

## جایگاه اصل حقوق بشری استقلال خصوصی در حقوق قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق آلمان، انگلیس و ایران)

ایرج بابایی<sup>۱</sup> - عباس طوسی<sup>۲</sup> - مرتضی ترابی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۵

### چکیده

استقلال خصوصی یکی از اصول حقوق بشر بوده که بر اساس آن، فرد آزادانه اراده خود را به طور تمام و کمال، در زندگی فردی و اجتماعی، اعمال می نماید و تحمیل تکلیف بر شخص، زمانی عادلانه است که تکلیف، انتخاب آزادانه شخص باشد. در حوزه قراردادها اصل حاکمیت اراده و اصل برآمده از آن، یعنی آزادی قراردادی، با احترام به اراده و آزادی ها نیز ریشه در مبانی حقوق بشر دارد. آزادی قراردادی، به طور سنتی بر جنبه منفی آزادی، یعنی عدم مداخله و تقدس قراردادها، تأکید دارد. جنبه مثبت آزادی ها، تأکید بر رشد آزادانه ابعاد مختلف شخصیت داشته که نیازمند مداخله و نظارت است. وفق این جنبه، امکان مداخله و اداره قرارداد، امکان پذیر می شود. سؤال این است که آیا استقلال خصوصی می تواند جنبه مثبت آزادی، تلقی شود و از استعمار طرف ها جلوگیری نماید؟ با مطالعه تطبیقی در حقوق آلمان و انگلیس خواهیم دید اصل استقلال خصوصی با اتکا به حق خودتعیین گری، وجه مثبت آزادی قراردادی تلقی گردیده که در حمایت از طرف ضعیف قراردادی و مقابله با شروط غیرمنصفانه، مبانی مهم، برای رعایت حقوق بنیادین بشری است. در حقوق ایران اصل مزبور با استعانت از اصول و مبانی مختلف، جنبه منفی آزادی قراردادی و اصولی نظیر لزوم را تخصیص می زند.

**واژگان کلیدی:** اصل استقلال خصوصی، حق خودتعیین گری، آزادی قراردادی، حمایت از طرف ضعیف، شروط غیرمنصفانه، حقوق بنیادین.

babaei.i@gmail.com

۱. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. نویسنده مسئول

toosi.abbas49@gmail.com

۲. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

torabimorteza@atu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

## مقدمه

آزادی یکی از اصول بنیادین حقوق بشر و از عناصر ارزشمند حیات انسانی است که فرد با آن به کمال می‌رسد. از آزادی دو برداشت می‌توان نمود: یکی فقدان قید و مانع به دور از هرگونه فشار مادی، روانی و اخلاقی و دیگری آزادی رفتار با داشتن حق یا توانایی انجام آن که معادل مجاز بودن است.<sup>۱</sup> بنیان حقوق خصوصی و قرارداد نیز بر مبنای آزادی شناخته می‌شود. از این جهت یکی از مهم‌ترین اصول حقوق قراردادی که برآمده از اصل حاکمیت اراده است، اصل آزادی قراردادی است که در بردارنده‌ی این پیام است: هر کس بهترین داور در تشخیص منافع خود بوده و عادلانه‌ترین و معقول‌ترین چیز برای هر شخص، آن چیزی است که خود او آن را خواسته است.<sup>۲</sup> همین امر سبب شده است که در حوزه قراردادهای مهم‌ترین اثر آزادی، عدم مداخله در روابط قراردادی باشد، اما به تجربه و به لحاظ وجود احتمال سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی در روابط خصوصی، آزادی بدون قید ممکن است منجر به ایجاد موانعی در شکل‌گیری قرارداد با تعهدات مورد دلخواه گردد. مثلاً با درج شروط سلب مسئولیت و یا وجه التزام‌های گزاف، برخلاف اراده واقعی و کامل طرف ضعیف فاقد قدرت چانه‌زنی، نتیجه‌ای غیر از خواست او رقم زده شود. در این وضعیت اصل آزادی بر ضد خود، یعنی سلب آزادی عمل می‌کند. از این رو اصل آزادی نباید مجوزی برای یک طرف باشد که با داشتن موقعیت قوی در قرارداد، هر شرط مخالف با حقوق بنیادین، ولو با قبول طرف مقابل را در قرارداد بکنجاند.<sup>۳</sup> برای احتراز از این نتیجه سوء، بر اساس دو مبنای مهم، آزادی محدود شده است: یکی از طریق مداخلات مربوط به تنظیم بازار و عموماً برای توزیع ثروت و همچنین مبارزه با اقدامات ضد رقابتی تحت عنوان حقوق رقابت و دیگری مداخلات برای حفظ ارزش‌های حقوق بنیادین و جلوگیری از استثمار.<sup>۴</sup> مبنای مربوط به جلوگیری از استثمار، تأکیدی مؤکد است بر احترام به حق کرامت

۱. هاشمی، سید محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، چاپ ۳، تهران، میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۱۱.

2. Chrenkoff, Arthur, "Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea", *Legal Philosophy*, vol. 21, 1996, pp.36-37.

3. Brownsword, Roger, *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedman and Daphn Barak-Erez, Oxford and Portland Orgeon, Dr. Hart Pub. 2001, p. 183 & Sen, G.M., *Freedom of Contract and Social change*, New Delhi, New Ware Printing Press, OKla Industrial Estate, Published by B.V. Gupta, 1977, p. 27.

4. Herres Thal, Carsten, *Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law*, in *Current problems in The Protection of Human Rights*, edited by Katjas Zieglen



انسانی طرف‌های قرارداد. مهم‌ترین وجه کرامت در قراردادهای نیز اجرای تمام و کمال اراده به دور از هرگونه فشار است که این همان احترام به استقلال خصوصی دو طرف قرارداد است. آنچه در این مقاله مدنظر است این است که چگونه می‌توان از طریق اصل استقلال خصوصی، در حقوق قراردادهای از استثمار یک طرف نسبت به دیگری، جلوگیری نمود. از طرفی حقوق قراردادهای بر مبنای اصل حاکمیت اراده، به طور سنتی، تحت نهادهای مربوط به عیوب اراده، نظیر اکراه، صغر سن، جنون و یا عدم رشد و یا تحت نهادهای مبتنی بر موانع نفوذ اراده، نظیر اشتباه و یا تدلیس، در صدد جلوگیری از استثمار در حقوق قراردادهای بوده است، اما آنچه ما در نظر داریم، فراتر از نهادهای سنتی است. وجود اصلی تحت عنوان استقلال خصوصی کارایی خود را نه بر اساس نهادهایی چون عیوب رضا یا اشتباه و تدلیس، بلکه در شرایطی که اراده اشخاص به طور کامل در قرارداد اعمال نشده است و منجر به نتیجه نامعقول و ناعادلانه شده است و بیشتر حاصل شرایط اقتصادی حاکم بر بازار است، نمایان می‌سازد. از طرف دیگر منع استثمار، به عنوان مبنایی در توجیه اصل استقلال خصوصی، موقعیتی هنجاری در قرارداد را معرفی می‌کند که بر اساس آن، تعهدات ناعادلانه‌ای که از روی ناچاری و نه اکراه، به دیگری تحمیل می‌گردد، بلااثر می‌شود.

مفهوم عدم استثمار به ایده شناخت و احترام به افراد، به عنوان افرادی مساوی و مستقل نظر دارد. در این زمینه هدف از آن جبران ناعادلانه بودن و عدم تساوی است که مبنایی برای نظریه‌هایی چون سوءاستفاده از قدرت یا اعتماد یا اشتباه طرف و بطلان شروط غیر منصفانه و غیر معقول قلمداد می‌گردد. این مبنا در تمامی قراردادهای با شرایطی که برخوردیم شمرده می‌تواند کاربرد داشته باشد.<sup>۱</sup>

and Peter M Huber, Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing Ltd in UK, 2013, p. 104. & Zhou, Qi, "Limits of Mandatory Rules in Contract Law: An Example in Agency Law", Legal Q. 357, N. 65, 2014, p.2.

طجرلو رضا، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادهای (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳، دوره ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۱۹۶.

۱. منع استثمار به وجه کرامت انسانی و مقابله با نقض حق‌های بنیادین بشری توجه داشته و مفهومی فراتر از انصاف تلقی می‌گردد. در ادبیات حقوقی در مورد مفهوم و کارایی انصاف مناقشاتی وجود دارد: انصاف مفهومی مبهم از عدالت شناخته شده است (کاتوزیان ناصر، فلسفه حقوق (منابع حقوق)، جلد دوم، چاپ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ص ۶۷۹). که با رویکردی اخلاقی-وجدانی (ابدالی مهرزاد، درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران، مجد، ۱۳۸۸، ص ۱۰۷). فاقد ضمانت اجراست و بیشتر آرمانی حقوقی تلقی می‌شود تا مبنا (تقی‌زاده ابراهیم، احمدی افشین، «جایگاه شروط

ممکن است این سؤال مطرح شود که اصل استقلال خصوصی چه رابطه‌ای با اصول دیگر حقوق قراردادها نظیر لزوم و یا صحت دارد؟ آیا استقلال خصوصی بر اصلی چون لزوم، حاکم است؟ در پاسخ و در تحلیلی که اختصاصاً در حقوق ایران به آن پرداخته‌ایم، به این سؤال پاسخ خواهیم داد. از این جهت ضمن تبیین اصل استقلال خصوصی، به این سؤالات نیز پاسخ خواهیم داد که اثر مهم این اصل در کدام زمینه‌های حقوقی خواهد بود؟ در صورت استناد طرف‌های قرارداد به اصل استقلال خصوصی، رفع تعارض چگونه صورت می‌پذیرد؟

دلیل آنکه در حوزه حقوق قراردادها مستقیماً به حق خودتعیین‌گری به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین حقوق بشری استناد نمی‌کنیم، بلکه از اصلی به‌نام استقلال خصوصی بهره می‌بریم، آن است که: اولاً، اصل حقوقی، مفهومی فراتر از حق داشته و استناد به آن تنها به حق خاصی ارجاع نمی‌گردد. ثانیاً، گاهی از حقوق بنیادین، به‌عنوان حق یاد می‌شود، گاهی به‌عنوان ارزش و گاهی نیز به‌عنوان اصل.<sup>۱</sup> ثالثاً، اینکه در برخی آراء دادگاه‌ها، گاهی به حق‌های خاص بنیادین بشری استناد می‌شود، ارزش خاصی، مثل حریت انسانی و یا احترام به زندگی خصوصی مدنظر است. رابعاً، اصل حقوقی مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی و کلی یک نظام حقوقی است که خود نیز بیان‌کننده حق‌هاست.<sup>۲</sup> در نتیجه اصل قلمداد کردن حقوق بنیادین، ایده‌ای کلی، مرگب از مجموعه قواعد مشخص و دارای رابطه‌ای منطقی ارائه می‌دهد که تفسیر قرارداد و ارائه راه‌حل بر اساس آن‌ها امکان‌پذیر است.

غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، پژوهش حقوق خصوصی، سال ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۴، صص ۱۰-۱۳) به دلیل همین مناقشات منع استثمار به‌عنوان مبنایی برای کاربرد اصل استقلال مورد استفاده قرار می‌گیرد که در وضعیت قراردادها اثر بطلان یا جبران خسارت به دنبال دارد اما انصاف به صحت قرارداد خدشه وارد نمی‌سازد و جبرانی را نیز در پی ندارد و فقط در حقوق برخی کشورها جبران خسارت ممکن است در شرایط خاصی بر اساس انصاف تعدیل گردد. از دیگر سو آنچه از منع استثمار ممکن است به ذهن متبادر گردد، منع بهره‌کشی در قراردادهای کار است. در این خصوص باید اذعان داشت اگرچه قراردادهای کار می‌تواند یکی از زمینه‌های مورد حمایت باشد اما به دلیل اینکه امروزه حقوق کار یکی از شاخه‌های مورد حمایت قانون‌گذاران در حوزه حقوق عمومی و سازمان بین‌المللی کار است، در حوزه اعمال مفاهیم حقوق بشری در حقوق خصوصی قرار نمی‌گیرد.

1. Walkila, Sonya, Horizontal Effect of Fundamental Rights in The EU Law, Groning, Europa Law Publishing, 2016, pp.54-55

۲. دورکین رونالد، جدی‌گرفتن حق‌ها، در کتاب حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق و فلسفه حق و فلسفه ارزش، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۲۵۰-۲۵۱.



در ابتدا به تعریف و جایگاه اصل استقلال خصوصی پرداخته سپس روش اعمال و آثار آن‌ها تبیین نموده و بعد موضوع تعارض استقلال خصوصی دو طرف را بررسی می‌کنیم و در نهایت با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای آلمان و انگلیس، جایگاه این اصل در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱. جایگاه اصل استقلال خصوصی

پیدایش حقوق فردی از مقوله‌ای به نام آزادی بوده است و قلمرو آن بر حسب قانون و قواعد بازی در اجتماع معلوم می‌گردد.<sup>۱</sup> اساسی‌ترین حق و بنیان حقوق خصوصی آزادی است که در آن سرنوشت مردم، به خودشان واگذار می‌گردد،<sup>۲</sup> اما در کنار آن و به باور بعضی در صدر اصول حقوق خصوصی، اصل تساوی مدنی قرار دارد که آزادی را در کنار برابری توجیه می‌نماید.<sup>۳</sup>

عدالت اجتماعی جان رالز نیز حول دو اصل آزادی و برابری دور می‌زند. اصل اول این است که آزادی برای همه بوده و اصل دوم این است که نابرابری‌ها باید به گونه‌ای سازمان‌دهی شود که هم به نفع محرومین جامعه باشد و هم برای تصدای مناصب عمومی همه دارای موقعیت برابر باشند.<sup>۴</sup> اقتضای اصل اول این است که همه انسان‌ها در برخورداری از زیربنایی‌ترین حقوق فردی و جمعی، مانند حق‌های حیات، مالکیت، اشتغال و... با هم برابر باشند. لازمه حفظ این برابری این است که افراد بدون دست‌یازی به حقوق یکدیگر به برقراری روابط اجتماعی بپردازند.

