توسل مستقیم به حق‌های اساسی در قانون اساسی و اسناد بین‌المللی حقوق بشر حق‌های اساسی مورد حمایت در روابط شهروند - شهروند (روابط افقی) قرار گیرد و حقوق بشر فقط مختص دولت - شهروند (روابط عمودی) نباشد (روش اساسی‌سازی مستقیم). از طرف دیگر توجیه و نفوذپذیری حقوق بنیادین با استفاده از ابزارهای حقوق خصوصی نظیر نظم عمومی، استفاده از ملاک ماده ۹۶۰ و یا اصل معقولیت و یا هم‌سو با دکترین حقوقی و استفاده از مبانی فقهی، حیثیات انسانی را ارج نهاده و شرط مخالف آن را بلااثر می‌داند (اساسی‌سازی غیر مستقیم). به نظر می‌رسد قانون اساسی به‌عنوان هنجار در تفسیر قوانین عادی و روش استنادی غیر مستقیم روش مناسب در حقوق ایران است و محاکم نیز با این روش می‌توانند به عدالت قضایی منظور دست یابند.

شایان ذکر است در زمینه شروط وجه التزام گزاف و شروط ناعادلانه و قراردادهای الحاقی آراء

متعددی با تکیه بر اصول و مبانی حقوق بشر و حق‌های اساسی صادر شده است^۱ که نویدبخش توجه محاکم به حق‌های بنیادین در قانون اساسی و اسناد حقوق بشری است.

نتیجه

ذات و جوهره حقوق بنیادین بشری چنان خدشه‌ناپذیر است که ماهیت و جوهره وجودی انسان و هنجارهای قواعد فردی و اجتماعی بدون این ذات، قدرت الزام‌آوری خود را از دست می‌دهند. قواعد برآمده از حقوق بنیادین بشری از نظر ماهوی یک قاعده حقوقی کلی را بیان می‌کنند. حقوق بشر در حوزه قراردادهای می‌تواند یک نقش دوگانه داشته باشد: یکی اینکه قاعده رفتاری برای طرفین قراردادی باشد. به طوری که در مراحل مختلف قراردادی اعم از انعقاد و اجرا و تفسیر، متعاقبین را ملزم به رعایت پاره‌ای از رفتارها و ترک برخی اقدامات نماید. دیگر اینکه یک معیار ارزشی برای دادرسی باشد و از این حیث به قاضی امکان اعمال ضمانت اجرا از طریق تلقی حقوق بشر به عنوان اصل کلی حقوقی و یا تفسیر به نفع انسانیت با ابزارهایی مثل ممنوعیت سلب حقوق مدنی کلی و یا نظم عمومی و اخلاق حسنه دهد. با این وصف حقوق قرارداد تنها یک نظام حاکمیت اراده برای توزیع کالا بین طرفین قرارداد نیست بلکه تابع یا مرتبط با نظام ارزشی از جمله حقوق بنیادین است. در واقع حقوق بشر در حوزه قراردادهای، با گذر از قاعده اخلاقی به قاعده حقوقی، صرفاً محدود به این نمی‌شود که متعاقد یا تاجر خوب بسازد، بلکه با این هدف اعمال می‌گردد که تجارت حقوقی که از طریق قراردادهای جریان می‌یابد، امنیت و احترام به شئون انسانی را نیز برقرار سازد.

آنچه از حقوق بشر در حقوق قراردادهای باید مورد لحاظ قرار گیرد، اصول شناخته شده آن است که خود می‌توانند به عنوان اصولی هم‌سو با اصول سنتی در حقوق قراردادهای، نقش ایفا نمایند. در حقوق قراردادی یکی از وجوه اصل حیثیت انسانی، از دیرباز با احترام به خواست و اراده انسانی، تحت اصل حاکمیت اراده، مورد لحاظ قرار گرفته شده است. حتی با ابزارهایی چون نظم عمومی حمایتی، از نفوذ قراردادهایی که صدمه عمده‌ای به جسم یا حیثیت انسانی را به عمل آورد، جلوگیری شده است اما با توسعه وجوه حقوق بشر و پیچیدگی‌های زندگی امروزی بشر، نهادهای سنتی کافی برای حمایت همه‌جانبه بر حق‌های بنیادین و اساسی نبوده است. حریت انسانی که مبین کرامت ذاتی

۱. در دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ شعبه ۳ دیوان عالی که تعیین وجه التزام بیش از ثمن معامله از مصادیق شرط غرری و داراشدن غیرعادلانه بوده و شرطی نامشروع تلقی شده است. در دادنامه‌های ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۴۵۱ شعبه ۲۴ تجدیدنظر فارس و ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۷۵ شعبه ۲ حقوقی کامیاران، وجه التزام گزاف مخالف اصل معقولیت و حیثیات انسانی شناخته شده است.

