

حقوق بشر در حقوق خصوصی

حشمت اله شهبازی * - ابراهیم تقی زاده ** - مرتضی شهبازی نیا***

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۳)

چکیده

نفوذ حقوق بشر در حقوق خصوصی یا به عبارت دیگر اساسی شدن حقوق خصوصی از جمله مباحث نسبتاً جدید در استدلال حقوقی است که موضوع پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد. اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی به زمینه قاضی و قانون‌گذار و شیوه استدلال بستگی دارد. نظام حقوقی کشورهای مختلف عکس‌العمل یکسانی در قبال این مسئله ندارند. اعمال مستقیم، اعمال غیرمستقیم، اعمال قضایی و عدم اعمال خلاصه این واکنش‌هاست. نظام حقوقی ایران ظرفیت اعمال مستقیم حقوق بشر در حقوق خصوصی را دارد. اگر چه دادگاه‌ها از این ظرفیت استفاده نمی‌کنند اما می‌توان در راه تحقق عدالت توزیعی و برای تعدیل اصل آزادی قراردادی از ظرفیت حقوق بشر و حقوق اساسی استفاده نمود. می‌توان از مفهوم کرامت انسانی در ارزیابی شروط قراردادی و دفاع از حق‌های غیرقابل اسقاط بهره‌گرفت و موارد ناقض حقوق بنیادین را از مصادیق مسلم مخالف با نظم عمومی به شمار آورد. در این پژوهش شیوه‌ها و زمینه‌های اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی مورد بررسی قرار گرفته‌است.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، حقوق خصوصی، کرامت انسانی، آزادی اراده، نظم عمومی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول)

privatelaw1390@gmail.com

** دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور

Taghizaadeh@gmail.com

*** دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

shahbazinia@modares.ac.ir



طرح بحث

نفوذ حقوق بشر در حقوق خصوصی یا به عبارت دیگر «اساسی شدن حقوق خصوصی»^۱ از جمله مباحثی است که امروزه در اندیشه حقوقی مطرح شده و موضوع مباحثات علمی است. برخی معتقدند اعمال حقوق بشر در روابط میان اشخاص خصوصی یک ایده باشکوه و قابل تحسین است.^۲ با این وجود به نظر می‌رسد این ایده با اقبال طرفداران خلوص حقوق خصوصی روبرو نخواهد شد. آنان که نگاه از بیرون به حقوق خصوصی را جایز نمی‌دانند و چنین تصور می‌کنند که اگر حقوق خصوصی را در خدمت اهداف دیگر بگیریم هرگز قادر به درک ویژگی‌های منحصر به فرد آن نخواهیم شد. حقوق خصوصی را باید با نگاه درونی نگریست.^۳ این نگرش به حقوق خصوصی با نفوذ ارزش‌های بیرونی به حقوق خصوصی مخالف است و روابط خصوصی را صرفاً روابطی «دوسویه»^۴ می‌پندارد.^۵

اساسی کردن حقوق خصوصی عبارت است از افزایش تأثیر حقوق بنیادین در روابط میان اشخاص خصوصی، هم‌چنین منظور از حقوق بنیادین حقوقی است که خاستگاه اولیه آن روابط میان فرد و دولت است. آزادی‌ها و حقوقی که در قوانین اساسی کشورها تحت عنوان حقوق فرد یا حقوق ملت از آن‌ها یاد می‌شود. در خصوص اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی دو سؤال مهم قابل طرح است، نخست اینکه در کدام یک از زیرشاخه‌های حقوق خصوصی می‌توان از اعمال حقوق بشر سخن گفت؟ دوم اینکه منظور از اعمال و تأثیر حقوق بشر در حقوق خصوصی چیست؟

در پاسخ به سؤال اول می‌توان گفت امروزه در حوزه حقوق قراردادهای، حقوق اموال و مسئولیت مدنی بیشتر از سایر شاخه‌ها از اعمال حقوق بشر سخن گفته می‌شود چرا که در این

1. Constitutionalisation of Private Law

2. Smits, Jan, Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View, in Constitutionalisation of Private Law, (Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p.9.

3. Weinrib, Ernest. J, The Idea of Private Law (USA: Oxford University Press, 2012), P2

4. Bipolar

5. Ibid, p.207.



حوزه‌ها افراد از خودمختاری بیشتری برخوردارند. دیگر شاخه‌های حقوق خصوصی نظیر حقوق خانواده و احوال شخصیه به لحاظ پیوند عمیقی که میان ارزش‌های حاکم بر این شاخه‌ها و نظم عمومی وجود دارد بیشتر تابع نظام حقوق ملی است.^۱ راجع به سؤال دوم و در خصوص شیوه‌های تأثیرگذاری گفته شده است که تأثیر پذیری حقوق خصوصی از حقوق بشر متأثر از چند عامل است:

۱. زمینه‌ای که حقوق بشر در آن اعمال می‌گردد؛ مثلاً حقوق قراردادها، حقوق اموال یا مسئولیت مدنی

۲. مقام اعمال‌کننده؛ دادگاه باشد یا قانون‌گذار

۳. شیوه استدلال (استدلال بر اساس حسن نیت، اخلاق حسنه یا نظم عمومی)^۲

حقوق بشر امروزه به دو شیوه در حقوق مورد توجه قرار می‌گیرد؛ در رابطه میان دولت و فرد به گونه‌ای عمودی عمل می‌کند و در میان اشخاص خصوصی به نحو افقی. حقوق خصوصی با حقوق بشر پیوند دارد اگرچه ممکن است از اصطلاحات حقوق بشری در حقوق خصوصی استفاده نشود. گرچه حقوق بشر در فضا و بستر حقوق عمومی در تقابل با نابرابری قدرت اشخاص و دولت‌ها توسعه پیدا کرده است اما امروزه وارد قلمرو و حقوق خصوصی نیز شده است.^۳

در این پژوهش در بخش اول به شیوه‌های اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی خواهیم پرداخت و در بخش دوم زمینه‌های اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی را در قالب حقوق قراردادها (عمل حقوقی دوجانبه) و اسقاط حق (عمل حقوقی یک‌جانبه) مورد بررسی قرار خواهیم داد.

1. Smits, Jan, op.cit, pp.10-11.

2. Ibid.

3. Aharon, Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in Human Rights in Private Law, edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak (USA: Hart publishing, 2001), p.3.