کانت از لحاظ حقوقی صفات تفکیک‌ناپذیر یک شهروند را سه چیز می‌داند: اولی اختیار قانونی، بدان معنا که از هیچ قانونی اطاعت نمی‌کند مگر قانونی که خود با آن موافقت کرده است؛ دوم تساوی مدنی، به این عنوان که هیچ‌گونه برتری اخلاقی برای مردم نسبت به

۱. موحّد محمدعلی، در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، چاپ ۳، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴، ص ۲۲۱.

2. Sturmer, Michael, *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, 2017, p. 35.

۳. بولانژه ژان، «اصل کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، شماره پیاپی ۱۰۵۸، دوره ۳۶، ۱۳۷۶، ص ۸۱

4. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge Massachusetts, Revised Edition, 1999 (first ed. 1971), p. 53.

او شناخته نمی شود؛ سوم استقلال مدنی، یعنی هستی و بقای او در جامعه ناشی از انتخاب و گزینش سایر افراد نیست، بلکه نتیجه استعداد خود او به عنوان عضوی از جامعه مشترک المنافع است.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر کرامت انسانی تضمین گر آزادی و برابری است. استقلال خصوصی معرف حیثیت انسانی، آزادی و برابری است. از این نظر اصل مزبور با تأکید بر کرامت انسانی تضمین گر آزادی و برابری طرف‌هاست که ریشه در بنیادی‌ترین حق‌های بشری دارد. با این وصف «احترام به شخصیت انسان مستلزم احترام به حق خودتعیین‌گری فردی اوست».<sup>۲</sup> مبنای حق خودتعیین‌گری نیز بر پایه کرامت انسانی توجیه می‌گردد. کرامت به عنوان محور تمام ارزش‌های حقوق بنیادین شناخته شده است که بر اساس آن انسان می‌تواند از زندگی خود لذت برده و حفظ عزت‌نفس و شرافت یک زندگی شایسته و حفاظت‌شده‌ای را در دنیای مدرن داشته باشد.<sup>۳</sup> از این نظر حق کرامت انسانی می‌تواند از دو منظر در حقوق قراردادی نگریسته شود: اعطاکننده قدرت و ایجادکننده محدودیت. در منظر اول، به انسان توانایی اعطاء می‌نماید که اراده خود را به نحو مستقل اعمال نماید. در مقابل منظر دوم، کرامت انسانی ورای اراده افراد است و حتی قراردادی را که با انتخاب ارادی منعقد شده است را اگر مخالف کرامت انسانی باشد محدود سازد.<sup>۴</sup> این موضوع در کنار آزادی توجیه‌پذیر است که توضیح آن خواهد رفت. از سوی دیگر آزادی در حوزه قراردادهای در صدد برقراری تعادل و تساوی طرف‌هاست.

لذا استقلال خصوصی نه تنها بنیان حقوق خصوصی را تشکیل می‌دهد، بلکه اجرای آزادی‌های بنیادین و همچنین ورود و فعالیت در بازار و اقتصاد نیز بستگی به این اصل اساسی

۱. کانت ایمانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی، چاپ ۴، تهران، نقش و نگار، ۱۳۹۳، ص ۱۷۰.

2. Pinto Oliveria Nuno Manuel, MacCrorie Benedita, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law*, The Netherlands, Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV), 2008, p. 113.

3. Lytvynyuk Anna, *Fundamental Rights Operation in Privat Law*, (Hamburg, Verlag Dr. Kovac Pub., 2010, p. 36.

4. Marella, Rosaria Maria, *Human Dignity in a Different light: European Contract Law, Social Dignity and The Retreat of The Welfar State*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, (Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV), The Netherlands, First ed., 2008), pp. 129-130.



دارد.<sup>۱</sup> مواد یک تا سه اعلامیه جهانی حقوق بشر بر آزاد به دنیا آمدن انسان، برخوردی از آزادی‌ها و حق زندگی آزاد و امنیت شخصی اشاره کرده است. در خصوص برابری نیز دیباچه و مواد یک و دو 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.

از این نظر بسیاری از اصول حقوق اساسی و حقوق بشر مبتنی بر آزادی‌ها و حقوق فردی است. به ویژه اینکه کرامت انسانی مبنای آن باشد. آزادی محور اعمال اراده و خواست شخص و برابری محور تعادل در حقوق و تکالیف خواهد بود. با این وصف استقلال خصوصی اصلی حقوق بشری تلقی گردیده است.

### ۱-۱. انطباق حقوق قراردادی با اصل استقلال خصوصی

نقش اصل آزادی قراردادی این است که طرفین را قادر می‌سازد، امور حقوقی خود را به‌طور مستقل و بر اساس خودتعیین‌گری با تنظیم قرارداد شکل داده و دولت نیز با احترام به آن، طرفین را مجبور به اجرای قراردادشان نماید. یک وجه این اصل، عدم مداخله دولت و محاکم در محتوای قرارداد است که تحت عنوان آزادی‌های منفی شناخته می‌شود. تبعیت بی‌چون‌وچرا از آزادی‌های منفی که برخاسته از فلسفه فایده‌گرایی در قرون ۱۷ و ۱۸ است، خود ممکن است سبب بهره‌کشی و سوءاستفاده از طرف ضعیف شوند.<sup>۲</sup> وجه دیگر، نگاه مدرن اخلاق و سیاست به آزادی در حوزه حقوق قراردادی است که هم‌سو با اصل برابری و منع استثمار قدم برمی‌دارد<sup>۳</sup> و از آن تحت عنوان آزادی‌های مثبت یاد می‌شود.<sup>۴</sup> این وجه آزادی، بدان معناست

1. Leible, Stefan, *Fundamental Freedoms and European Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law* (The Netherlands, Wolsters Kluwer Law & Business, 2008, p. 65.

2. Macqueen Hectrol, Bogle, Stephen, *Private Autonomy and The Protection of The Weaker Party: Historical, In General Principles of Law: European and Comparative Perspective*, edited by Vogenauer & Weatherill, Stefan & Stefan, Hart Publishing, Orgeon, Oxford and Portland, 2017, p.272.

3. Kimel, Dori, *Personal Freedom and The Protection of The Weaker Through The Lens of Contract: Jurisprudence Overview, in General Principles of Law: European and Comparative Perspective*, edited by Vogenauer & Weatherill, Stefan & Stefan, Orgeon, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, p.299.

4. Cserne, Péter, "Reasons for Limiting Freedom of Contract: Questions of Philosophy and Policy", *Legal Theory: HU ISSN 1588-080X*, N. 1, Jogelméleti Szemle, április 9, 2013, p.5.

که شخص بر اساس تشخیص خود با اختیار کامل، تصمیمی را اتخاذ و اجرا می‌نماید. این همان چیزی است که اراده واقعی و مستقل نامیده می‌شود.<sup>۱</sup> در واقع وجه مثبت آزادی، در خودتعیین‌گری<sup>۲</sup> و رشد آزادانه شخصیت است.<sup>۳</sup> در این زمینه فیلسوف معروف آیزیا برلین (۱۹۰۹-۱۹۹۷) در اثر خود به نام چهار مقاله، آزادی را در دو مفهوم مثبت و منفی تعبیر نموده است: آزادی مثبت، بخشی از معنای عقلانی است که انسان مختارانه و کارگزارانه برای تمام امور زندگی خود بدون اینکه کارپذیر باشد، تصمیم‌گیری نماید.<sup>۴</sup> آزادی منفی، نبودن بند و محدودیت است.<sup>۵</sup>

در نگاه تاریخی و فلسفی به وجوه یادشده، در مورد اصل آزادی، می‌توان به دو نظریه راجع به حقوق قراردادی اشاره نمود: نظریه کلاسیک (سنتی) و نظریه نئوکلاسیک (مدرن). نظریه کلاسیک بر پایه صلاحیت همه‌جانبه طرف‌های قرارداد طرح‌ریزی شده است. از این جهت قرارداد یک امر خصوصی محسوب می‌گردد. در این نظریه دادگاه‌ها نقشی منفعل داشته و در نحوه توزیع حقوق و مسئولیت‌های قراردادی تحت عنوان عدالت، دخالت نمی‌کنند.<sup>۶</sup> در نظریه کلاسیک، نه تنها برابری پیش‌فرض حاکمیت اراده نبوده، بلکه قرارداد بر پایه اصول پوزیتیویستی قانونی تفسیر شده که در آن هرگونه محدودیت در اراده، فارغ از هرگونه نظریه‌های رفاه عمومی یا عدالت اجتماعی و یا اصول هنجاری تفسیر می‌گردد.<sup>۷</sup> با این وجود تبعیت بی‌چون و چرا از اصل آزادی قراردادی سبب می‌شود قرارداد بیشتر از آنکه انعکاسی از انتخاب آزاد و یا در نتیجه اعمال اراده همه‌جانبه طرف‌ها باشد، انعکاسی از اراده طرف قوی باشد.<sup>۸</sup> لذا نظریه دیگری تحت عنوان تئوری نئوکلاسیک پدید آمد که در آن هنجارهایی چون عدالت

1. Macqueen & Bogle, Op. cit., p. 273.

2. Self-determination

3. Colombi Ciacchi, Aurelia, "Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union", European Review of Contract Law, 6 ERCL, vol. 3, 2010, p. 2.

۴. برلین آیزیا، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، تهران، خوارزمی، ۱۳۶۸، صص ۲۴۹-۲۵۰.

۵. همان.

6. Hahlo, H. R, "Unfair Contract Terms in Civil-Law Systems", SA Law Journal, vol. 98, 1981, p. 70.

7 Ibid, p 52.

۸. کرمی سکینه، «نابرابر قدرت چانه‌زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲، دوره ۷

۱۳۹۵، ص ۶۹۴ - کاتوزیان ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق

دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳، دوره ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۳۲۳.





اجتماعی، کرامت انسانی و حق‌های اساسی نقش آفرینی می‌کنند.<sup>۱</sup> این تئوری رویکردی فراتکنیکی داشته و در صدد آن است که حقوق قراردادی به‌نحو هنجاری چگونه باید باشد و چگونه تکامل یابد.<sup>۲</sup> در این رویکرد برخلاف تئوری کلاسیک، عادلانه‌ترین روش در صحنه تقابل منافع قراردادی، بی‌طرفی و عدم مداخله و یا مداخله محدود، نیست.<sup>۳</sup> منطق اساسی تئوری نئوکلاسیک، متمرکز بر تساوی بین افراد است. از این جهت آزادی‌های فردی، فرد را آزاد می‌گذارند تا حق و اراده خود را از روی اختیار اعمال کنند، اما این آزادی‌ها نباید منجر به استثمار یکی بر اساس موقعیت نابرابر توسط دیگری شود.

برای در کنار هم قرار دادن دو رویکرد فوق ضرورت دارد آزادی قراردادی به‌عنوان یکی از حق‌هایی بنیادین شناخته شده، در کنار و در ارتباط با سایر حق‌های اساسی مورد تحلیل قرار گیرد. از همین رو نباید آزادی قراردادی را در دو زمینه جدا، یکی آزادی در حقوق عمومی - اساسی و دیگری آزادی در حقوق خصوصی، بررسی نمود؛<sup>۴</sup> بلکه باید مفهومی تلقی گردد که هم مبنای حق اساسی فرد در حوزه حقوق خصوصی مبتنی بر خواست طرف به‌دور از هرگونه مداخله باشد و هم تضمینی برای حفظ شئون انسانی، کرامت و اراده او. مقتضی آن، امکان اعمال خواست تمام و کمال و به‌دور از فشار طرف‌های قرارداد است.

استقلال خصوصی در حقوق قراردادی، بر تساوی حقوق و تکالیف طرف‌ها در شرایط نابرابر تأکید دارد.<sup>۵</sup> بر این اساس در عین حالی که بر جنبه‌های خاص آزادی تأکید می‌شود،

1. Feinman, Jaym, *Relational Contract Theory in Context*, 94 NW. U. L. Rev 734(2000), In *Perspectives on Contract Law*, edited by Rany E. Barnett, Fourth edition, (New York, Wolters Kluwer Law & Business), 2009, p.484.

2. Barnett, Randy E., *Perspective on Contract Law*, (New York, Wolters Kluwer: Law & Business), Published by Aspen Publishers, 4th ed., 2009, p.513.

3. Phang, Andrew, "Security Contract and the Pursuit of Fairness", *Journal of contract Law*, Vol. 1(2000), pp.1-2.

4. Flessner, Alex, *Freedom of Contract and Constitutional Law in Germany*, in *Freedom of Contract and Constitutional Law: General Report*, 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 Coparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, Hamaccabi Press, 1998, p.11.

5. Gutmann, Thomas, *Theories of Contract and the Concept of Autonomy*, Münster, Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics of Münster University, 2013, p. 4.