او و احترام تمام وجوه زندگی انسانی اوست، جوهر عدالت، برابری و عدم تبعیض میان انسان‌هاست. از این جهت رویکرد حقوق بشر به حق‌ها مساوات‌طلبانه است تا انسان‌ها به‌طور برابر، فرصت‌ها را به‌دست آورده و حقوق خود را در شرایط برابر اعمال نمایند. در این رهاورد ضروری است، اصل حاکمیت ارادهٔ دوشادوش اصل برابری تعریف شود. در این مدل، حاکمیت اراده اساس قرارداد است اما اشخاص امکان اعمال حقوق خود را به‌نحو برابر دارند. در تحلیل اعمال آن‌ها در حقوق قراردادی می‌توان گفت حق‌های برآمده از اصول مزبور حقوق کلی مدنی هستند که از طریق قرارداد قابل انصراف و اسقاط نیست. از طرف دیگر آزادی باید مفهومی تلقی گردد که هم مبین حق اساسی فرد در حوزهٔ حقوق خصوصی بوده که دارای ویژگی خواست‌طرف به‌دور از هرگونه مداخله است و هم تضمینی برای حفظ شئون انسانی، کرامت و ارادهٔ اوست. در نتیجه نقض حقوق بشر مغایر با نظم عمومی بوده و سلب حق بنیادین بشری ولو به‌طور جزئی به وسیلهٔ قرارداد ممنوع است.

منابع

فارسی

- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۸۵)، حقوق تعهدات: کلیات حقوق تعهدات و وقایع حقوقی، جلد ۱، چاپ ۳، تهران: میزان.
- ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمدعیسایی تفرشی (۱۳۸۲)، «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۷، شماره ۱.
- بولانژه، ژان (۱۳۷۶)، «اصل کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه دکتر علیرضا محمد زاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۶، ش ۱۰۵۸.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۵)، نسبت آزادی و قانون، در کتاب حکومت قانون و جامعه مدنی (مجموعه مقالات به همت دکتر ناصر کاتوزیان و همکاران)، تهران: مرکز مطالعات حقوق بشر دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- جونز، پیتر (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق (حق‌ها) مبانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، تهران: میزان.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل (۱۳۹۰)، «نگرش اسلامی به کرامت انسانی»، مجله معرفت حقوقی، سال اول، شماره ۲.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸.
- صفائی، سیدحسین، سیدمرتضی قاسم زاده (۱۳۷۸)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، ج ۴، تهران: سمت.
- طهماسبی، علی (۱۳۹۱)، «فزون خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳.
- عسکری، پوریا (۱۳۹۰)، حق شرط بر معاهدات حقوق بشری، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۳۸۸)، حقوق بشر در جهان معاصر: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، جلد ۱، چاپ ۲، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۵)، «تحدید حقوق و آزادیها»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۱۰.
- قنوتی و جاویر، جلیل و حسین (۱۳۹۰)، «حریم خصوصی: حق یا حکم»، مجله حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۳۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کانت، ایمانوئل (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی‌دره‌بیدی، چاپ ۴، تهران: نقش و نگار.
- گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۷)، «حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟»، مجله

تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷.

- لوک اوبر، ژان، فرانسوا کولاردوتیول (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات: قراردادها، ترجمه مجید ادیب، تهران: میزان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ ۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی و خشایار اسفندیاری فر (۱۳۹۸)، «عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۸.
- مسلم زاده، محمد (۱۳۹۴)، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، پایان نامه برای دریافت درجه دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- موحد، محمدعلی (۱۳۸۴)، در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، چاپ ۳، تهران: کارنامه.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۴)، دین و کرامت انسانی، مندرج در مجموعه مقالات همایش بین المللی مبانی نظری حقوق بشر، قم: مرکز مطالعات حقوق بشر دانشگاه مفید.
- نیکویی، مرضیه (۱۳۹۳)، «تعامل ارزش و واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی»، مجله فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۶.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، چاپ ۶، تهران: میزان.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، حقوق بشر و آزادی های اساسی، چاپ ۳، تهران: میزان.

عربی

- اصفهانی کمپانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، قم: نشر انوارالمهدی.
- بحر العلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق)، بلغیه الفقهیه، جلد ۱، چاپ ۴، قم: منشورات مکتب الصادق.