بخش اول: شیوه‌های اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی

در خصوص اینکه نظام حقوقی کشورهای مختلف در خصوص مسئله تأثیر حقوق بشر در حقوق خصوصی چه موضعی اتخاذ کرده‌اند به طور کلی چهار شیوه قابل شناسایی است:

۱. شیوه اعمال مستقیم:

بر اساس این رویکرد چتر حقوق بشر نه تنها فرد را در برابر دولت بلکه در برابر اشخاص خصوصی نیز مورد حمایت قرار می‌دهد. اعمال این شیوه به زبانی بستگی دارد که قانون اساسی یک کشور در مورد حق‌ها بکار می‌برد.^۱ مثلاً اگر بگویند هیچ کس حق ندارد فلان کند قابل تسری به اشخاص خصوصی نیز می‌باشد لکن اگر مستقیماً حکومت را از تعرض منع کند بنظر می‌رسد مجالی برای اعمال مستقیم وجود نداشته باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل چهلم مقرر می‌دارد «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»؛ در اصل چهل و ششم نیز می‌خوانیم «هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی‌تواند بعنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند»؛ در اصل پنجاه و ششم آمده است که «هیچکس نمی‌تواند حق الهی حاکمیت بر سرنوشت اجتماعی را از انسان سلب کند». دقت در این اصول و سیاق به کار رفته در آن‌ها نشان می‌دهد که زبان به کار رفته در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به گونه‌ای است که اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی به شیوه‌ی مستقیم امکان‌پذیر است. در سوئیس و آلمان نیز چنین رویکردی مورد پذیرش قرار گرفته است. قانون اساسی ۱۹۴۹ آلمان به عنوان مجموعه‌ای از ارزش‌ها تلقی می‌گردد که باید در تمام نظام حقوقی مورد احترام قرار گیرند و اعمال شوند. قانون مسئولیت مدنی هلند (ماده ۶:۱۶۲) نیز این شیوه را به رسمیت

1. Barkhuysen, Tom, Michiel Van Emmerik, Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective, in Constitutionalisation of Private Law, Edited by Tom Barkhuysen and Siewert Lindenberg (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p.1.



شناخته است.^۱ در دفاع از این شیوه می‌توان گفت که خطری که حقوق بشر را تهدید می‌کند صرفاً نمی‌تواند از ناحیه حکومت‌ها باشد بلکه اشخاص خصوصی هم می‌توانند تهدیدهایی برای این حقوق باشند. چگونه یک تشکیلات حکومتی بسیار کوچک صرفاً بخاطر تعلق داشتن به بدنه حکومت می‌تواند خطر محسوب شود ولی یک شرکت بزرگ صنعتی نمی‌تواند خطر ساز باشد؟

بنظر می‌رسد اعمال مستقیم حقوق بشر در حقوق خصوصی ضرورت دارد؛ زیرا که این شیوه شفاف‌ترین راه برای رسیدن به هدف حمایت از حقوق است. بعلاوه اگر قواعد قانون اساسی و حقوق بشری را در روابط خصوصی قابل اجرا ندانیم زمانی که دولت‌ها در بخش خصوصی فعالیت می‌کنند چه قانونی باید اعمال شود؟ ممکن است گفته شود زمانی که دولت بعنوان شخص عمومی عمل می‌کند قانون اساسی قابل اعمال است و زمانی که در بخش خصوصی فعال است مشمول قواعد بخش خصوصی خواهد بود اما این پاسخ قانع کننده نیست زیرا مستلزم پذیرش این امر است که دولت با ماهیت واحد گاهی مجاز به انجام امری می‌باشد و گاهی خیر.^۲

۲. شیوه اعمال غیرمستقیم

بر اساس این شیوه، حقوق بشر از طریق شیوه‌های حقوق خصوصی اعمال می‌گردد طرفداران این شیوه معتقدند که این روش از ایرادهای وارد بر شیوه اعمال مستقیم در امان است. بعلاوه مفاهیمی چون شخصیت، دارایی، و کرامت انسانی از مفاهیم بسیار اساسی در حقوق خصوصی بشمار می‌روند.

همچنین مفاهیمی چون حسن نیت، معقولیت و تقصیر، منعکس کننده تعادل میان مفاهیم حقوق بشری در حقوق خصوصی هستند، علاوه بر اینها مفهوم نظم عمومی در حقوق خصوصی ضرورتاً حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی را در بر می‌گیرد. در واقع نظم

1. Ibid, p.4.

2. Aharon, Barak, op.cit, p.20.



عمومی کانالی است که از طریق آن ارزش‌های مربوط به حقوق اساسی به سمت حقوق خصوصی جریان می‌یابند.^۱ در دفاع از شیوه اعمال غیرمستقیم حقوق بشر در حقوق خصوصی می‌توان گفت که بر اساس این شیوه ما نیاز به ابداع قالب جدید در حقوق نداریم بلکه با همان قالب‌ها و معیارهای سنتی می‌توانیم به هدف دست پیدا کنیم. در واقع آنچه که متحول می‌شود محتواست نه قالب. به تعبیر بهتر با بازنگری در «مفاهیم» می‌توان به آن‌ها رنگ و بوی حقوق بشری بخشید. در دفاع از این ایده هم‌چنین گفته شده که قواعد حقوق خصوصی در روابط اشخاص خصوصی با یکدیگر، نسبت به حقوق بشر اولی‌ترند و نباید اجازه داد که حقوق بنیادین این قواعد را از صحنه روابط خصوصی محو کند.^۲ بر اساس این رویکرد حقوق بشر یک منبع فرعی و دست دوم است و تا زمانی که بتوان بر اساس قواعد دست اول حکم قضیه‌ای را صادر نمود نباید سراغ منابع ثانوی رفت.

ایتالیا، اسپانیا، انگلیس و آفریقای جنوبی از جمله کشورهایی هستند که بر مبنای شیوه غیرمستقیم عمل می‌کنند.