اصل برابری در برقراری تعادل میان حقوق و تکالیف طرف‌ها ایفای نقش می‌نماید.<sup>۱</sup> به همین جهت بهترین اصلی که می‌تواند آشتی میان نظریه کلاسیک و نئوکلاسیک را برقرار سازد و از جهتی خود وجه مثبت آزادی قراردادی تلقی گردد، اصل استقلال خصوصی است. اصل یاد شده در حقوق قراردادی ضمن تأکید هرچه بیشتر احترام به شخصیت انسانی، بیانگر حق خودتعیین‌گری فردی است. فقدان احترام به خودتعیین‌گری به معنای عدم وجود حقوق اساسی خواهد بود.<sup>۲</sup> در این میان بر اساس حق شناخته‌شده‌ی تعیین‌گری<sup>۳</sup> شخص می‌تواند آزادانه تصمیم خود را در تمام زمینه‌ها، به دور از هرگونه مداخله، با رضایت‌مندی، اتخاذ نماید.<sup>۴</sup> بنیان بسیاری از حق‌های بشری را می‌توان در این حق یافت، مثلاً حق کرامت انسانی یا آزادی رفت‌وآمد یا برابری افراد، همگی نشأت گرفته از حق یا اصل خودتعیین‌گری است.<sup>۵</sup> در این وضعیت استقلال خصوصی سبب می‌شود شخص به‌زعم خود بتواند به‌طور مستقل و همراه با موقعیت‌ها و فرصت‌های برابر اقتصادی-اجتماعی، زندگی مستقل و مطلوب خود را انتخاب نماید.<sup>۶</sup>

حق خودتعیین‌گری خود ریشه در حق والاتر برابری دارد؛ زیرا برابری هم تضمینی برای حفظ شئون انسانی است که احترام به اراده را در حد کمال پاس می‌دارد و هم تعادل میان حقوق و تکالیف را برقرار می‌سازد.<sup>۷</sup> اساساً رویکرد حقوق بشر به تمام حق‌ها نیز مساوات‌طلبانه است تا انسان‌ها به‌طور برابر، فرصت‌ها را به دست آورده و حقوق خود را در شرایط برابر

1. Colombi Ciacchi, Op. cit., p. 3.

2. Pinto, Op. cit., p.201.

3. Self-Determination

Kapitan, Tomis, *Self-Determination and Human Rights, in Theoretical Foundations of Human Rights: Collected Papers Second International Conference on Human Rights-17-18 May 2003*, Qom, Mofid University, Center for Human Rights Studies, 2003, p.359. Cherednychenko, Olha, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht University Institute for Legal Studies, prof. dr. W.H. Gispen, (PhD thesis), 2007, p. 219.

5. Ibid, p. 360.

6. Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Massachusetts and London, President and Fellows of Harvard College & Harvard and Cambridge University Press, First ed., 1993, p.243.

۷. ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر: «تمام افراد بشر... از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند...»



اعمال نمایند.<sup>۱</sup> در این رهاورد ضروری است که اصل حاکمیت اراده دوشادوش اصل برابری تعریف شود.<sup>۲</sup> در این مدل، حاکمیت اراده اساس قرارداد است، اما اشخاص امکان اعمال حقوق خود را به نحو برابر دارند. به همین سبب خدشه به اصل برابری، باعث اختلال در استقلال فرد می‌گردد. این موضوع در نظر برخی نظریه پردازان به قدری اهمیت یافته است که برابری را ارزشی مهم‌تر و بنیادی‌تر از آزادی می‌دانند و حتی آزادی را ارزشی تلقی نموده که محصول برابری است.<sup>۳</sup> برخی برآنند که برابری طرف‌ها یکی از قواعد عالی است که صحت قرارداد منوط به رعایت است.<sup>۴</sup> اما 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 هم سو با بعضی نظریه پردازان نیز می‌توان ادعا نمود در نظریه کلاسیک، پیش فرض آزادی قراردادی، برابری طرف‌ها بوده است.<sup>۵</sup> اما از آنجا که نهادهای سنتی نظیر منع تدلیس، لزوم ارائه اطلاعات درست و منع اکراه در شرایطی که اراده به طور کامل در قرارداد اعمال نشده است، حمایت کافی و کامل از حق اساسی فرد را لحاظ نکرده‌اند، اصل برابری با تکیه بر حق خودتعیین‌گری در کنار اصل حاکمیت اراده، منجر به استقلال اراده خواهد شد. بدین منظور، باید تقدس قرارداد، به مفهوم سنتی، کنار گذاشته شده و در مقابل، اداره آن با معیار معقولیت، حفظ برابری، استقلال و رعایت ارزش‌های فردی و اجتماعی، 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 اراده مستقل افراد در شرایط برابر باشد. از این طریق گستره تعهدات قراردادی نیز تابعی از خواست واقعی طرف‌ها می‌باشد. این روند را

۱. جونز پیتز، فلسفه حقوق (حق‌ها) میانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، (تهران، میزان، ۱۳۹۲) ص ۱۲۶.

2 Gutmann, Thomas, "Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract, Law and Contemporary Problems", No. 2, Vol. 76:39, 2013, p. 40.

۳. موحد، منبع پیشین، صص ۳۳۴-۳۳۷.

۴. لوک اوبر ژان، کولار دو تیول فرانسوا، حقوق تعهدات: قراردادهای، ترجمه مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۹۰، ص ۸۹.

5. Shiffrin, Seana Valentine, The Divergence of Contract and Promise, Harvard Law Review, Vol. 120, 2007, in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, (New York, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth edition, 2009, pp.290-293.& Cohen, Morris R., The Basis of Contract, 4 Harv. L. Rev. 533, 1933, New York, Pub. Harvard Law Review Association, in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, Fourth edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pp. 192, 196.

بعضی دیگر اینگونه توجیه کرده‌اند که آزادی قراردادی اصلی عام بوده، اما استقلال خصوصی به‌عنوان اصلی خاص، آن را تخصیص می‌زند،<sup>۱</sup> اما به‌نظر می‌رسد اصل آزادی قراردادی در کنار اصولی نظیر استقلال خصوصی، برابری و یا منع تبعیض تفسیر می‌شود.

استقلال خصوصی به‌عنوان یک ایده سازمان‌دهنده‌ی حقوق قراردادی، توجیه‌کننده‌ی یک پلورالیسم ساختاری است، به‌طوری‌که از یک سو معرف نظریه‌ی کلاسیک و احترام به آزادی‌های منفی است و از دیگر سو خود هم‌ردیف آزادی قراردادی، معرف حق خودتعیین‌گری است.<sup>۲</sup> در هر قرارداد هر طرف می‌تواند به اصل استقلال خود در مقابل دیگری استناد کند. در این دیدگاه استقلال خصوصی، کیفیتی از وجدان درونی اشخاص است که باید در روابط با دیگران به‌طور معقول و متعارفی اعمال گردد.<sup>۳</sup> در توجیه این نظریه باید گفت: اولاً ایراداتی که مربوط به دخیل نمودن ارزش‌هایی مثل انواع عدالت یا انصاف که هر یک مستلزم بحث‌هایی گسترده است، وجود ندارد. در واقع در نظریه‌ی مورد پذیرش، هیچ‌گاه به تئوری‌هایی که منجر به بازتوزیع ثروت شود، اشاره ندارد. ثانیاً روش توجیهی مداخله در قرارداد به شرحی که خواهد آمد، از طریق اساسی‌سازی غیرمستقیم صورت می‌پذیرد که در آن محاکم می‌توانند به حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی از طریق همین قواعد حقوق خصوصی و حقوق قراردادی گام بردارند. ثالثاً اصل آزادی در همه موارد عدم تعادل در قدرت چانه‌زنی، تحدید نمی‌شود و یا اصل لزوم، همیشه تخصیص نمی‌خورد، بلکه ممکن است گاهی قیدی یا تکلیفی برای طرف‌ها جهت احتراز از نقض حق خودتعیین‌گری بار شود. در نتیجه استناد به اصل استقلال خصوصی طرفین موجب می‌شود که در هر پرونده شرایط و موقعیت طرفین و محتوای آن در نظر گرفته شود و حمایت همیشگی در هر قراردادی که یک طرف آن ضعیف است، صورت نگیرد.

1. Beckert, Jens, *The Great Transformation of Embeddedness in Market and Society: The Great Transformation Today*, edited by Hannand Hart, Chris and Keit, (Cambridge, Cambridge University, First ed., 2009, p.39.

2. Frankenberg, Gunter, "Remark on the Philosophy and Politics of Public Law", *Legal Studies*, No.2, vol. 18, 1998, p. 184.

3. Mac Cormick, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 250.



## ۱-۲. روش اعمال اصل

لحاظ کردن برابری و حق خودتعیین‌گری به‌عنوان حق‌های اساسی فرد در قرارداد، از طریق تئوری اساسی‌سازی امکان‌پذیر است. اساسی‌سازی حقوق خصوصی بدان معناست که حقوق بنیادین افراد از قلمروی سنتی خود (رابطه عمودی دولت-فرد) خارج شده و در روابط افقی شهروندان نیز قرار گیرد.<sup>۱</sup> تئوری اساسی‌سازی، با پایه قرار دادن هنجارهای اساسی به شیوه واحد، هم در حقوق خصوصی و هم در سایر گرایش‌ها، یک پیکره مشترک را تشکیل می‌دهد که خود منجر به زوال مرزهای تمایز حقوق خصوصی و حقوق عمومی می‌گردد.<sup>۲</sup> تأثیر حقوق اساسی در این زمینه به معنای حاکمیت حقوق عمومی بر حقوق قراردادهای نیست، بلکه منظور همان اعمال حقوق قراردادهای بر روابط طرفین است که حقوق اساسی و بنیادین بشری در آن مورد حمایت قرار می‌گیرد. اساسی‌سازی حقوق قرارداد نه تنها به دنبال تقویت و جایگزینی اصول اساسی و حقوق بنیادین بشری در قرارداد است، بلکه مروج تئوری آزادی نیز هست.<sup>۳</sup> تفکر پیش‌زمینه‌ی تئوری اساسی‌سازی این نیست که حقوق قراردادی به‌خودی‌خود سیستمی برای اعمال و اجرای حقوق بنیادین بین اشخاص خصوصی باشد، بلکه این است که سیستمی برای حفاظت و حمایت از ارزش‌ها و حقوق بنیادین با ابزارهای حقوق خصوصی، ایجاد شود.<sup>۴</sup>

۱. طهماسبی علی، «فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳، دوره ۱۶، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸. گرجی ازندریانی علی‌اکبر، «حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸.

۲. فاورو لویی، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، شماره ۳، ۱۳۸۳، ص ۲۱۳.

3. Gutmann, Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract, Law and Contemporary Problems, Op. cit., p. 49.

4. Mak, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Netherland, Kluwer Law International, 2008, pp. 49-50 & Barak, Justice Aharon, "Constitutional Human Rights and Private Law", Yale Law School Faculty Scholarship Review of Constitutional Studies, No.2, Vol. III, Review of Constitutional Studies, 1996, p. 236. & Vittoria Onufrio, Maria, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?* InDret, Vol. 4, Palermo, University of Palermo, 2007, p. 5.

نظر به وجه حقوق بشری اصل استقلال خصوصی مناسب‌ترین محور نفوذ آن در قرارداد، از طریق اساسی سازی غیرمستقیم می‌باشد. از این نظر برای اساسی سازی دو روش بیان شده است: اساسی سازی مستقیم و اساسی سازی غیرمستقیم. در تأثیرگذاری مستقیم هر یک از طرفین می‌تواند به حقوق بنیادین خود مستقیماً استناد کند و دادگاه بدون برگشت به قواعد حقوق خصوصی، حقوق بنیادین را مورد لحاظ قرار دهد و اگر هم به موادی از قواعد قانونی در حوزه حقوق خصوصی ارجاع شود، فقط به‌عنوان یک پوشش در رسیدن به نتایج مطلوب است.<sup>۱</sup> در تأثیرگذاری غیرمستقیم، حقوق بشر منبعی الهام‌بخش برای تفسیر قوانین و قواعد حقوق خصوصی قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> در این روش حق‌های اساسی برای تقویت موضع استنادکننده، صرفاً به‌عنوان اصول راهنما و الهام‌بخش در پرتو تفسیر، توسط قاضی اعمال می‌گردد.<sup>۳</sup> از این جهت در شیوه غیرمستقیم قواعد حقوق قراردادی در لوای ارزش‌های حقوق بنیادین اجرا قرار می‌گردند.

### ۱-۳. کاربرد و معیارهای اصل

اصل استقلال خصوصی با وجهی که از منع استثمار مدنظر است، دارای آثار مختلفی است که مهم‌ترین آن حمایت از طرف ضعیف و مقابله با قراردادهای غیرمنصفانه است. در این خصوص، اینکه معیار ضعیف و یا ملاک غیرمنصفانه بودن قرارداد چیست، محل سؤال است؛ زیرا ممکن است طرف ضعیف در بعضی مواقع، نظیر مصرف‌کننده یا کارگر، به معنای واقعی ضعیف نبوده و نیاز به حمایت نداشته باشد و یا شرطی به‌ظاهر ناعادلانه باشد، اما در اوضاع و احوال خاص، غیرمنصفانه نباشد. در وضعیت اخیر، حمایت، خود ضد نوع دوستی و نقض حقوق بنیادین است.

در مورد معیار ضعیف، عموماً این اعتقاد وجود دارد که در ساختار بازار، مصرف‌کننده نقش منفعل دارد و در موقعیت ضعیف قرار دارد؛ اما این ایده به شدت مورد انتقاد است؛ زیرا نه تنها دربردارنده معیاری ثابت نبوده، بلکه در بسیاری از معاملات باوجود طرف قرارداد بودن

1. Cherednychenko, Olha, "Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?," *Utrecht Law Review*: Pub. Igitur, Vol. 3, Issue 2, 2007, p. 2.

2. Cirtautiene, Solveiga, "Impact of Human Rights on Private Law in Lithuania and Other European Countries: Problematic Aspects," *Jurisprudence*, 20(1), 2013, p. 80.

۳. مسلم‌زاده محمد، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۹۴. صص ۳۶۵-۳۶۶.



بنگاه اقتصادی مسلط، طرف ضعیف نیز سود فراوانی می‌برد. به نظر می‌رسد معیار ضعف، به دو نوع شکلی و ماهوی تقسیم می‌گردد.