انگلیسی

- Barak, Justice Aharon (1996); "Constitutional Human Rights and Private Law", *Yale Law School Faculty Scholarship Review of Constitutional Studies*, Vol. III, No.2.
- Brownsword, Roger (2001); **Human Rights in Private Law**, edited by Daniel Friedman and Daphn Barak-Erez, Oxford and Portland Orgeon: Dr. Hart Pub.
- Busch, Christoph (2011); *Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States*, in *EU Compendium Fundamental Rights and Private Law: A Practical Tool for Judges*, Munich: European Law Publisher (University of Osnabruck).
- Cherednychenko, Olha (2007); "Fundamental Rights and Private Law: A Relation ship of Subordination or Complementarity?" *Utrecht Law Review: Pub. Igitur*, Vol. 3, Issue 2.
- Chirwa, Danwood Mzikenge (2006); "The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective", *Law, Democracy & Development University of Cape Town*, Vol 10, No 2.
- Chrenkoff, Arthur (1996); "Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea", *Journal of Legal Philosophy*, vol. 21.
- Cirtautiene, Solveiga (2013); "Impact of Human Rights on Private Law in Lithuania and Other European Countries: Problematic Aspects",

Jurisprudence, No. 20(1).

- Cohen, Morris R. (2009); **The Basis of Contract**, in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, Vol. 120, 4th ed., New York, Harvard Law Review (Wolters Kluwer Law & Business).
- Collins, Hugh (2012); **On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law**, vol. 7, London: LSE Law (Society and Economy Working Papers).
- Colombi Ciacchi, Aurelia; "Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union", **European Review of Contract Law**, vol. 3, 6 ERCL, 2010.
- Deutch, Sinai (1977); **Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability**, Toronto, Lexington Books D. C. Heath and Company.
- Flessner, Alex (1994); **Freedom of Contract and Constitutional Law in Germany**, in Freedom of Contract and Constitutional Law, edited by Alfredo Mordechai Rabello and Petar Sarcevic Hamaccabi: The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law (The Hebrew University of Jerusalem).
- Gutmann, Thomas (2013); "Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract", **Law and Contemporary Problems**, Vol.76:39, No. 2.
- Hager, Johannes (2008); **Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, Netherlands: Pub. Wolters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Hartkamp, Arthur S. (2008); **Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, The Netherlands: Pub. Wolters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Leible, Stefan (2008); **Fundamental Freedoms and European Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, Netherlands: Pub. Wolters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Lewan, Kenneth M. (1968); "The Significance of Constitutional of Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany", **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 17.
- Lytvyniuk, Anna (2010); **Fundamental Rights Operation in Private Law**, Hamburg: Verlag Dr. Kovac Pub.
- Mak, Chantal (2008); **Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England**, Netherlands: Pub: Kluwer Law International.
- Marella, Rosaria Maria (2008); **Human Dignity in a Different light: European Contract Law, Social Dignity and The Retreat of The Welfare State**, In Constitutional Values and European Contract Law, The Netherlands: Pub. Wolters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Oliver, Dawn, Jorge Fedtke (2007); **Human Rights and the Private Sphere- The Scope of the Project (Comparative Study)**, London and New York: Routledge- Cavendish Taylor & Francis Group.

- Ribeiro, Goncalo De Almeida (2017); *The Effects of Fundamental Rights in Private Disputes*, in *European Contract Law and Charter of Fundamental rights*, edited by Hugh Collins, Itersentia: Cambridge-Antwerp-Portland.
- Shiffrin, Seana Valentine (2009); **The Divergence of Contract and Promise**, in *Perspectives on Contract Law*, edited by Rany E. Barnett, Vol. 120, 4th ed., New York, Harvard Law Review (Wolters Kluwer Law & Business).
- Sturmer, Michael (2017), **How Autonomous Should Private Law Be? Elements of private Law Constitution**, in *European Contract Law and Charter of Fundamental rights*, edited by Hugh Collins, Itersentia: Cambridge-Antwerp-Portland.
- Trebilcock, Michael J. (1993); **The Limits of Freedom of Contract**, Cambridge, Massachusetts and London: Pub. President and Fellows of Harvard College (Harvard University Press).
- Trstenjak, Verica, Petra Weingerl (2016); **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Cham Heidelberg New York Dordrecht London: Springer International Publishing Switzerland.
- Vittoria Onufrio, Maria (2007); "The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?" **InDret University of Palermo**, Vol. 4.
- Voicheci, Eugenia (2013); **Freedom of Contract and it's Limitation In the Romanian Civil Code, Challenges of the Knowledge Society: Private Law**, București, Romania, Faculty Publications of "Nicolae Titulescu" University.
- Walkila, Sonya (2016); **Horizontaal Effect of Fundamental Rights in The EU Law**, Groning: Europa Law Publishing.
- Weber, David P. (2013); "Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition, **Yale Human Rights and Development Journal**, Vol.16, Iss. 1, Art. 2.