۳. شیوه اعمال قضایی

شیوه اعمال قضایی کاملاً از دو شیوه قبل متمایز است. در شیوه اعمال قضایی، پیش فرض این است که حقوق بشر ابزاری است برای حمایت از فرد در برابر دولت. بر اساس این دیدگاه حقوق بشر نه به طور غیرمستقیم و نه مستقیم در حقوق خصوصی قابل اعمال نیست. به عنوان مثال اگر «الف» در برابر «ب» متعهد شود که محصولات خود را بر اساس ملاحظات نژادی یا سایر دلایل به «ب» نفروشد، این تعهد قابل اجرا نخواهد بود زیرا اجرای چنین تعهدی با نقض حق برابری افراد که همه افراد مکلف به رعایت آن هستند، ملازمه دارد و شخص الف قادر نخواهد بود ب را ملزم به انجام تعهد نماید یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهد مطالبه نماید. در این دیدگاه، آنچه که ملاک عمل قرار می‌گیرد تکلیف

1. Ibid, pp.20-22.

2. Smits, Jan, op.cit, p.15.



افراد به عنوان یک شهروند است و هرگز از مفاهیم حقوق خصوصی-مستقیم یا غیرمستقیم- برای توجیه مسئله استفاده نمی‌شود.^۱ در واقع دادگاه به عنوان دولت سخن می‌گوید و به عنوان دولت عمل می‌کند، به عبارت دیگر قاضی یک مقام دولتی است. چنانچه قاضی دستور اجرای یک قرارداد ظالمانه یا غیرمنصفانه را صادر نماید چون یک مقام دولتی است در واقع این دولت است که تعهد خود مبنی بر رعایت و تضمین برابری افراد را نقض نموده است، بنابراین قاضی از باب رعایت تکلیف دولت می‌تواند چنین قراردادی را باطل اعلام کند.^۲ نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا این شیوه را مورد پذیرش قرار داده است. در دعوی شلی علیه کرامر دو طرف یک قرارداد توافق کرده بودند که اموال خود را به آمریکایی‌های آفریقایی تبار بفروشند که این امر مورد اعتراض شخصی آفریقایی تبار قرار گرفت. دادگاه چنین استدلال کرد که اگر چه متمم چهاردهم قانون اساسی آمریکا (حق برابری شهروندان) در روابط بین اشخاص خصوصی قابل استناد نیست اما از آنجا که دادگاه از طرف دولت عمل می‌کند نمی‌تواند چنین شرطی را که متضمن نابرابری است قابل اجرا اعلام کند.

۴. شیوه عدم اعمال

دیوان عالی کشور کانادا عقیده دارد که حقوق بشر مقوله‌ای است که صرفاً در روابط میان افراد و دولت قابل اعمال است و نمی‌توان در روابط خصوصی افراد بدان استناد نمود.^۳ در پرونده هیل علیه کلیسای سائیتولوژی دادگاه چنین استدلال نمود که در دعوی «کاملاً خصوصی»^۴ منشور، حتی به صورت غیرمستقیم قابل اعمال و استناد نیست.^۵

1. Ibid, p.25.

2. Shelley v. Kraemer, (1948), 334 US 1.

3. Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Deliver Ltd [1986] 2 SCR 573.

4. purely private

5. Hill v. Church of Scientology, [1995] 2 SCR 1130.



بخش دوم: زمینه‌های اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی

اعمال حقوق بشر در حقوق قراردادها

امروزه در زمینه حقوق قراردادها، حقوق اموال و مسئولیت مدنی به حقوق بشر استناد می‌گردد. در این پژوهش در حد گنجایش این نوشتار حقوق قراردادها و تأثیر پذیری آن از حقوق بشر را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

اصل آزادی قراردادی^۱

یکی از اصول پرآوازه در حقوق خصوصی «اصل آزادی قراردادی» است. از این اصل نتایجی توسط حقوقدانان استنباط شده است که خلاصه آن‌ها عبارت است از:

- ۱- در انعقاد قرارداد اراده فرد نقش مهمی دارد و افراد در تعیین طرف قرارداد، محتوا و شروط قراردادی آزادند.^۲ به عبارت دیگر، طرفین می‌توانند به دلخواه آثار و نتایج قرارداد را تعیین نمایند.^۳
- ۲- طرفین قرارداد ملزم به رعایت مفاد قرارداد هستند، دادگاه حق ندارد به بهانه اجرای عدالت و انصاف شرایط عقد را تعدیل کند یا یک طرف را از انجام تعهد قراردادی معاف کند^۴ به دیگر سخن مقامات عمومی حق تغییر آثار قرارداد و تعهدات طرفین را ندارند^۵ این نتایج برخاسته از اصل آزادی قرارداده است که در حقوق سنتی قراردادها جایگاه ویژه و رفیعی دارد.^۶

1. Freedom of contract

۲. صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ هشتم، بنیاد حقوقی میزان، ص ۴۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۴۶.

۴. همان، ص ۱۴۷.

۵. صفایی، حسین، پیشین، ص ۴۸.

6. Atiyah, Patrick, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Usa: Clarendon Press ,1979)



اصل آزادی قراردادها دیگر آن درخششی را که در حقوق سنتی داشته ندارد. در حقوق مدرن قراردادها، دیگر مانند گذشته ایده «قداست قراردادها»^۱ رایج نیست.^۲

با این وجود کمتر کسی تردید دارد که آزادی اراده در حقوق خصوصی و انعقاد قرارداد مطلق و افسار گسیخته نیست بلکه موانعی در راه آزادی اراده وجود دارد که آن را متوقف می‌کنند. در آثار حقوقی این موانع را معمولاً تحت عنوان قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد بررسی قرار داده‌اند^۳ گفته‌اند اصل، آزادی قراردادی است مگر اینکه ما برای محدود کردن این آزادی «دلایل خوبی»^۴ داشته باشیم^۵، حال سؤال این است که آیا می‌توان ارزش‌های مبنایی که حقوق بشر بر آن‌ها استوار شده است را به عنوان دلیل خوب برای محدودیت اراده در انعقاد قرارداد مورد استناد قرار داد یا خیر؟ آیا می‌توان شروط قراردادی را به استناد مغایرت با حقوق بشر به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی یا سایر اسناد از جمله اعلامیه‌ها باطل اعلام کرد؟

موانع حقوق بشری اراده

معمولاً عوامل زیر (به تنهایی یا توأمان) به عنوان موانع جدی بر سر راه آزادی اراده در حقوق قراردادها شناخته می‌شوند:

الف- شروط قراردادی یا هدف قرارداد به منافع اشخاص ثالث، آسیب برساند.

ب- شروط قراردادی یا هدف قرارداد، با منافع عمومی سازگار نباشد.

1. sanctity of contract

2. Brownsword, Roger, Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity, in Human Rights in Private Law, Edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak, (Usa: Hart publishing, 2001), p.183.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۴۸؛ صفایی، حسین، پیشین، ص ۵۰.