ضعفی که مربوط به مرحله مذاکرات و در فرایند تشکیل قرارداد است که تحت عنوان ضعف شکلی از آن یاد می‌شود. در این نوع فرایند، رعایت انصاف در جریان مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد است که در صدد تعادل در جریان تشکیل عقد است. در واقع چنانچه در مرحله انعقاد، نابرابری و عدم تعادل قدرت چانه‌زنی، منجر به ظالمانه شدن قرارداد و اجحافی شدن بخشی از آن گردد، مشمول حمایت است. معیار شکلی را می‌توان در دو دسته کلی قرار داد: یکی زمینه‌های فردی و دیگری زمینه‌های اجتماعی-اقتصادی. زمینه‌های فردی متفاوت از عیوب رضاست که یک طرف با توجه به شرایط و ویژگی‌های شخصی‌اش در موقعیت قدرت چانه‌زنی ضعیف قرار می‌گیرد و در نتیجه نمی‌تواند به نحو معقولانه تصمیم‌گیری نماید که از آن تحت عنوان نابرابری ضعف-محور یاد می‌گردد. عوامل آن می‌تواند ناشی از رابطه خاص حاکم بین طرفین باشد که شخص ضعیف بنا به اعتماد و یا تحت تأثیر یک فامیلی، اضطراب، نیازمندی و یا عدم مهارت ایجاد شده است. زمینه‌های اجتماعی-اقتصادی در واقع ناشی از ناکارآمدی اقتصادی حاکم بر بازار است که تحت عنوان نابرابری قدرت-محور از آن یاد می‌شود.<sup>۱</sup>

معیار ماهوی زمانی است که مفاد و یا اجرای قرارداد، به طور غیر معقولی گزاف باشد. نمونه بارز آن فقدان تعادل معقول و متعارفی میان عوضین، شروط، حقوق و تکالیف طرفین و یا دشواری اجرای قرارداد برخلاف متعارف و شئون انسانی است، به طوری که سودمندی معقولی برای طرفین دربر نداشته باشد.<sup>۲</sup>

۱. کرمی، منبع پیشین، صص ۶۹۶-۶۹۹.

۲. گام مهم حمایت از طرف ضعیف و مقابله با شروط غیرمنصفانه، مقررات موجود در اتحادیه اروپا در این زمینه است که یکی از مهم‌ترین مقررات، دستورالعمل شماره ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه اروپا سال ۱۹۹۳ درباره شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف است. وفق ماده ۳، شرطی که به طور خاص مورد مذاکره واقع نشده، اگر برخلاف آنچه حسن‌نیت ایجاد می‌نماید، عدم تعادل مهمی در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به ضرر مصرف‌کننده ایجاد نماید، غیرمنصفانه نموده است. متن پیوست بند ۳ ماده ۳ دستورالعمل مزبور، هفده مورد از مصادیق غیرمنصفانه ماهوی را به طور غیرحصری معرفی می‌کند.

هیچ‌یک از این معیارها به تنهایی برای ضعیف قلمداد کردن یک طرف کافی نیست، بلکه هم معیار شکلی و هم ماهوی باید با هم در نظر گرفته شود.

## ۲. تعارض استقلال خصوصی طرفین قرارداد

استقلال خصوصی تعبیر دیگری از فردگرایی است، اما تأکید آن بر آزادی فرد در فضا و زندگی خصوصی‌اش در مقابل زندگی عمومی است، به طوری که بتواند برای خود تصمیم آزادانه گرفته و منافع خود را در راستای سلايق خود و نیازهای خود در روابط با دیگران تعیین کند و در عین حال این آزادی مطلق نبوده و در گروی احترام به تصمیم و مقررات دولت دموکراتیک است.<sup>۱</sup> در این تعریف از استقلال خصوصی، استقلال یک فرد مبتنی بر استقلال دیگری تعریف و تشریح می‌گردد.

برخورد برابر با حق‌ها، حداقل انتظار متعارف هر صاحب حقی است. مهم‌ترین پیام اصل بنیادین برابری، برخورد مساوات‌طلبانه با حق‌هاست، اما 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 سلسله‌مراتب ضابطه‌مندی ارائه نشده است.<sup>۲</sup> به طور مثال ممکن است هر طرف قرارداد به حق بنیادین متفاوت با دیگری، یک طرف آزادی بیان و دیگری حریم خصوصی استناد کنند و یا ممکن است دو طرف به استقلال خصوصی خود استناد کنند. حال کدام بر دیگری ترجیح داشته و مرجح آن چیست؟ در بحث استناد به استقلال خصوصی یک طرف، آزادی یکی بر آزادی طرف دیگر ترجیح داده می‌شود که مسئله تزاخم دو حق آزادی و رفع تعارض آن‌ها پیش می‌آید.

در تعارض حق‌ها با یکدیگر، چاره‌ای جز مهم‌تر قلمداد کردن یکی و ترجیح آن وجود ندارد.<sup>۳</sup> در این زمینه بهترین روش، سنجش آثار اعمال هر حقی با استفاده از اصل تناسب

1. Mak, Op. cit., p. 201.

2. Sturmer, Op. cit., p. 38.

۳. قربان‌نیا ناصر، «تحدید حقوق و آزادی‌ها»، حقوق اسلامی، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، صص ۱۲-۱۳ و قاری سید فاطمی سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، دفتر یکم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ ۲، ۱۳۸۸، صص ۱۸۰-۱۸۱.





است.<sup>۱</sup> در این روش به طور موردی ضررها و آثار هر یک، مورد مقایسه قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> در این حالت برای تشخیص شدت آثار نقض، باید یک هنجار بر هنجار دیگری در همان موضوع برتر دانسته شود. مثلاً در تعارض میان حق کرامت انسانی 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. در این زمینه در ابتدا باید اهداف هر حق را در نظر داشت و حقی که بیشترین محدودیت متناسب با هدف مورد نظر بر آن وارد می‌شود، ترجیح داده شود، اما در این میان باید دو امر 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 استثناء بر اصل نگردد. دوم، تحدید حق تا اندازه ضروری و به قدر نیاز صورت گیرد.<sup>۳</sup> در صورتی که نتوان نه از حیث محدودیت وارد بر هدف حق یا هنجار مورد نظر آن و نه از حیث شدت آثار سوء نقض و نه از حیث منافع از دست رفته، حقی را بر حق دیگر ترجیح داد، اید مطابق همان روش و ابزارهای سنتی حاکم بر حقوق قراردادی نظیر نظم عمومی عمل نمود.

جالب‌ترین پرونده در بحث رفع تعارض دو حق بنیادین، پرونده تست اچ.آی.وی. در هلند<sup>۴</sup> است. در این پرونده دندانپزشکی که در حین جراحی دستش را بریده و با خون بیمار تماس داشت، تقاضای تست اچ.آی.وی. از بیمار نمود تا مطمئن شود آلوده نشده است، اما بیمار از انجام آزمایش خودداری نمود. احتمال وجود ایدز از آنجا تشدید می‌شد که بیمار یکی از افراد وابسته به جمعیت دارای احتمال بیماری ایدز بود. بعد از شکایت دندان‌پزشک، دادگاه هلند حکم به نفع دندان‌پزشک داد و دفاعیات بیمار با این ادعا که یکی از حقوق بنیادین او، حق بر تمامیت جسمانی است و هیچ کس حق ندارد او را مجبور به انجام آزمایش پزشکی

1. Sturmer, Op. cit., pp. 46-47.

2. Busch, Christoph, *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, First ed., University of Osnabruck, 2011, p. 17.

3. Ibid, p. 157-158.

4. HR 12 December 2003N J 2004,117(HIV- test II; deotist)

نماید، مردود اعلام کرد.<sup>۱</sup> در این پرونده از سویی دندان پزشکی برای اینکه مطمئن شود که دارای بیماری ایدز نمی باشد، باید تحت مراقبت های شدیدی برای مدت ۶ هفته قرار می گرفت و تا ۶ ماه نیز این اضطراب را تحمل می نمود. از سوی دیگر بیمار ضمن استناد به حق بنیادین تمامیت جسمی خود، مدعی بود پزشک از وقوع چنین اتفاقاتی در حین کار مطلع بوده و باید احتیاط لازم را به عمل می آورد. دادگاه با دو حق متعارض مواجه بود: حق دندان پزشکی بر اطلاع از وضعیت خود و عدم ورود در یک پروسه طاقت فرسای روحی و جسمی (مبتنی بر اصل حفظ سلامت و حیات جسمانی) و حق بیمار بر تمامیت جسمی خود (مبتنی بر اصل استقلال خصوصی).<sup>۲</sup> دیوان عالی هلند نیز از یک سو به قرارداد درمانی خصوصی فی مابین طرفین که در آن اسرار بیمار و حقوق بنیادین او باید رعایت گردد و از دیگر سو با اصل سلامت جسمانی پزشک و درعین حال بی احتیاطی خود دندان پزشکی در ابتلایش به ایدز توجه داشت. نهایتاً دیوان عالی با این موضوع که حسن نیت دندان پزشکی محرز بوده و آزمایش برای بیمار در بردارنده نقض بسیار ناچیز حقوق بنیادین او بوده، حق بنیادین پزشک را مخالف اصل استقلال خصوصی بیمار در قرارداد ندانسته، او را ملزم به انجام آزمایش نمود.<sup>۳</sup> این پرونده نمونه ای جالب است که نقض حقوق بنیادین در تعارض این دو حق، باید به طور معقول و عادلانه ای توجیه گردد. در این پرونده نقض حقوق بنیادین بیمار سبک تلقی شده و نقض حقوق بنیادین پزشک شدیدتر در نظر گرفته شده است.

### ۳. مطالعه تطبیقی

ذیلاً به وضعیت حقوق کشورهای آلمان و انگلیس که در حمایت از طرف ضعیف و مقابله با شروط غیر منصفانه به اصل استقلال خصوصی استناد کرده اند، می پردازیم.

#### ۳-۱. حقوق آلمان

در آلمان، دادگاه قانون اساسی، به عنوان عالی ترین مرجع قضایی، ناظر رعایت و عدم نقض حقوق اساسی و بنیادین این کشور بوده و هر کس که مدعی نقض حقوق اساسی اش توسط دادگاه ها یا ارگان های دولتی باشد، می تواند به این مرجع مراجعه نماید. رویه قضایی محاکم

1. Mak, Op. cit., pp.97-98.

2. Ibid, p. 98.

3. Cherednychenko, Olha, Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?, Op. cit., pp. 10-11.



مدنی و همچنین استقلال دادگاه قانون اساسی در آراء صادره، در حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی حقوق خصوصی از طریق اساسی سازی به شیوه غیر مستقیم و در لوای قواعد و اصول حقوق خصوصی نظیر نظم عمومی، حسن نیت و اخلاق حسنه صورت می پذیرد.<sup>۱</sup> گاه حقوق بنیادین در پرونده های متعدد در روابط قراردادی<sup>۲</sup> در دیوان عالی، با نقشی تفسیری مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

در زمینه استقلال خصوصی، دادگاه قانون اساسی در دو پرونده موسوم به قراردادهای بیمه،<sup>۴</sup> انتقال قرارداد را با وجود شرط در قرارداد بر امکان آن، مورد تأیید قرار نمی دهد. در این پرونده ها شرکت بیمه گر قرارداد بیمه را به شرکت بیمه گر دیگری بدون رضایت بیمه شده انتقال می دهد. همین امر سبب می شود که وضعیت بیمه شده به خاطر وضعیت نابسامان مالی بیمه گر دوم وخیم گردد. دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان، علی رغم وجود شرط مبنی بر امکان انتقال تعهدات قراردادی، با این استدلال که یک نابرابری در قدرت چانه زنی بین بیمه گر و مصرف کننده وجود داشته و اینکه بیمه شده امکان خودتعیین گری را نداشته است، انتقال را بلااثر دانسته و حتی حکم به جبران خسارت می دهد.<sup>۵</sup>

معروف ترین پرونده در اعمال حقوق بشر در احترام به اصل استقلال خصوصی، پرونده ضامن در سال ۱۹۹۳<sup>۶</sup> است. در این پرونده دختری ضامن وام پدرش در سال ۱۹۸۲ می شود. پدر او یک بنگاه املاک و دارای اعتباری بالغ بر ۲۵/۵۰۰ یورو در بانک بود، اما تقاضای وام ۵۱/۰۰۰ یورویی نموده بود. دخترش که فقط ۲۱ سال داشته و فاقد درآمد و تجربه لازم بود، قرارداد ضمانت را امضاء نمود. بعد از دو سال پدر با تغییر شغل یک کشتی تجاری کوچک

1. Hager, Johannes, Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law, (The Netherlands, Wolsters Kluwer Law & Business, Kluwer Law International BV, 2008, pp.23-24.& Chirwa, Danwood Mzikenge, The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective, Published in Law, Democracy & Development, Vol 10, No 2, University of Cape Town, 2006, p. 46.

2. BVerf GE 89, 274, N.J.W. 1994; 81, 242, J Z 1990.

3Barkhuysen Tom, Emmerik, Michiel van, *Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective*, in *Constitutionalisation of Private Law*, edited by Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, First ed., 2006, p. 73.

4. BVerfG 26 July 2005, 1 BVR 80/95, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 2376. & Federal Constitutional Court, Official Reports (BVerfGE) 114; 1, 42, 73-79.