4. good reasons

5. Brownsword, Roger, op.cit, p.183.



پ- قرارداد منافع یک طرف یا طرفین قرارداد را دچار مخاطره کند^۱. البته مانع اخیر بر اساس تفکر لیبرالیستی یا فردگرایی قادر نخواهد بود دامنه اصل آزادی قراردادی را محدود کند، چه اینکه قرارداد ابزاری است برای ارتقاء و اعمال خودمختاری و زمانی که انسان به عنوان یک فاعل اخلاقی دست به انتخاب می‌زند انتخاب وی باید محترم شمرده شود. از دیدگاه فردگرایان اگر ما انتخاب اشخاص را تحت کنترل بگیریم در احترام به خود سامانی آنها مداخله کرده‌ایم. ما در قدرت آنها مبنی بر اداره زندگی شخصی بر اساس قضاوت شخص آنها مداخله کرده‌ایم. اگر برخی اشخاص انتخاب ضعیفی داشته باشند و از این طریق به خود آسیب بزنند، ما با نیت هر چند خیرخواهانه نباید مانع آنها شویم زیرا مداخله ما به معنای انکار فاعلیت اخلاقی آنهاست.^۲ بر این اساس حمایت از منافع طرفین قرارداد «دلیل خوبی» برای مداخله قاضی یا قانون‌گذار نخواهد بود. زیرا آنها با رضایت خویش مبادرت به انعقاد قرارداد نموده‌اند. اما نظام‌های حقوقی امروزه چنین نگرشی به رضایت ندارند. رضایت در حقوق قراردادهای آنگلو امریکن نه شرط کافی است نه شرط لازم؛ کافی نیست از آن جهت که در صورت فقدان عوض و عدم انطباق با تشریفات قانونی فاقد اثر است و لازم نیست از آن جهت که معنایی که به واژه‌ها و رفتارهای متعاقدين داده می‌شود یک معنای متعارف است نه معنای مورد نظر متعاقدين^۳.

معمولاً قوانین مدنی و سایر مقررات مربوط، موانع آزادی اراده را اعلام می‌کنند؛ قانون مدنی ایران در ماده ۹۷۵ مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا بعثت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». قانون شروط غیر منصفانه^۴ در حقوق انگلیس مصوب ۱۹۷۷

1. Ibid, p.185.

2. Conly, Sarah, Against Autonomy (England: Cambridge University Press, 2013), p.1.

3. Waddams, Stephen, Dimensions of Private law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning (England: Cambridge University Press, 2003), p.7.

4. Unfair Contract Terms Act 1977



نیز از این دست مقررات به شمار می‌رود. سؤالی که در این جا قابل طرح است این است که آیا منبع قانونی محدود کننده قدرت اراده صرفاً به حوزه حقوق قراردادها محدود می‌گردد یا اینکه در اسناد و اعلامیه‌ها و قوانین در حوزه حقوق بشر نیز عوامل محدود کننده اراده قابل شناسایی و ترتیب‌اندرند؟

در حقوق مدرن قراردادها این اندیشه در حال قوت گرفتن است که ارزش‌های حاکم بر مقوله «حقوق بشر» در زمره دلایل خوب و موجه برای محدودیت قدرت اراده برای خلق قرارداد، قرار می‌گیرند. شروط قراردادی باید به گونه‌ای تفسیر شوند که با قواعد متضمن حقوق بشر مطابق و سازگار باشند^۱ از این ایده می‌توان این گونه نتیجه گرفت که قراردادهایی که تاب انطباق با مقررات حقوق بشری نداشته باشند بر خلاف نظم عمومی و در نتیجه غیرقابل اجرا تلقی شوند.

در راه موجه‌سازی این ایده راه‌های متفاوتی وجود دارد. گاه می‌توان از طریق بازنگری در مفاهیم پایه‌ای بدون تغییر در ساختار اصلی، آزادی قراردادی را به نحوی تفسیر نمود که عدالت اجتماعی به نحو شایسته‌تری تأمین شود. بازنگری در مفاهیمی چون «آزادی»، «آگاهی» و «برابری»؛ به عنوان مثال ایده «اجبار اقتصادی»^۲ به خوبی می‌تواند نابرابری قدرت چانه‌زنی را پیش بکشد و از انعقاد یا اجرای قراردادهای ظالمانه جلوگیری کند.^۳

راه دیگر این است که از برخی مفاهیم چون «کرامت انسانی»^۴ بهره‌گیریم.^۵

1. Macqueen, Hector, (2004), Delict, Contract and The Bill of Rights: A Perspective from the United Kingdom, South African Law Journal 121, pp. 359-394.

2. Economic Duress

3. Kennedy, Duncan, (1982), Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, MARYLAND LAW REVIEW 41/4, pp. 563-658.

4. Human Dignity

5. Brownsword, Roger, op.cit, p.188.



کرامت انسانی

«کرامت انسانی» از جمله مفاهیمی است که در اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر گاه به طور صریح و گاه به طور ضمنی^۱ مورد تأکید قرار گرفته است. به عنوان نمونه «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»^۲ در هیچ یک از مواد خود صراحتاً به کرامت انسانی اشاره نکرده است ولی ذکر مواردی چون منع رفتار غیرانسانی یا منع بردگی و بیگاری می‌توان احترام به کرامت انسانی را استنباط نمود. لکن در «اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸»^۳، (ماده ۱) «میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶»^۴ (مقدمه)، «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶»^۵ (مقدمه و ماده ۱۰) و «کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹»^۶ (مقدمه) به کرامت ذاتی انسان و برابری آن‌ها تصریح شده است. بند ششم اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «کرامت و ارزش والای انسان» را به عنوان یکی از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی برمی‌شمارد.

استفاده از وصف «ذاتی» برای کرامت انسانی به وضوح نشان دهنده «غیر قابل واگذاری و اسقاط» بودن این حق است. در خصوص کرامت انسانی ممکن است ما با یک متناقض‌نما مواجه باشیم؛ از یک سو بر این اساس که خودمختاری جزء لاینفک کرامت است، انسان‌ها باید در انعقاد قرارداد، انتخاب طرف قرارداد و تعیین شروط قراردادی آزاد باشند و به عبارتی آزادی قراردادی خود جزئی از کرامت انسانی و حقوق بشر به شمار آمده و هرگونه مداخله در این آزادی ممکن است نقض حقوق بشر به حساب آید. بر اساس نظریه اراده در حوزه حق‌ها، افراد انسانی به اعتبار خصلت خودمختاری مجاز خواهند بود در ضمن یک قرارداد از حق‌های بشری پیش‌بینی شده در اسناد و اعلامیه‌ها چشم‌پوشی کنند و آن حق‌ها را اسقاط

۱. به نظر می‌رسد لفظ گرایان در برابر نفوذ حقوق بشر در حقوق خصوصی سرسختانه مقاومت کنند در حالی که آنان که به روح قانون نیز بها می‌دهند در پذیرش این ایده موضع متعطف‌تری خواهند داشت.

2. European Convention on Human Rights
3. Universal Declaration of Human Rights 1948.
4. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966.
5. International Covenant on Civil and Political Rights 1966.
6. Convention on the Rights of the Child 1989.



نمایند. نتیجه جدی گرفتن «حق آزادی قراردادی» مقدم دانستن آن بر قضاوت دیگران در خصوص محتوای قرارداد خواهد بود.^۱ مثلاً افراد ضمن یک قرارداد، از آزادی اشتغال یا سکونت یا بیان چشم‌پوشی نمایند. از سوی دیگر ممکن است در پرتو آزادی قراردادی ناشی از کرامت انسانی، انسان‌ها تن به پذیرش شروطی بدهند که کرامت انسانی آن‌ها را مخدوش نماید یا از طریق قرارداد حق‌های بشری و اساسی خود را اسقاط نمایند و از این طریق امکان زندگی کریمانه را از دست بدهند. به نظر می‌رسد این تناقض صرفاً ظاهری است. در واقع این دو حق - کرامت ذاتی و آزادی قراردادی - از یک سنخ نیستند. کرامت زیربنا و آزادی انعقاد قرارداد رویناست. آزادی قراردادی، وجاهت خود را از کرامت ذاتی انسان کسب می‌کند پس قادر نخواهد بود به حدی توسعه یابد که اصل و ریشه خود را از میان بردارد. شاید بر همین اساس بوده است که ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «هیچ کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

چنین می‌توان گفت که آزادی قراردادی اگرچه خود از حقوق مربوط به شخصیت انسان است ولی این حق در سایه حقوقی چون آزادی بیان و آزادی عقیده قرار می‌گیرد. دادگاهی در هلند در خصوص قراردادی که ضمن آن موجر شرط نموده بود که مستأجر به نفع کلیسای پروتستان فعالیت نماید، پایان دادن به قرارداد به بهانه عمل بر خلاف شرط را غیر قابل قبول اعلام نموده است زیرا چنین شرطی را ناقض آزادی عقیده تلقی نموده است.^۲

کرامت انسانی: راهی برای دفاع از حق‌های غیر قابل اسقاط

اصل قابلیت اسقاط حق از جمله اصول پذیرفته شده در حقوق خصوصی است (لکل ذی حق اسقاط حقه). اسقاط یک حق عبارت است از صرف نظر کردن از آن حق در کمال اختیار و آگاهی. اسقاط یک حق متضمن قصد و اراده یا رفتاری است که بتوان انصراف از حق را

1. Ibid, p.189.

2. Court of Appeal Arnhem 25 October 1948, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1949, 331 (Protestant Association v. Hoogers).



از آن استنباط نمود. وقتی که یک حق اسقاط می‌گردد وظایف همبسته آن حق در نتیجه رضایت صاحب حق از بین می‌روند^۱ اما همه حق‌ها به گونه‌ای نیستند که قابل اسقاط باشند چه گاهی یک حق، صرفاً یک حق نیست بلکه آمیزه‌ای از حق و تکلیف است. در خصوص حق‌های غیر قابل اسقاط ما از نوعی مصونیت در برابر خودمان برخورداریم؛ این مصونیت عبارتست از فقدان توانایی شخص برای ایجاد تغییر در وضعیت اخلاقی و قانونی خودش، بنابراین در خصوص حق‌های غیر قابل واگذاری ما هم از مصونیت عدم توانایی بر اجازه به دیگران برای نادیده گرفتن حق و هم از مصونیت عدم توانایی برای ایجاد تعهد علیه خودمان برخورداریم.^۲ کوفلیک می‌گوید: احترام به شخصیت انسانی مستلزم احترام به شخص انسان است برخی حق‌ها آن قدر اساسی و ساختاری هستند که کرامت اخلاقی انسان ایجاب می‌کند که حتی خود شخص نتواند این حق‌ها را اسقاط نماید^۳ توماس هیل معتقد است که بسیاری از حق‌ها قابل اسقاط هستند در خصوص اینگونه حق‌ها رضایت صاحب حق می‌تواند دیگران را از تکلیف همبسته آن حق‌ها معاف کند اما به شرطی که این رضایت کاملاً خودمختارانه داده شده باشد.

برخی حق‌ها آنچنان اساسی هستند که قابل اسقاط نیستند و دیگران مکلف به احترام به این حق‌ها هستند فارغ از اینکه ذیحق در این خصوص چه قضاوتی داشته باشد اگر ما دیگران را از تکلیف همبسته حق‌های اساسی معاف کنیم در واقع در احترام به اخلاق کوتاهی کرده‌ایم. هیل می‌گوید پذیرش اصولی از این دست به این معناست که به تعبیر کانت حق بر حیات و آزادی تنها حق نیست بلکه تکلیف نیز هست. در خصوص حق‌های غیر قابل اسقاط صاحب حق در برابر خود متعهد به رعایت و عدم اسقاط اینگونه حق‌هاست.

1. McConnell, Terrance, *Inalienable Rights: The Limits of Consent in Medicine and The Law* (Usa: Oxford University Press, 2000), p.10.

2. Ibid, p.13.

3. Kuflik, Arthur,, (1986), *The Utilitarian Logic of Inalienable Rights*, *Ethics* 97: 75-87.



هیل معتقد است که دیگران باید به صاحب حق بعنوان یک شخص احترام بگذارند اگرچه ذیحق احترام خود را حفظ نکند. هیل بی‌احترامی شخص نسبت به خود را برخلاف اخلاق می‌داند.^۱

کانت عقیده دارد که خود مختاری قابل اسقاط و انتقال نیست، در نظر وی قراردادهای متضمن بردگی فاقد هرگونه قدرت اجرایی اخلاقی و حقوق هستند.

اگرچه یک شخص ممکن است بر اثر ارتکاب خطا یا اعمال مجرمانه آزادی و برابری خود را از دست بدهد لکن وی قادر نخواهد بود این موارد را در نتیجه قرارداد از دست دهد. قراردادی که یک شخص را به ابزاری در اختیار دیگری مبدل سازد الزام‌آور نیست. از دیدگاه کانت اشخاص مجازند که بر مبنای اهداف و خواست‌های خود عمل نمایند تا آنجا که عمل آنها مغایر معیارهای عقلانی نباشد. از نظر کانت معیارهای عقلانی همان چیزی است که اشخاص از دیگران در برابر خود انتظار دارند.^۲

این همان تعبیر معروف کانت است که اشخاص باید به گونه‌ای عمل کنند که عمل آنها بتواند یک قاعده جهانی باشد.