5. Colombi Ciacchi, Op. cit., p. 4.

6. BVerf G 1993, BVerfG E 89, 214.

می‌خرد. بانک نیز حمایت مالی جهت خرید کشتی را با بالا بردن مبلغ وام به عمل آورد. به دلیل عدم پرداخت اقساط، بانک قرارداد مالی را فسخ و مقدار بدهی را با توجه به مقدار سرمایه‌گذاری مالی خرید کشتی، حدود ۱/۲ میلیون یورو اعلام نمود و اختاری برای ضامن جهت پرداخت بدهی ارسال کرد. دختر مدعی شد که او فقط تا مقدار ۵۱/۰۰۰ یورو ضمانت کرده و از بدهی بعدی با اطلاع نبوده، همچنین مأمور بانک به خوبی وضعیت را برای او تشریح نکرده است. علی‌رغم اینکه در دادگاه مشخص گردید که مأمور بانک در هنگام امضاء قرارداد به دختر نگفته بود که این قرارداد ضمانت، او را به طور سنگینی و حتی برای بدهی‌های آتی متعهد می‌سازد، دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر دفاع دختر را با توسل به اصل وفای به عهد مردود دانستند. دختر به دادگاه قانون اساسی شکایت کرد و بیان نمود که دادگاه‌های مدنی، حق بنیادین او را مبتنی بر اصول (۱) و (۲) قانون اساسی مبنی بر اصل دولت اجتماعی<sup>۱</sup> و استقلال خصوصی، نقض کرده‌اند.<sup>۲</sup> دادگاه مزبور بر اساس استقلال خصوصی قرارداد ضمانت را باطل دانسته و رأی دادگاه‌ها را نیز موجب نقض حق خودتعیین‌گری قلمداد نمود. مهم‌ترین اثر این پرونده نشان دادن این موضوع است که آزادی قراردادی باید در لوای محدودیت‌های مبتنی بر حقوق بنیادین تفسیر گردد. بر این اساس شخص ضامن نتوانسته است در یک موقعیت برابر استقلال خصوصی خود را بر مبنای اصل خودتعیین‌گری به منصفه ظهور رساند. در سال‌های ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ در پرونده‌های مشابه، دختری که از پدرش<sup>۳</sup> و یا زنی که از همسرش<sup>۴</sup> وامی را ضمانت کردند، دادگاه قانون اساسی آلمان، مبنای حکم خود را در بی اعتبار دانستن قرارداد، استقلال خصوصی طرف محسوب داشت.

در خصوص شروط غیرمنصفانه، دادگاه‌های مدنی از دو مبنای حسن‌نیت و نظم عمومی برای بی‌اثر نمودن شروط مزبور بهره می‌برند: در خصوص مبنای اول، از طریق بررسی محتوا و مفاد قرارداد اگر تجاوزی به حسن‌نیت صورت گیرد، قرارداد بی‌اثر می‌گردد. همچنین بر اساس بند ۱ ماده ۳۰۷ همان قانون در مورد شروط استاندارد،<sup>۵</sup> اگر برخلاف حسن‌نیت، این

1. Social State

2. Colombi Ciacchi, Op. cit., p. 3. & Mak, Op. cit., pp. 75-77.

3. BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (Burgschaft).

4. Barclays Bank plc v. Obrien (the Obrien case [1994] 1 AC 180).

۵. برابر بند ۱ ماده ۳۰۵ شروط استاندارد، شروط از پیش تنظیم شده‌ای است که اگر برخلاف حسن‌نیت و به نحو غیرمعقولی زیان‌بار باشد، وفق بند ۱ ماده ۳۰۷ همان قانون باطل است و اگر بقای قرارداد در بردارنده سختی غیرقابل تحملی باشد، کل قرارداد قابل ابطال است (ماده ۳۰۶).



شروط به ضرر طرف قراردادی به نحو غیر معقولی مورد استفاده قرار گیرد، شروط باطل و بلااثر است. در مورد مبنای نظم عمومی، اگر متعهدله در قرارداد از عدم تجربه، استفاده از ضعف قابل توجه و عدم قدرت قضاوت و تصمیم‌گیری متعهد، بهره‌برد که این عوامل ناشی از اراده خود متعهد یا اقدام شخص ثالثی باشد، قرارداد باطل است. یکی از مصادیقی شروط غیر منصفانه‌ی مغایر با نظم عمومی، سوء استفاده از وضعیت انحصاری در بازار شناخته شده است.<sup>۱</sup>

### ۳-۲. انگلستان

انگلستان قانون اساسی نوشته یا دادگاه قانون اساسی ندارد، اما با تصویب قانون حقوق بشر در سال ۱۹۹۸،<sup>۲</sup> شاهد تأثیر حقوق بنیادین بشری در روابط افقی هم در رویه قضایی حقوق عمومی<sup>۳</sup> و هم حقوق خصوصی در نظام حقوقی این کشور هستیم.<sup>۴</sup> از طرفی مفهوم وظیفه در مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> مهم‌ترین عامل در صدور آراء به نفع حقوق بنیادین برگرفته از قانون حقوق بشر بوده است.<sup>۶</sup> از طرف دیگر چون در سیستم کامن‌لا بخش مهمی از قواعد حقوق خصوصی از دل تصمیمات قضایی استخراج می‌گردد، ایراد دخالت قضات در امور عمومی و نقض اصل تفکیک قوانین مطرح نیست.<sup>۷</sup>

1. Schafer Leyens Bemd, Hans Patrick, *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law & Economic Perspective on The Draft Common Frame*, (Hamburg, University of Hamburg & Institute of Law and Economics, Faculty of Law & Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2009), p. 22

۲ بخش ششم این قانون دولت را ملزم به تطبیق قوانین خود با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نموده است.

۳. *Derbyshire v. Times/1993 & Reynolds v. Times Newspaper/1999*

۴. در پرونده‌های *A v. B/2002* و *Campbell v. M/GM/2002* قاضی مسئولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی را مصداق نقض محرمانگی (Confidential O'Conneide, Op. cit., p. 105).

5. Duty of Care

6. O'Conneide, Op. cit., p. 102.

7. Collins, Hugh, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, vol. 7 (London, LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department, 2012), p. 19-20.

در زمینه مقابله با شروط غیرمنصفانه، انگلستان از جمله کشورهای پیشگام بوده و مقرراتی را در این خصوص به تصویب رسانده است.<sup>۱</sup> محاکم این کشور در مورد احترام به استقلال خصوصی افراد و برای رفع آثار سوء قرارداد در حمایت از طرف ضعیف قراردادی و مقابله با شروط ناعادلانه، از سه مبنا و یک روش استفاده کرده‌اند: در مبنای اول از نهادهای سنتی نظیر تدلیس، اظهار خلاف واقع و نفوذ ناروا، بهره برده‌اند و در مبنای دیگر در جایی که نمی‌توانستند یک شرط ظالمانه را بر اساس تئوری‌های سنتی بی‌اثر سازند، از تئوری خلاف وجدان بودن شروط<sup>۲</sup> بهره برده‌اند و نظم عمومی، به‌عنوان مبنای سوم مورد استفاده قرار گرفته شده است. نهایتاً در برخی شرایط، برای حمایت از استقلال خصوصی و حمایت از حقوق بنیادین یک طرف، از روش تفسیری استفاده شده است.

پیشینه مبنای اول به پرونده باندی علیه بانک لویدز<sup>۳</sup> برمی‌گردد که در پرونده‌های مختلفی در وضعیت مشابه مورد استفاده قرار گرفت. در پرونده باندی، اصطلاح نابرابری قدرت چانه زنی توسط قاضی لرد دنینگ به کار برده شد.<sup>۴</sup> باندی مردی مسن و کشاورز بود که تحت تأثیر عواطف خانوادگی مزرعه‌اش را برای دیون شرکت پسرش در بانک لیویدس در رهن قرار داد.<sup>۵</sup> او با اتکا به اینکه جریان امور شرکت عادی و معمول است، دست به چنین اقدامی زده بود و از طرفی بانک نیز آقای باندی را از وضعیت نابه‌سامان مالی شرکت و عواقب این تضمین مطلع نکرده بود. لرد دنینگ بیان می‌دارد که حکم به پرداخت خسارت توسط کسی که به‌طور مستقل وارد قرارداد نشده است و در شرایطی که عوض معامله به هر دلیلی اعم از نفوذ ناروا، عدم توجه، ضعف نفس، یا فشارهای اقتصادی در مقابل تعهدات طرف مقابل بسیار ناچیز بوده، قرارداد ناعادلانه است و با توجه به وظیفه قوه قضائیه در حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی شهروندان، ضمانت را بی‌اثر دانست. در وضعیت مشابه، در پرونده اوبرین<sup>۶</sup> جایی که زنی وام همسرش را ضمانت کرده بود در همان وضعیت مشابه دادگاه اعیان انگلیس بر اساس تدلیس، نفوذ ناروا و اکراه، زن را از مسئولیت بری نمود.

۱. از جمله: قانون اعطای وام به مصرف‌کنندگان ۱۹۷۴؛ قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی ۱۹۷۷؛ قانون شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف ۱۹۹۴.

2. Unconscionability

3. Available at: [www.Dpsd.Unimi.It/fonti/1031-\(1975\)\(Lloyd's Bank Ltd r. Bundy\)](http://www.Dpsd.Unimi.It/fonti/1031-(1975)(Lloyd's Bank Ltd r. Bundy))

4. Brownsword, The law of Contract, Op cit., p.52.

5. Ibid.

6. Barclays Bank plc v. O'Brien 1994.



پیشینه تئوری خلاف وجدان بودن<sup>۱</sup> به پرونده ارل اوچستر فیلد<sup>۲</sup> سال ۱۷۵۰ برمی گردد که در آن قاضی بر معقولانه و عادلانه بودن قرارداد تأکید کرد.<sup>۳</sup> در پرونده دیگری به نام اسکرودر،<sup>۴</sup> یک آهنگ ساز جوان به نام اسکرودر علیه یک شرکت نشر و توزیع موزیک (مکولای) تحت عنوان غیرمنصفانه بودن مفاد قرارداد و نقض حق رشد شخصیت، طرح دعوی کرد. در این پرونده آهنگ ساز که فردی گمنام و جوان بوده با شرکت مزبور قراردادی برای نشر آثار وی منعقد کرد که در ضمن آن حقوق معنوی و حق لیسانس آهنگ های ساخته شده او برای ۵ سال واگذار گردیده بود. در قرارداد قید شده بود که اگر حق لیسانس دریافتی بیش از ۵۰۰ دلار باشد، شرط انتقال به طور خودکار تمدید می گردد و همچنین آهنگ ساز حق خاتمه دادن به قرارداد را ندارد. مجلس اعیان انگلیس این قرارداد را به دلیل فقدان قدرت چانه زنی برابر و گزاف بودن تعهدات آهنگ ساز با معیار خلاف وجدان بودن، بلااثر نمود. نظریه خلاف وجدان بودن، کاربردهای متعددی دارد: اول چگونگی تفسیر قرارداد در جایی که شرط مبهمی در قرارداد وجود داشته باشد. دوم برآورده کردن انتظارات معقول در جایی که موضوعی در قرارداد مسکوت مانده و یا تعیین تکلیف نشده است. سوم نیز در مورد مسئولیت و جبران ها، ملاک معقولیت و عادلانه بودن در نظر گرفته شود.<sup>۵</sup>

پیشینه استفاده از نظم عمومی، به عنوان مبنای سوم در پرونده هورود<sup>۶</sup> مورد توجه قرار گرفت.<sup>۷</sup> در این پرونده یک کارمند توسط خواننده با اعطای وامی به او استخدام شد و در قرارداد وام شرط شده بود که او تا زمان تسویه وام، حق تغییر شغل و یا اقامتش و همچنین حق واگذاری یا مشارکت اموالش را جز با رضایت شرکت مستخدم ندارد. در این پرونده دادگاه رأی به بطلان شرط به علت مخالفت با نظم عمومی داد.<sup>۸</sup> برابر این ضابطه اگر شخصی بسیاری

1. Unconscionability.

2. Earl of Chester field v. Janssen, 1750.

3. Deutch, Sinai, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, Toronto, Lexington Books D. C. Heath and Company, First Ed., 1977, pp. 43, 49.

4. Macaulay v Schroeder Music Publishing Co Ltd [1974] English House of Lords.

5. Brownsword, *The law of Contract*, Op cit., pp. 65-66.

6. Horwood V. Millars Timber and Tradong Ltd. English Court of Appeal, 1917, I K. B.305.

7. Mehren, Arthur T. Von, *A General View of Contract, in International Encyclopedia of Comparative Law: Contract in General*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, Boston, Moher Siebeck, Tubingen Mrtinus Nijhoff Publishers, Leiden, Vol. VII, Part 1, 2008, pp.ch.1, P I, 44.

8. Brownsword, *The law of Contract*, Op cit., p. 207.



از آزادی‌های خود را محدود نماید و از حق شکایت خود صرف‌نظر نماید و یا تعهدات بسیار سنگینی را متحمل گردد، در شرایطی که از لحاظ قدرت چانه‌زنی در شرایط ضعیف قرار دارد، این تعهدات باطل است.

یکی از روش‌های مقابله با شروط غیرمنصفانه، استفاده از اصول تفسیری است. در این روش شروطی که ابهام داشته به ضرر تنظیم‌کننده یا پیشنهاددهنده آن تفسیر می‌شود. همچنین شروطی که به اطلاع طرف نرسیده یا اساساً مورد مذاکره قرار نگرفته کنار گذاشته شده است. در پرونده چاپلتون<sup>۱</sup> به علت خرابی یک صندلی در طول سفر (در کنار ساحل) به خواهان صدمه وارد شده بود و خوانده نیز به عدم مسئولیت خود با توجه به شرط عدم مسئولیت در مندرجات چاپی پشت بلیت استناد کرده بود. دادگاه با این استدلال که بلیت یک رسید است و نه قرارداد و در مقابل مصرف‌کننده قابل استناد نیست، آن را غیرقابل اثر دانست.

#### ۴. وضعیت حقوق 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. با اتکا به این مبنا اصلی را تحت عنوان اصل حمایت از حق در مقابل قدرت، می‌توان پذیرفت.<sup>۲</sup> مقدمه قانون اساسی آزادی و کرامت ابناء بشر را سرلوحه اهداف خود دانسته، اصل دوم نیز آن را هم‌ردیف اصول مذهب تشیع، به‌عنوان یکی از پایه‌های نظام می‌داند. 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. نگارندگان 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. از طرفی با وجود اهمیت آزادی در قانون اساسی، در اصل نهم در تبیین اصالت توأمان حقوق فردی و جمعی، بر مسئولیت انسان در برابر خداوند تأکید شده است تا معلوم شود که آزادی امر مطلق

1. Chapelton v. Barry Urban District Council[1940]1 KB 532

۲. کاتوزیان ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶ (۱۳۸۳) صص ۳۳۳-۳۳۴.