خود مختاری یکی از معیارهای مد نظر کانت است که به عنوان یک هدف عقلانی تلقی می‌شود.

به نظر می‌رسد بتوان بر اساس دیدگاه کانت حق‌های غیر قابل اسقاط را توجیه نمود. بنابراین هرگاه انسان به واسطه اسقاط برخی حقوق، کرامت و خودمختاری خود را از دست بدهد چنین اسقاطی باطل خواهد بود زیرا اینکه انسان حق انتخاب داشته باشد تا جایی مقبول است که کرامت وی را مخدوش ننماید. به نظر می‌رسد اگر شخصی حق اقامه دعوا یا حق

1. Hill, Thomas, E, *Autonomy and Self-Respect* (Usa: Cambridge University Press, 1991), pp.15-16.

2. Kant, Immanuel, *The Metaphysical Elements of Justice*, Translated by John Ladd (Usa: Bobbs-Merrill, 1999), p.136.



دادخواهی را از خود سلب نماید در واقع به دیگران اجازه می‌دهد که بر خلاف هنجارهای قانونی با وی رفتار نمایند و چنین رفتاری بر خلاف جایگاه انسان در نظام هستی خواهد بود زیرا قوانین در جامعه برای محافظت از انسان در برابر آسیب‌ها وضع شده‌اند و فلسفه وضع قانون در درجه اول حفظ نظم اجتماعی است که در آن انسان بتواند استعدادهای خود را شکوفا نماید.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان قانون عالی و مبین حقوق بنیادین در اصل دوم کرامت انسانی را از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی برمی‌شمارد. کرامت در معانی سخاوت، شرافت، نفاست و عزت به کار می‌رود.^۱ انسان دارای کرامت بالذات است؛ زیرا خداوند او را گرامی داشته و آسمان و زمین و پاکی‌ها را برای او خلق نموده و او را بر بسیاری از مخلوقات برتری داده است (سوره اسراء، آیه ۷۰) تکریم انسان علیرغم این که از خاک آفریده شده است، به خاطر روح خدایی اوست و بر این اساس به فرشتگان دستور داده شد که بر وی سجده کنند (سوره حجر، آیات ۳۰ و ۳۱) این اصل در ادامه در جهت تحقق کرامت انسانی نفی هرگونه ستمگری و ستمکشی را به صراحت اعلام می‌کند. در روابط فردی، آنان که دارای قدرت جسمی، فکری، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی باشند، خواسته یا ناخواسته، موجب پایمال شدن حقوق افراد ضعیف می‌شوند.^۲ همه جلوه‌های ظلم از نظر قانون اساسی مردود اعلام شده است؛ ستمگری و ستمکشی و این از آن جهت است که خداوند هیچ ستمی را بر بندگان خود روا نمی‌دارد^۳ بیگمان این فقط ظالمین نیستند که ظلم می‌کنند بلکه آنان که تن به ظلم میدهند نیز شریک ستمکاران به حساب می‌آیند. قرآن کریم مردم را به پرهیز از ستمگری و ستم‌کشی فرا خوانده است.^۴ پذیرش ستم همان اندازه قبیح است

۱. قریشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، جلد ششم، چاپ ششم، دارالکتب الاسلامیه، ص ۱۰۳.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ص ۹۵.

۳. و ما الله بريد ظلما للعباد (سوره مومن، آیه ۳۱)

۴ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (سوره بقره، آیه ۲۷۹)



که وارد کردن آن، چنانکه حضرت علی علیه‌السلام افراد راضی به ستم را شریک ستمکاران و کمک‌کنندگان به ستم می‌داند^۱ به نظر می‌رسد نفی ستم‌کشی که خود یکی از طرق محافظت از کرامت انسان در برابر ستمگران است برای اعلان بطلان برخی مصادیق اسقاط حق کافی باشد. اگر چه انسان آزاد است ولی آزادی او توأم با مسئولیت است (بند ۶ اصل دوم). او تکلیف دارد که از کرامت انسانی که ودیعه‌ای الهی است در خود محافظت کند، بنابراین می‌توان گفت چنانچه فردی حقی از حقوق قانونی خود را اسقاط کند که نتیجه‌اش مخدوش شدن کرامت وی باشد چنین اسقاطی به لحاظ عدم انطباق با ارزش اعلام شده در قانون اساسی مبنی بر نفی ستم‌کشی و حفظ کرامت انسانی باطل و بی‌اعتبار خواهد بود.

ماده ۹۵۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

این ماده ممکن است در بادی امر روشن به نظر برسد ولی با اندکی دقت پیچیدگی و ابهام آن آشکار می‌گردد. قانون مدنی و سایر قوانین در موارد مختلفی اسقاط بسیاری از حق‌ها را پیشبینی کرده‌اند. قانون مدنی در مواد ۲۸۹، ۴۴۸، ۴۷۴، ۶۷۹، ۸۲۳ از اسقاط و سلب قسمتی از حقوق مدنی، گاه به صراحت و گاه به نحو ضمنی، سخن گفته است. مواد ۹۵۷ و ۹۵۸ قانون مدنی به عنوان قواعدی کلی، برای هر فرد انسانی تمام حقوق مدنی را مورد شناسایی قرار داده است. به کار بستن این حقوق معمولاً در قالب تعهدات صورت می‌گیرد. مثلاً در عقد بیع، بایع میباید از دست می‌دهد و مالکیت مشتری بر آن را به رسمیت می‌شناسد،

۱. هاشمی، سید محمد، پیشین، ص ۹۸.

۲. ماده ۲۸۹: «ابرا عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف‌نظر نماید».

۳. ماده ۴۴۸: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

۴. ماده ۴۷۴: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد».

۵. ماده ۶۷۹: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد».

۶. ماده ۸۲۲: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف‌نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود».



مشتری نیز در خصوص ثمن چنین وضعی دارد. به عبارت دیگر بایع حق خود را نسبت به مبیع سلب مینماید و مشتری حق خود را نسبت به ثمن. این نوع اعمال از ضرورت‌های اجتماعی به حساب می‌آیند.

پرسشی که در این رابطه به ذهن می‌آید این است که قلمرو آزادی اراده در اسقاط حق تمتع و اجرای حقوق مدنی تا کجاست؟

این ماده از ماده ۲۷ قانون مدنی سوئیس اقتباس و با توجه به فقه امامیه تعدیل شده است. یکی از شارحان قانون مدنی سوئیس در خصوص ماده اخیر نوشته است: هر انسان دارای حقوقی است که جزو ذات و عناصر شخصیت او قرار می‌گیرد و به همین جهت وابستگی آنها به شخصیت انسان از امور مربوط به نظم عمومی است مانند حق حیات، سلامت، شرافت، آزادی، اسم و امثال اینها. ذات انسان با این خصوصیتها برتر و خارج از قلمرو تراضی افراد است. این ماده خواسته است از شخصیت انسان در برابر تجاوز ناشی از معاملات حمایت کند.^۱

برخی اساتید حقوق معتقدند که مفاد ماده ۹۵۹ قانون مدنی حاوی معنای گسترده‌ای است و نمی‌توان آن را محدود به حقوق غیرمالی و عناصر مربوط به احوال شخصیه کرد. بنابراین می‌توان گفت که در این ماده سلب حق یا قسمتی از آن «بطور کلی» ممنوع شده است. لذا شخص می‌تواند بطور جزئی و در مورد خاص از حق خود صرفنظر کند. وانگهی قاعده مندرج در ماده ۹۵۹ ناظر به موردی است که از متن و روح قوانین نتوان صحت و فساد اسقاط را استنباط کرد. در بسیاری از موارد ممکن است با استفاده از وسایل قانونی، قسمتی از حقوق مدنی را بطور کلی از بین برد. به طور مثال هر مالکی می‌تواند با فروش مال خود حقی را که در آن دارد یکسره سلب و به دیگری واگذار کند. هم‌چنین نباید پنداشت که اسقاط هر حقی بطور جزئی مجاز است؛ زیرا وجود بعضی از امتیازهای حقوقی تنها به خاطر منافع صاحب

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۰۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش،

آن ایجاد نشده است تا قابل اسقاط باشد و به همین جهت از آن به حکم یا تکلیف تعبیر می‌شود.^۱

برخی دیگر نیز با اعلام اینکه آزادی اراده اساس فعالیت افراد است و نمی‌توان از این ظرفیت برای زوال آزادی اراده استفاده نمود، تأکید می‌کنند که نباید افراد را در سلب حقوق خود از طریق قبول تعهدات آزاد گذاشت و فلسفه وضع ماده ۹۵۹ قانون مدنی را نیز همین می‌دانند.^۲ ممکن است شخصی متعهد شود از افتتاح مغازه در شهر معینی خودداری نماید، حال این سؤال مطرح است آیا چنین تعهدی مشمول ماده ۹۵۸^۳ است و شخص در مقام تمتع و اعمال حق خویش آزاد است که چنین تعهدی را قبول نماید یا اینکه چنین تعهدی بر اساس ماده ۹۵۹ منع شده و فاقد اعتبار است؟ به عبارت دیگر آیا چنین شرطی مخالف قانون تلقی می‌گردد یا خیر؟ بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی^۴ تلف مبیع قبل از قبض از حساب بایع خواهد بود. آیا مشتری می‌تواند از این امتیاز که قانون به نفع وی مقرر کرده است چشم‌پوشی کند و شرط خلاف آن را بپذیرد؟

عده‌ای معتقدند که در موارد شک، عقل بدیهی حکم می‌کند که نفوذ و تأثیر اراده مادام که مانعی نداشته باشد حتمی و قطعی است و به صرف شک نباید در راه آزادی و خلاقیت اراده ایجاد مانع کرد چون اراده خلاق است هم می‌تواند به نفع دیگری حقی به وجود آورد و هم می‌تواند حقی را که خود دارد معدوم کند. بنابر این صاحب اراده می‌تواند حق خود را اسقاط نماید مگر در موارد معین نص قانون مانع اسقاط شود.^۵ از تعبیر مورد استفاده این نویسنده چنین استنباط می‌شود که، اصل قابلیت اسقاط حق است و عدم قابلیت اسقاط نیازمند دلیل

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۰۹-۲۱۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۲۲۰.

۳. «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچ‌کس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد».

۴. «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع، منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود».

۵. همان، صص ۲۱۸-۲۱۹.



از نوع نص است. ایشان آزادی و خلاقیت اراده را از زمره دلایل عقلی میانگارد و عقیده دارد که در موارد تردید نمی‌توان از اصل عملی استصحاب عدم اسقاط حق را نتیجه گرفت چرا که «الاصل دلیل حیث لا دلیل».

بعضی دیگر نیز عقیده دارند که در حقوق ایران با متابعت از فقه امامیه، حاکمیت اراده در قانون مدنی به عنوان یک اصل انعکاس یافته و برای قصد انشا به عنوان خالق عقد و تعیین کننده توابع و حدود و آثار آن، نقشی اصلی و تعیین کننده شناخته است. از این اصل آزادی شخص در انشای عمل حقوقی و اینکه مبادرت به تشکیل عقد یا ایقاع بکند یا نکند و انتخاب نوع عقد یا ایقاع و طرف عقد و تعیین حدود و آثار و شروط را نتیجه گرفته‌اند.^۱ ایشان با تأکید بر این که در زندگی اجتماعی، نیروی فائق و نظم حاکم ضروری است آزادی بیش از حد اراده را مانع شکوفایی قابلیت‌های خدادادی انسان می‌دانند و معتقدند که قانون به عنوان عصاره حاکمیت جمعی که از قرارداد اجتماعی ناشی می‌شود، حدود آزادی اراده را تعیین می‌کند و در خصوص نقش خطیر قانون می‌نویسند:

«اراده انسان به تنهایی در اعمال مادی می‌تواند نافذ باشد، مثلاً شخصی به حکم اراده می‌تواند اتومبیلی را به حرکت در آورد و ساختمانی را بنا کند، اما در اعمال حقوقی که اعتباری است به خودی خود نمی‌تواند حاکم و مؤثر باشد. حاکمیت اراده، نفوذ و اقتداری است که قانون از راه اعتبار بخشیدن به اعمال حقوقی انشا شده به اراده می‌بخشد. بدون حمایت قانون برای اراده انسان، هیچ‌گونه نفوذ و حاکمیتی در اعمال حقوقی نمی‌توان شناخت».^۲ این استاد فقید در «کتاب شروط ضمن عقد» با طرح ماده ۲۳۴ قانون مدنی^۳ به عنوان مدخل بحث می‌نویسند:

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، انتشارات مجد، ص ۵۶.

۲. همان، صص ۵۷-۵۸.

۳. «شروط بر سه قسم است:

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً

شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج، شرط شود.