نیست. از طرف دیگر برابری در نظام حقوقی ایران در اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول ۱۹ و ۲۰ حکایت از حمایت بی چون و چرا از آرمانها و ارزشهای مساوات و برابری در قلمروهای اقوام و قبایل، دین و مذهب، جنسیت، حقوق، اجرای قانون و حتی تکالیف و مسئولیتها دارد.

اگرچه در خصوص تأثیرگذاری حقهای اساسی در حقوق قراردادهای ایران نص قانونی وجود ندارد، اما به دلایل ذیل می توان تأثیر این حقوق در قراردادهای را پذیرفت:

الف- حقوق اساسی با عنایت به اصل ۷۲ به عنوان هنجار برتر حقوقی در نظام حقوقی بوده و هیچ قانون یا قاعده‌ای از جمله مقررات حقوق قراردادهای نباید با آن مغایر باشد. در تفسیر قوانین نیز اصول قانون اساسی در مرتبه بالاتری قرار داشته و به عنوان اصول کلی حقوقی تلقی می گردند. برای تأثیر حقوق بنیادین در روابط قراردادی باید پذیرفت که اصول قانون اساسی دارای ویژگی هنجاری بوده و بدون اتکا به قوانین عادی، قابل استناد توسط محاکم بوده و حتی اگر قوانین عادی بر خلاف اصل ۷۲ به تصویب رسد، به نظر می رسد دادگاهها باید قانون اساسی را بر آن ترجیح دهند. با این وصف حمایت از حقهای اساسی فقط اختصاص به رابطه بین دولت و مردم نبوده و از این نظر در قصد مقنن حمایت از این حقها در روابط خصوصی افراد نیز بوده است.

ب- در خصوص تعادل میان حق آزادی قرارداد و سایر حقوق بنیادین بحث در مورد قابلیت اسقاط یا سلب حق و سوء استفاده از حق مطرح است. در حقوق ایران وفق ماده ۹۶۰ حریت انسانی ولو به طور جزئی، قابل انصراف نیست، اما در تفسیر ماده ۹۵۹، دو نظریه کلی با استدلالهای مختلف وجود دارد: گروهی بدون تفکیک در نوع حقوق خاصه‌ی مندرج در ماده مزبور، سلب حق به طور جزئی را صحیح می دانند.<sup>۱</sup> گروه دیگر در نوع حقوق مورد نظر ماده تفکیک قائل شده اند. در نظر ایشان، حقهای مدنی مورد اشاره در ماده، مترادف با حق تمتع و از جمله حقوق کلی مدنی بوده که مبنای آنها فطرت سالم و وجدان نوع بشری است و در زمره حقوق مالی و اموال اشخاص به حساب نمی آید و در نتیجه ماده ۹۵۹ را دارای

۱. صفایی و قاسم‌زاده سید حسین و مرتضی، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، ج ۴، تهران، سمت، ۱۳۷۸، صص ۲۴-۲۵.

مفهوم مخالف نمی‌دانند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد با توجه به بیان و جایگاه ماده قانونی که در مقام بیان حقوق مرتبط با شخصیت و حقوق انسانی است و نه بیان قواعد خاص، به ویژه 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، ماده ۹۵۹ نیز از سنخ این نوع حقوق است. حقوق بشر نیز حقوق ذاتی و دارای وصف «به‌طور کلی» است. لذا با قرارداد نمی‌توان از حریت، ولو به‌طور محدود و جزئی انصراف داد. اصل برابری نیز ایجاب می‌نماید وجه التزام گزاف یا شروط ناعادلانه در قراردادهای الحاقی ممنوع باشد.

ج- در قوانین ایران به‌طور پراکنده مقرراتی در زمینه شروط غیرمنصفانه<sup>۲</sup> و تعریف مصرف‌کننده که در موقعیت ضعیف چانه‌زنی است،<sup>۳</sup> وجود دارد، اما قواعد مندرج در قوانین خاص، قابل تسری به سایر موارد به‌عنوان یک قاعده عام نیست. از این رو حقوق دانان تلاش کرده‌اند با ارائه تعاریف و ضوابط ملاک عامی برای تسری به هم موارد ارائه نمایند، اما این مساعی منجر به ایجاد نظریه‌ای مشترک نشده است. در نظر برخی از صاحب‌نظران، شروط ناعادلانه در تعبیری تحت عنوان شروط تحمیلی به کار گرفته شده است که ناشی از سوء استفاده از وضعیت برتر یک طرف باشد.<sup>۴</sup> در نظر برخی دیگر شروط مزبور از مصادیق شروط فرعی بوده که از سوی طرف قوی دربردارنده مصادیق سلب‌کننده یا محدودکننده

۱. شهیدی مهدی، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸، ۱۳۶۹، صص ۱۳۳ و ۱۳۵ و ۱۴۱ و ۱۴۴؛ و امیری قائم‌مقامی عبدالمجید، *حقوق تعهدات: اعمال حقوقی-تشکیل قرارداد*، جلد دوم، تهران، میزان، چ ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۵۹.

۲. بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان ۱۳۸۸؛ ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی؛ ماده ۱۷۹ قانون دریایی.

۳. در قسمت ط ماده ۴۵ قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی؛ بند ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان؛ بند (س) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک؛ بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو؛ ملاک مصرف‌کننده، استفاده شخصی در مقابل استفاده تجاری است.

۴. کریمی عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، *پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱، سال اول، ۱۳۸۱، ص ۷۵.

مسئولیت است<sup>۱</sup> و غالباً در حین انعقاد عقد مورد مذاکره قرار نمی‌گیرد<sup>۲</sup> و یا ناشی از سوءاستفاده طرف قوی است.<sup>۳</sup> برخی نیز با لحاظ تفاوت میان مفهوم انصاف<sup>۴</sup> و غیرمنصفانه بودن<sup>۵</sup> تعریف شرط غیرمنصفانه را به عرف واگذار کرده‌اند.<sup>۶</sup> وجه اشتراک تمامی نظرات، مورد مذاکره واقع نشدن شرط و فقدان قدرت چانه‌زنی یک طرف است. این تعابیر هر یک به تنهایی جامعیت لازم را ندارد. پس از بیان وجوه مختلف در این زمینه یک ضابطه کلی معرفی خواهیم نمود.

از وجوه مهمی که حقوقدانان ذیل شروط غیرمنصفانه‌ی ماهوی بحث کرده‌اند، یکی شرط وجه التزام گزاف است و دیگری شرط محدودکننده یا سالب مسئولیت است. در مورد شرط وجه التزام گزاف در قرارداد دو رویکرد اصلی وجود دارد: نظریه صحت<sup>۷</sup> و نظریه بطلان. در خصوص نظریه بطلان، مبانی مختلفی بیان شده است: از جمله مخالفت شرط با اخلاق حسنه و حریت انسانی،<sup>۸</sup> نقض عدالت معاوضی یا تناسب عقلانی،<sup>۹</sup> احتمالی بودن خسارت گزاف،<sup>۱۰</sup>

۱. کرمی سکینه، «نظم عمومی: ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱، سال ۷۹، ۱۳۹۴، ص ۱۱۳.

۲. امینی منصور، عابدیان میرحسین، کرمی سکینه، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در ایران»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۳-پیاپی ۵۹، ۱۳۹۱، ص ۱۷۶.

۳. ساردویی نسب محمد، کاظم پور سیدجعفر، «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»، حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، سال ۷۵، ۱۳۹۰، صص ۴۴-۴۵. منافی شهرام، «بررسی تطبیقی غیرمنصفانه بودن قراردادها»، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، شماره ۵، سال سوم، ۱۳۹۵، صص ۴۴-۴۵.

#### 4. Equity

#### 5. Unfair Terms

۶. تقی‌زاده و احمدی، منبع پیشین، صص ۱۸ و ۲۱.

۷. شهیدی مهدی، حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۲. ص ۸۷؛ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سی و دوم، نشر اسلامیه، تهران، ۱۳۹۰، صص ۳۰۰ و ۵۰۰ و ۶۱۹؛ محقق داماد سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ ۳، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳، ص ۴۹۰.

۸. امیری قائم‌مقامی عبدالمجید، حقوق تعهدات: کلیات حقوق تعهدات و وقایع حقوقی، جلد اول، چاپ ۳، تهران، میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۶۸.

۹. حاتمی علی اصغر، صادقی عبدالرضا، «شرط وجه التزام غیر عادلانه»، دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۲، دوره اول، ۱۳۹۱، صص ۸۱-۹۰.

۱۰. عابدیان میرحسین، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها: لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»، الهیات و حقوق، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، ص ۲۰.

مصادق شرط غیرمقدور و غیرعقلانی،<sup>۱</sup> نقض کرامت انسانی و همبستگی اجتماعی<sup>۲</sup> و یا مخالفت با نظم عمومی اقتصادی.<sup>۳</sup> شرط عدم مسئولیت علی‌الاصول صحیح است، اما در جای‌یکه درج آن در شرایط نابرابر اقتصادی سبب نابرابری و عدم تعادل در قرارداد گردد، نظریه بطلان بر مبنای نظم عمومی، ترجیح داده شده است.<sup>۴</sup> اختلاف فقط در تعاریف و ضوابط نبوده، بلکه در مبانی نیز وجود دارد: در فقه از نظر برخی قاعده لا ضرر، قاعده نفی عسر و حرج و ملاک معاملات سفهی است.<sup>۵</sup> از نظر بعضی دیگر، قاعده منع استغلال، منع ربا، منع غرر و تلقی رکیان است.<sup>۶</sup> عده‌ای نیز به قاعده لا ضرر و وحدت ملاک غبن اکتفاء نموده‌اند.<sup>۷</sup> ایشان به کلیاتی پرداخته‌اند که هیچ‌یک مشخصاً به مبنایی واحد اشاره ندارند. در نگاه حقوقدانان، برخی نظریه سوء استفاده از حق،<sup>۸</sup> بعضی قاعده لا ضرر،<sup>۹</sup> عده‌ای نظم عمومی<sup>۱۰</sup> و برخی دیگر ضمن تأکید بر عوامل تحدید آزادی اراده، حسن نیت<sup>۱۱</sup> را مبنای قرار داده‌اند.

۱. عادل مرتضی، «توافق بر خسارت در قراردادها»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، ۱۳۸۰، ص ۹۹.
۲. اسدی عباس، پارساپور محمدباقر، بادینی حسن، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۳، سال ششم، ۱۳۹۷، ص ۳۲.
۳. کریمی، «نظم عمومی: ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، منبع پیشین، ص ۱۲۹.
۴. همان، صص ۱۲۸-۱۳۱. و امیری قائم مقامی، منبع پیشین، ص ۳۲۳. و تقی زاده و احمدی، منبع پیشین، ص ۲۴.
۵. ضیغم زاده مسعود، بیاتی محمدحسین، «بررسی مصادیق شروط ناعادلانه قرارداد»، عدالت، شماره ۷، سال چهارم، ۱۳۹۶، صص ۸۷-۸۸؛ و شمالی نگار، صفایی سید حسین، «مقابله با غیرمنصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت‌های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق موضوعه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۳، سال دهم، ۱۳۹۶، صص ۷۷-۷۹ و صفایی سید حسین، جعفری علی، «رابطه آزادی اطلاعات با حریم خصوصی»، حقوق اسلامی، شماره ۳۳، سال ۹، ۱۳۹۱، صص ۷۷-۷۸.
۶. شمالی و صفایی، منبع پیشین، صص ۷۷-۷۹ و صفایی و جعفری، منبع پیشین، صص ۷۷-۷۸.
۷. تقی زاده و احمدی، منبع پیشین، صص ۲۷-۲۸.
۸. کریمی، منبع پیشین، ص ۸۲.
۹. بهرامی احمدی حمید، سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، (تهران، اطلاعات، چاپ ۳، ۱۳۷۷) ص ۲۳۳ به بعد.
۱۰. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۱۶۷ و ایزانلو محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، چاپ ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، صص ۱۰۸ و ۱۱۲.
۱۱. امانی مسعود، حسینی محمد مهدی، «مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیرمنصفانه»، قضاوت، شماره ۹۱، ۱۳۹۶، صص ۷۹ و ۸۳.

به نظر می‌رسد با ارائه ضابطه‌ای کلی در لوای استقلال خصوصی بتوان به تمام این اختلافات پایان داد، به طوری که اصل استقلال خصوصی را به عنوان وجه مشترک در نظر گرفت. در این زمینه، وجوه مختلف آزادی قراردادی را با توجه به مبانی مختلف ملاک قرار داده و با یک ضابطه تکلیف حاکم بودن وجهی بر وجه دیگر را روشن می‌نماییم.

وجه منفی آزادی با 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 هرگونه مداخله در قرارداد به بهانه ناعادلانه بودن و مخدوش شدن اراده از این جهت مسموع نیست؛ اما وجه مثبت آزادی که همان استقلال خصوصی است را می‌توان با قواعدی مانند لا ضرر،<sup>۱</sup> منع استغلال،<sup>۲</sup> نفی عسر و حرج،<sup>۳</sup> حسن نیت<sup>۴</sup> و اصل معقولیت<sup>۵</sup> توجیه نمود.

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 وجه منفی آزادی هستند را باید عام تلقی نمود، زیرا اساس شکل‌گیری و تفسیر قرارداد بر اساس آن‌ها صورت می‌گیرد، اما دسته دوم را که معرف وجه مثبت آزادی‌اند و به سبب ایجاد شرایط ناعادلانه که منشأ اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و حقوق بشری دارند و آزادی‌های منفی را محدود می‌سازند

۱. اگر قراردادی دربردارنده حکم ضرری باشد، حکم ضرری لزوم از آن برداشته می‌شود. از این جهت فسخ قرارداد ناشی از ضرر نامتعارف و ناعادلانه قابل توجیه است. برای رفع تعارض ناشی از استناد هر دو طرف قرارداد به قاعده لا ضرر (یک طرف ضرر ناشی از لزوم و طرف دیگر ضرر ناشی از فسخ) باید شدت و ضعف دو ضرر را در نظر داشت.

۲. چنانچه نابرابری‌ای که ممکن است ناشی از یک تعهد سنگین باشد و منجر به عدم تعادل در عوضین شده و یا مشروطاً علیه در وضعیت سخت غیرمتعارفی گیرد، صورت گرفته است. در این وضعیت با مداخله در قرارداد به استناد قاعده استغلال می‌توان تعهد یا شرط مزبور را بی‌اثر نمود.

۳. اگر قراردادی دربردارنده عسر و حرجی برای یکی از طرف‌ها باشد، با مداخله در قرارداد با این عنوان، امکان تعدیل یا فسخ برخلاف لزوم قراردادی وجود دارد.

۴. رفتار منصفانه و صادقانه در انعقاد و اجرای قرارداد، هرگونه قدرت نامحدود در درج شروط غیرمتعارف برخلاف قصد طرف‌ها و عدالت عرفی را با تفسیر صحیح ممنوع می‌سازد. در بعد اجرای قرارداد نیز متضمن اجرای معقول تعهدات و متعارف بودن رفتار است.

۵. معقولیت هم دلیل عقلی در استنباط احکام و تفسیر قوانین است و هم ملاکی برای سنجش درستی عمل حقوقی و عادلانه بودن آثار آن. بطلان معامله سفهی یکی از آثار آن است [معامله سفیه به دلیل فقدان تمیز غیرنافذ است، اما معامله سفهی به علت فقدان معقولیت یا وجود غرر فاقد اعتبار است]؛ لذا اصل عقلانی بودن می‌تواند به‌عنوان یکی از وجوه مثبت آزادی قراردادی به مدد استقلال خصوصی آمده و ملاکی برای عاقلانه و عادلانه بودن معرفی شود.

خاص دانست. از این جهت خاص مزبور، عام را تخصیص می‌زند. با توجه به اینکه قواعد و اصول دسته دوم، هر یک دارای ابعاد، شرایط و آثار مختلفی است که در هر وضعیت حکم مختص به خود را داشته و برای به کارگیری هر یک از آنها نیازمند توجه و استدلال هستیم، لذا با معرفی یک مبنای کلی، هم از استدلال و توجه در هر موقعیت بی‌نیاز می‌شویم و هم امکان به کارگیری آنها برای حمایت از حقوق بنیادین طرف ضعیف قرارداد، بهتر صورت می‌پذیرد. به نظر می‌رسد در موقعیتی نابرابر قراردادی که امکان اعلام و اعمال اراده کامل یک طرف وجود نداشته، درج شروط و تعهداتی که سبب برهم خوردن تعادل حقوق و تکالیف طرفین به طور غیرمتعارف و غیرمعقولی می‌شود، بتوان گفت استقلال خصوصی یک طرف نقض شده است و این خود مبنایی کلی برای قواعد برشمرده خواهد بود.

وجوه برشمرده کرامت انسانی سبب می‌شود همواره آزادی منفی قراردادی همراه با استقلال خصوصی تفسیر شود. از این جهت استقلال خصوصی، خود یک حق مدنی کلی تلقی می‌گردد که غیرقابل اسقاط است. لذا به مدد تئوری اساسی سازی غیرمستقیم می‌توان ضمانت اجرای مورد نظر را به دلیل نقض استقلال خصوصی اعمال نمود. اینکه کدام ضمانت اجرا اعمال می‌گردد، بستگی به نوع شرط یا تعهد، شرایط و موقعیت نقض و آثار ناشی از نقض دارد. بر این اساس اگر شرطی به ضرر طرف ضعیف باشد، می‌توان حکم لزوم را برداشت و امکان فسخ قرارداد به او دهیم. اگر شرط مخالف نظم عمومی تلقی شود، می‌توان شرط را بلااثر تلقی نمود. اگر وجود شرط یا تعهد گراف در قرارداد سبب ورود ضرر به طرف شود که نتوان جز با پرداخت خسارت جبران نمود، می‌توان آثار سوء نقض را با جبران خسارت برطرف نمود.

ه- در رویه قضایی نیز توجه به کرامت انسانی و حقوق بشر در حقوق قراردادی را می‌توان ملاحظه نمود.

در رأی بسیار مستدل و جالب با تکیه بر کرامت انسانی، شرط ناقض کرامت و آزادی فردی را لازم الاجرا ندانسته است. این امر مهر تأییدی بر امکان پذیری تأثیر حق‌های بنیادین و اساسی در حقوق قراردادی است.

در این پرونده 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 جمع آوری همسر اول زوج تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی نفع شرط)،



دعوی الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروطاً علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین<sup>۱</sup> 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 روبه‌روست؛ زیرا اولاً اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، مطلق نیست تا در هر صورت موجب اعتبار شروط ضمن عقد باشد. شرط مورد اشاره به لحاظ ایجاد وابستگی شخصیت متعهد از حیث اجتماعی و اقتصادی به دیگری، موجب سلب آزادی وی و مخدوش کردن «کرامت انسانی» ایشان است که در اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته، در نظام‌های حقوقی معاصر نیز رعایت مفاهیم بنیادین حقوق بشری در حقوق خصوصی و انعقاد عقود ضروری تلقی شده و شروط مخالف با این حقوق که موجب سلب آزادی متعهد و الزام به انجام امور مشقت‌بار است. ثانیاً «اخلاق والای اجتماعی» ایجاب می‌کند شروط قراردادی از این دست، از مصادیق سلب آزادی و خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد که به موجب مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، باطل است... در نهایت دادگاه رأی بدوی را نقض و شرط را مشمول شروط باطل قرار داد.

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. از سوی دیگر توجه و نفوذپذیری حقوق اساسی و بنیادین با استفاده از ابزارهای حقوق خصوصی نظیر نظم عمومی توجه شده و یا هم‌سو با دکتترین حقوقی قضات در رأی صادره هم به نظم عمومی توسل گردد و هم با اشاره به مبنای مندرج در ماده ۹۶۰ اصولی نظیر معقولیت هم‌سو با حیثیات انسانی ملاک عمل قرار گیرد.

در رأی دیگری کاملاً توجه رویه قضایی در عدم پذیرش قراردادهای مخالف با استقلال خصوصی در جایی که یک طرف مسلط و قوی وجود دارد را می‌توان ملاحظه نمود. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار، خواهان شرکت الف به طرفیت شهرداری به خواسته اعلام بطلان بندهای توافقنامه‌ای با موضوع تملک بخشی از پلاک مرقوم

۱. شعبه اول حقوقی ارسنجان.



توسط شهرداری جهت تأمین خدمات شهری و فضای آموزشی، طرح نموده است. دادگاه استدلال نموده است که اولاً دفاعیات شهرداری و استناد به اصل حاکمیت اراده در وجدان عمومی ناعادلانه بوده و با توجه به بلاعوض بودن تملک، برهم زننده نظم عادلانه در جامعه است و فاصله گرفتن از آرمان بشریت در قسط و عدل در جامعه را به دنبال دارد. در نتیجه دادگاه باید با ابزارهایی که سبب تحصیل نامشروع ثروت می‌گردد و خود از عوامل دارا شدن بلاجهت است، مقابله نماید. ثانیاً با توجه به اینکه یکی از متعاقدین با سوء استفاده از وضعیت اقتصادی اجتماعی و یا سیاسی و یا حکومتی و ویژه برطرف کردن دیگر شروطی را تحمیل کرده است با توجه به مبانی سوء استفاده از حق، عدالت معاضدی مورد چالش قرار داده است که قابل اجرا نیست. ثالثاً قاعده تسلیط خود ابزاری است که برای حمایت مالکیت خصوصی است و قاعده مزبور مجوزی برای دست‌اندازی به حقوق افراد بر خلاف مصالح اجتماعی نمی‌باشد. در نتیجه خواهان در اضطرار بوده و رضای معاملاتی در مورد بندهای مزبور وجود نداشته است و از طرفی شهرداری‌ها صرفاً وظیفه برقراری حسن انتظام شهری را به عهده داشته و نمی‌توانند همانند یک بنگاه اقتصادی با خواهان قرارداد معاوضی تنظیم نمایند و آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری در این زمینه مؤید این امر است. در نهایت حکم به بطلان دو بند موصوف می‌دهد.

آنچه در این پرونده بسیار حائز اهمیت است این است که از یک سو دادگاه به اصول بنیادین از جمله عدالت متوسل شده و توسل به اصول حقوق اساسی و اصول کلی حقوقی از جمله لا ضرر، قاعده تسلیط و اصل حاکمیت اراده را مطلق ندانسته است و با توسل به مبانی سوء استفاده از حق و سوء استفاده از موقعیت اضطراری، موضوع را مشمول شروط تحمیلی دانسته است و حکم به بطلان شروط مزبور داده است. این رأی در زمینه شروط تحمیلی با استدلال‌هایی که در این خصوص به عمل آوردیم که اصل حاکمیت اراده و تسلیط به عنوان اصول عام و لا ضرر و سوء استفاده از حق و سوء استفاده از موقعیت اضطراری به عنوان اصول خاص به ترتیب وجوه منفی آزادی و وجوه مثبت آزادی، حمایت‌کنندگی استقلال خصوصی است، منطبق با نظریه مطروحه می‌باشد.

در آراء دیگری در خصوص شروط ناعادلانه، قراردادهای الحاقی و وجه التزام گزاف می‌توان توجه رویه قضایی در زمینه تأثیر حقوق بنیادین و کرامت انسانی را به روشنی دریافت.





در دادنامه ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۷۵ پرونده ۹۷۰۹۹۸۸۷۳۶۷۰۰۴۵ شعبه ۲ حقوقی کامیاران کردستان، خواهان دعوایی به خواسته فسخ قرارداد و استرداد ثمن به مبلغ ۱۶۵ میلیون تومان و مطالبه وجه چک به مبلغ ۳۰۰ میلیون تومان به عنوان وجه التزام مطالبه نماید. توضیحاً اینکه خواهان ملکی را از خوانده خریداری نموده و شرط شده است که اگر فروشنده ظرف یک ماه به تعهد تنظیم سند خود اقدام نکند، خریدار (خواهان) حق فسخ معامله را داشته و ضمن حق استرداد ثمن، می‌تواند وجه چک موصوف را به عنوان خسارت وجه التزام مطالبه نماید. دادگاه با احراز شرایط فسخ حکم به تأیید فسخ قرارداد و استرداد ثمن داده، اما خواهان را به دلایل ذیل مستحق دریافت وجه التزام (وجه چک) ندانسته و حکم به بطلان دعوی در این قسمت صادر نموده است. در استدلال دادگاه ماده ۲۳۰ قانون مدنی مطلق انگاشته نشده است و با اشاره به مبانی فلسفه حقوق کلسن و اصل کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتر و قاعده (ان تحکمو بالعدل) وجه التزام گزاف را مغایر با اصول حقوقی نظیر لاضرر، عدالت معاوضی، اصل عقلانی بودن ترازی و سوءاستفاده از حق دانسته و با اشاره به قواعد فقهی نظیر مقتضای عقود معاوضی در تبادل دو عوض، قاعده الغنم بالغرم، غرر و منع اسراف و تبذیر، در تفسیر مقررات قانونی و مشخصاً ماده ۲۳۰ لازمه استحقاق در جبران خسارت را تناسب عقلانی بین خسارت واقعی و خسارت تخمینی دانسته و در نتیجه وجه التزام نامتناسب را در مغایرت کامل با نظم عمومی اقتصادی تلقی نموده است.<sup>۱</sup> در این رأی می‌توان ملاحظه نمود که چطور قاضی با ظرافت مثال‌زدنی ضمن اشاره به قواعد فقهی و حقوقی به فلسفه حقوق اشاره داشته و یک استدلال اصولی مدنظر داشته است و در نحوه تفسیر قوانین به سمت استقلال خصوصی افراد سوق داده شده 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<sup>۲</sup> که نویدبخش توجه محاکم به حق‌های بنیادین در قانون اساسی و اسناد حقوق بشری است.

۱. شایان ذکر این رأی مفصل بوده و در توجیه قواعد و اصول در تشریح بسیط دارد اما به دلیل محدودیت در اینجا فقط خلاصه آن بیان شده است.