«...می‌توان خودداری کردن از انجام فعلی را ضمن عقد شرط کرد، این خودداری از انجام فعل را هرگاه مربوط به تعهد بر خودداری از اعمال و اجرای حق باشد، می‌توان اسقاط حق نامید.»^۱

سپس در خصوص ماده ۹۵۹ بر این باورند که مطابق این ماده، آنچه سلب آن در این ماده خارج از توانایی شخص اعلام شده است، حق تمتع به طور کلی و حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی است. مثلاً هیچ‌کس نمی‌تواند بطور کلی حق مالک شدن را از خود اسقاط کند. بعضی از حقوق نیز در واقع از احکام بوده و غیرقابل اسقاط است. اما صاحب حق نسبت به مال معین، می‌تواند حقوق وابسته به مال معین خود را اسقاط کند. زیرا این حق یک حق به معنی اخص و وابسته به ملک است که ابقاء یا اسقاط آن در اختیار مالک قرار دارد. هرچند شخص نمی‌تواند به طور مثال، حق خریدن مال معین یا ازدواج با شخص معین را از خود سلب کند، چرا که مال معین هنوز متعلق به او نیست تا حق مربوط به آن را بتواند اسقاط کند و این حق در حقیقت حکم است، اما می‌تواند تعهد بر ترک فعل نماید، مثلاً تعهد کند که مال معین را نخرد یا با شخص معین ازدواج نکند.^۲

از آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که در خصوص قاعده عام اسقاط حق، مستنبط از ماده ۹۵۹ قانون مدنی اتفاق نظر وجود ندارد. در خصوص اینکه در مصادیق مردد و موارد مشتبه چگونه باید رفع حیرت کرد معیار واحدی مقبول نیفتاده است؛ برخی اصل را بر قابلیت اسقاط حق قرار داده و هر گونه قول خلاف را نیازمند نص قانونی می‌دانند.^۳ برخی دیگر هرچند اصل قابلیت اسقاط حق را می‌پذیرند اما عقیده دارند که علاوه بر نص قانون می‌توان در پرتو روح قانون و نظم عمومی نیز برخی حقوق را غیر قابل اسقاط اعلام کرد.^۴ به نظر

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

۱. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، چاپ سوم، انتشارات مجد، ص ۱۳۱.

۲. همان، صص ۱۳۱-۱۳۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۲۱۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۱۰.



می‌رسد در جهت رفع ابهام از ماده ۹۵۹ قانون مدنی و ارائه معیار برای تشخیص اسقاط معتبر از غیر معتبر می‌توان از اصول و ارزش‌های حاکم بر حقوق بنیادین بهره گرفت و چنین گفت که هرگونه اسقاط حق که موجب مخدوش شدن کرامت انسانی شود و امکان زندگی کریمانه را از انسان سلب کند باطل خواهد بود. اگر نتوان مستقیماً به قانون اساسی استناد نمود که به نظر می‌رسد منعی در این خصوص وجود ندارد، می‌توان موارد خلاف کرامت انسانی را از مصادیق مسلم خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی نمود و بر این اساس قائل به بطلان شد.

نتیجه‌گیری

امروزه نفوذ حقوق بشر، مفاهیم و ارزش‌های آن در حقوق خصوصی انکارناپذیر است. بیشتر نظام‌های حقوقی در برابر این نفوذ تمکین کرده‌اند، لیکن به شیوه‌های متفاوت. برخی مستقیماً اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی را پذیرفته‌اند، برخی با اعتقاد به اینکه می‌توان با بازنگری در مفاهیم موجود در حقوق خصوصی به حق بشر احترام گذاشت، شیوه اعمال غیرمستقیم را در پیش گرفته‌اند و برخی معتقدند از آنجا که دولت مکلف به رعایت حقوق بنیادین بشری است این تکلیف در قالب آراء دادگاه به مرحله ظهور می‌رسد که از آن به اعمال قضایی حقوق بشر تعبیر می‌شود. چارچوب و بیان قانون اساسی ایران به گونه‌ای است که شیوه اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی ایران را ممکن می‌سازد. با این وجود مفاهیم حقوق خصوصی نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز به نفع حقوق بشر قابل تفسیرند و از این نظر شیوه اعمال غیرمستقیم نیز قابل پذیرش است. مفاهیمی چون کرامت انسانی که ریشه در حقوق بشر دارد امروزه به عنوان معیاری برای ارزیابی شروط قراردادی و دفاع از حقوق غیر قابل اسقاط، قابل استفاده است و می‌توان از آن به عنوان یک «دلیل خوب» برای محدود کردن آزادی اراده در حقوق قراردادها بهره گرفت.



منابع

فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۰)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ هشتم، تهران: انتشارات مجلد.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۱)، *شروط ضمن عقد*، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجلد.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۹)، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هشتم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- قریشی، سید علی اکبر، (۱۴۱۲)، *قاموس قرآن*، ج ۶، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- هاشمی، سید محمد، (۱۳۷۴)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

انگلیسی

- Aharon, Barak, (2001), *Constitutional Human Rights and Private Law, in Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak, Portland Oregon: Hart publishing.
- Atiyah, Patrick, (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press.
- Barkhuysen, Tom and Michiel van Emmerik, (2006), *Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective, in Constitutionalisation of Private Law*, edited by Tom Barkhuysen and Siewert Lindenberg, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.



- Conly, Sarah, (2013), *Against Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hill, Thomas. E, (1991), *Autonomy and Self-Respect*, New York: Cambridge University Press.
- Kant, Immanuel, (1797/1999), *The Metaphysical Elements of Justice*. Translated by John Ladd ,Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Kennedy, Duncan, (1982), <Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power>, MARYLAND LAW REVIEW 41/4, pp563-658.
- Kuflik, Arthur, (1986), <The Utilitarian Logic of Inalienable Rights>, Ethics 97: 75-87.
- Macqueen, Hector, (2004), <Delict, Contract and The Bill of Rights: A Perspective from the United Kingdom>, South African Law Journal 121, pp. 359-394.
- McConnell, Terrance, (2000), *Inalienable Rights: The Limits of Consent in Medicine and The Law*,Oxford: Oxford University Press.
- Roger, Brownsword, (2001), *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak, Portland Oregon:Hart publishing.
- Smits, Jan, (2006), *Private Law and Fundamental Rights: a Sceptical View*,in *Constitutionalisation of Private Law*, edited by Tom Barkhuysen and Siewert Lindenberg, Leiden:Martinus Nijhoff Publishers.
- Waddams, Stephen, (2003), *Dimensions of Private law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning* , Cambridge: Cambridge University Press.
- Weinrib, Ernest.J, (2012), *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press.