۲. ببینید آراء موجود در سایت <http://www.ijri.ir> از جمله دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ شعبه ۳ دیوان عالی که تعیین وجه التزام بیش از ثمن معامله از مصادیق شرط غرری و دارا شدن غیرعادلانه بوده و شرطی نامشروع تلقی شده است. در دادنامه شعبه ۱۷ تجدیدنظر تهران اصل انصاف و عدالت مبنای غیرقابل لازم‌الاجرا شدن شرط وجه التزام قرار گرفته شده

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

### نتیجه‌گیری

با اعتقاد به توسعه حقوق بشر، 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 قراردادها، 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 قراردادها جریان می‌یابد، امنیت، اعتماد و احترام به شئون انسانی را نیز برقرار سازد. یکی از اصول مهم حقوق بشر که متضمن حق خودتعیین‌گری است، اصل استقلال خصوصی است. این اصل در بردارنده این پیام است که شخص در زندگی خود، در یک موقعیت برابر و مبتنی بر معقولیت، زندگی و محتوای قرارداد خود را آزادانه شکل دهد. اصل حاکمیت اراده در قراردادها، هم آزادی‌های منفی را که مفهوم مرسوم از آزادی قراردادی است را در خود جای دارد و هم استقلال خصوصی که وجه مثبت آزادی است. در حقوق قراردادها، استقلال خصوصی با قواعد آمره محدود شده و دو طرف در یک شرایط برابر به تعیین حقوق و تکالیف خود می‌پردازند. در این نگاه استقلال خصوصی فرد یک اصل اخلاقی است که شخص نباید آزادی خود را به‌طور گسترده‌ای در اختیار دیگری گذاشته و یا آن را به‌طور بسیطی محدود سازد و حتی آینده خود را تحت تأثیر آن قرار دهد. لذا آن مقدار آزادی‌ای که محدود می‌شود نیز باید همراه با رضایت باطنی باشد. محدود کردن استقلال خصوصی به‌عنوان یک حق بنیادین تا جایی است که ذات حق خودتعیین‌گری دگرگون نشود

---

است. در دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار در خصوص شرط ناعادلانه و سوءاستفاده از موقعیت قوی، به حیثیات انسانی و عدالت توسل شده است. در دادنامه‌های ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۴۵۱ شعبه ۲۴ تجدیدنظر فارس و ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ شعبه ۱۱ تجدیدنظر فارس و ۹۲۰۹۹۷۱۵۱۶۹۰۰۵۹۴ شعبه ۱۶ تجدیدنظر مازندران و ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۳۸۷ شعبه ۲ حقوقی کامیاران، وجه التزام گزاف مخالف اصل معقولیت و حیثیات انسانی شناخته شده است. در دادنامه‌های ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۱۴۶۷ شعبه ۳۶ حقوقی تهران و ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۴۹۶ شعبه ۲۱۵ حقوقی تهران در تفسیر قراردادهای الحاقی اطلاق اصل حاکمیت اراده کنار گذاشته شده و اصول حقوقی نظیر اصل تفسیر به زیان تنظیم‌کننده ملاک عمل قرار گرفته و حیثیات انسانی مستند قرار گرفته شده است.



و این محدودیت در جایی مجاز است که مخالف کرامت انسانی نبوده، ضرورت داشته و توجیه شده باشد.

از آنجا که به طور معمول حق‌های بنیادین به تنهایی معیارهای روشنی برای انتخاب و ارجحیت یک یا چند حق را به دست نمی‌دهند، به نظر می‌رسد در قراردادهایی که یک طرف در موقعیت برتر اقتصادی قرار دارد، می‌توان با استفاده از اصل استقلال خصوصی، حمایت لازم از طرف ضعیف را در جلوگیری از استثمار او و نقض حق‌های بنیادین او به عمل آورد. در این زمینه در حقوق آلمان و انگلیس، برای حمایت از طرف ضعیف، هر یک به مبانی مختلفی متوسل شده‌اند که نتیجه تمام آن‌ها تأکید بر اعمال تمام و کمال اراده مستقل بوده و مؤید آن است که اصل استقلال خصوصی بهترین مبنا می‌تواند باشد.

در حقوق ایران با اتکا به کرامت انسانی مندرج در قانون اساسی و با استفاده از اساسی سازی غیرمستقیم برای شناسایی اصل استقلال خصوصی این گونه می‌توان استدلال نمود که وجه منفی آزادی قراردادی، اصل عامی برای ایجاد ماهیت حقوقی است و استقلال خصوصی به عنوان وجه مثبت آزادی قراردادی اخص بوده و در صورت تعارض، اصل عام تخصیص می‌خورد. لذا در موقعیت نابرابری قدرت مذاکره در قرارداد که منبث از شرایط اقتصادی بوده و امکان اعمال اراده کامل یک طرف وجود ندارد، چنانچه شروط و تعهداتی در قرارداد درج گردد که سبب برهم خوردن تعادل حقوق و تکالیف طرفین به طور غیرمتعارفی گردد، به مدد استقلال خصوصی، می‌توان با این نابرابری مقابله نمود.

## منابع

## الف - فارسی

- ابدالی مهرزاد، درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، (تهران: مجد، ۱۳۸۸).
- اسدی عباس، پارساپور محمدباقر، بادینی حسن، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۳، سال ششم (۱۳۹۷).
- امامی سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، (تهران: اسلامیه، چاپ ۳۲، ۱۳۹۰).
- امانی مسعود، حسنی محمد مهدی، «مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیرمنصفانه»، فصلنامه قضاوت، شماره ۹۱، (۱۳۹۶).
- امیری قائم مقامی عبدالمجید، حقوق تعهدات: کلیات حقوق تعهدات و وقایع حقوقی، جلد اول، (تهران، میزان، چاپ ۳، ۱۳۸۵).
- \_\_\_\_\_، حقوق تعهدات: اعمال حقوقی-تشکیل قرارداد، جلد دوم، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۲).
- امینی منصور، عابدیان میرحسین، کرمی سکینه، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در ایران»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۳-پیاپی ۵۹، (۱۳۹۱).
- ایزانلو محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۳، ۱۳۹۰).
- برلین آریزا، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، (تهران: خوارزمی، ۱۳۶۸).
- بهرامی احمدی حمید، سوءاستفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، (تهران: اطلاعات، چاپ ۳، ۱۳۷۷).
- بولانژه ژان، «اصل کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره پیاپی ۱۰۵۸، دوره ۳۶، (۱۳۷۶).
- تقی‌زاده ابراهیم، احمدی افشین، «جایگاه شروط غیرمنصفانه حقوق در ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۳، شماره ۱۰ (۱۳۹۴).
- جونز پیتر، فلسفه حقوق (حق‌ها) مبانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، (تهران: میزان، چاپ ۱، ۱۳۹۲).
- حاتمی علی اصغر، صادقی عبدالرضا، «شرط وجه التزام غیرعادلانه»، دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۲، دوره اول، (۱۳۹۱).



- دور کین رونالد، جدی گرفتن حق‌ها، در کتاب حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق و فلسفه حق و فلسفه ارزش، ترجمه محمد راسخ، (تهران: طرح نو، چاپ ۱، ۱۳۸۱).
- ساردویی نسب محمد، کاظم پور سید جعفر، «مؤلفه‌های غیر منصفانه بودن قرارداد»، *حقوقی دادگستری*، شماره ۷۵، سال ۷۵، (۱۳۹۰).
- شمالی نگار، صفایی سید حسین، «مقابله با غیر منصفانگی شروط قراردادی از منظر محدودیت‌های وارده بر آزادی اراده در فقه و حقوق موضوعه»، *فصلنامه علمی-پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۳، سال دهم، (۱۳۹۶).
- شهیدی مهدی، *حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات*، جلد سوم، (تهران: مجد، چاپ ۱، ۱۳۸۲).
- \_\_\_\_\_، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۸، (۱۳۶۹).
- صفایی، سید حسین؛ جعفری، علی، «رابطه آزادی اطلاعات با حریم خصوصی»، *حقوق اسلامی*، شماره ۳۳، سال ۹، (۱۳۹۱).
- صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی، *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، (تهران: سمت، چ ۴، ۱۳۷۸).
- ضیغم‌زاده، مسعود؛ بیاتی، محمدحسین، «بررسی مصادیق شروط ناعادلانه قرارداد»، *پژوه‌نامه حقوق خصوصی عدالت*، شماره ۷، سال چهارم (بهار و تابستان ۱۳۹۶).
- طجرلو رضا، «برداشت تنوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، *فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۳، دوره ۳۸، (۱۳۸۷).
- طهماسبی علی، «فزون‌خواهی حق‌های اساسی: درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، شماره ۳، دوره ۱۶، (۱۳۹۱).
- عابدیان میرحسین، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها: لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»، *الهیات و حقوق*، شماره ۱۹، (۱۳۸۵).
- عادل مرتضی، «توافق بر خسارت در قراردادها»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۵، (۱۳۸۰).
- فاوورو، لویی، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق»، ترجمه جواد تقی‌زاده، *حقوق اساسی*، شماره ۳، (۱۳۸۳).

- قاری، سید فاطمی سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر: در آمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، دفتر یکم، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ ۲، ۱۳۸۸).
- قربان‌نیا، ناصر، «تحدید حقوق و آزادی‌ها»، حقوق اسلامی، شماره ۱۰، (۱۳۸۵).
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، (تهران، شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ ۵، ۱۳۸۰).
- \_\_\_\_\_، فلسفه حقوق (منابع حقوق)، جلد دوم، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۲، ۱۳۸۱).
- \_\_\_\_\_، «محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳، دوره ۳۸، (۱۳۸۷).
- \_\_\_\_\_، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، (۱۳۸۳).
- کانت ایمانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، (تهران: نقش و نگار، چاپ ۴، ۱۳۹۳).
- کرمی سکینه، «نظم عمومی: ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، حقوقی دادگستری، شماره ۹۱، سال ۷۹، (۱۳۹۴).
- \_\_\_\_\_، «نابرابر قدرت چانه‌زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲، دوره ۷، (۱۳۹۵).
- کریمی، عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱، سال اول، (۱۳۸۱).
- گرجی ازدریانی، علی‌اکبر، «حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، (۱۳۸۷).
- اوبر، ژان-لوک؛ کولار دو تیول، فرانسوا، حقوق تعهدات: قراردادها، ترجمه مجید ادیب، (تهران: میزان، چاپ ۱، ۱۳۹۰).
- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۳، ۱۳۹۳).
- منافی، شهرام، «بررسی تطبیقی غیرمنصفانه بودن قراردادها»، پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، شماره ۵، سال سوم (۱۳۹۵).
- موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، (تهران، کارنامه، چاپ ۳، ۱۳۸۴).

– هاشمی، سید محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، (تهران: میزان، چاپ ۳، ۱۳۹۳).

پایان‌نامه

– مسلم‌زاده محمد، *تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی*، رساله دکتری دانشگاه تهران با راهنمایی

دکتر حسن بادینی، ۱۳۹۴.

### ب- انگلیسی

Barak, Justice Aharon, “Constitutional Human Rights and Private Law”, *Yale Law School Faculty Scholarship Review of Constitutional Studies*, No.2, Vol. III, Review of Constitutional Studies (1996).

Barkhuysen Tom, Emmerik, Michiel van, *Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective*, In *Constitutionalisation of Private Law*, edited by Tom Barkhuysen & Siewert Lindenberg, (Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, First ed., 2006).

Barnett, Randy E., *Perspective on Contract Law*, (New York, Wolters Kluwer: Law & Business, (Published by Aspen Publishers) 4<sup>th</sup> ed., 2009).

Beckert, Jens, *The Great Transformation of Embeddedness in Market and Society: The Great Transformation Today*, edited by Hannand Hart, Chris and Keit, (Cambridge, Cambridge University, First ed., 2009).

Brownsword, Roger, *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedman and Daphn Barak-Erez, (Oxford and Portland Orgeon, Dr. Hart Pub. First Ed. 2001).

Brownsword, Roger, *The law of Contract*, General Editor Michael Furmston, (Pub. LexisNexis (UK RELX Limited), 6th Ed, 2017).

Busch, Christoph, *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, Firsted, University of Osnabruck, 2011).

Cherednychenko, Olha, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, CRC-prepared by: G.J. Wiarda Institute, Utrecht University Institute for Legal Studies, Boothstraat 6, 3512 BW Utrecht, geboren op 14 mei 1978 (te Kiev, Oekraïne) ter verkrijging van de graad van-doctor-aan de Universiteit Utrecht-op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.H. Gispen,-ingevolge het besluit van het college voor promoties-in het openbaar te verdedigen-op woensdag 18 april 2007 des middags te 4.15 uur, (PhD thesis), 2007.

\_\_\_\_\_, “Fundamental Rights and Private Law: A Relation ship of Subordination or Complementarity?” *Utrecht Law Review*: Pub. Igitur, Vol. 3, Issue 2 (December 2007).

Chirwa, Danwood Mzikenge, *The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective*, Published in *Law, Democracy & Development*, Vol 10, No 2, (University of Cape Town, 2006).

- Chrenkoff, Arthur, "Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea", *Legal Philosophy*, vol. 21, Australian (1996).
- Cirtautiene, Solveiga, "Impact of Human Rights on Private Law in Lithuania and Other European Countries: Problematic Aspects," *Jurisprudence*, 20(1) (2013).
- Cohen, Morris R., *The Basis of Contract*, 4 Harv. L. Rev. 533 (1933), (New York, Pub. Harvard Law Review Association, in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, Fourth edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2009).
- Collins, Hugh, *On the (In) compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, vol. 7 (London, LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department, 2012).
- Colombi Ciacchi, Aurelia, "Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union", *European Review of Contract Law*, 6 ERCL, vol. 3 (2010).
- Cserne, Péter, "Reasons for Limiting Freedom of Contract: Questions of Philosophy and Policy", *Legal Theory: HU ISSN 1588-080X*, N. 1, Jogelméleti Szemle (április 9, 2013).
- Deuch, Sinai, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, (Toronto, Lexington Books D. C. Heath and Company, First Ed., 1977).
- Feinman, Jaym, *Relational Contract Theory in Context*, 94 NW. U. L. Rev 734 (2000), in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E. Barnett, Fourth edition, (New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2009).
- Flessner, Alex, *Freedom of Contract and Constitutional Law in Germany*, in *Freedom of Contract and Constitutional Law: General Report*, 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, Israel, Hamaccabi Press, 1998).
- Frankenberg, Gunter, "Remark on the Philosophy and Politics of Public Law", *Legal Studies*, No.2, vol. 18(1998).
- Gutmann, Thomas, "Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract" *Law and Contemporary Problems*, No. 2, Vol. 76: 39 (2013).
- Gutmann, Thomas, *Theories of Contract and the Concept of Autonomy*, (Münster, Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics of Münster University, 2013).
- Hager, Johannes, *Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, (The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV), First ed., 2008).
- Hahlo, H. R, "Unfair Contract Terms in Civil-Law Systems", *SA Law Journal*, vol. 98(1981).
- Herres Thal, Carsten, *Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law*, in *Current problems in The Protection of Human Rights*, edited by Katjas Zieglen and Peter M Huber, (Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing Ltd in UK, First ed., 2013).



- Kapitan, Tomis, *Self-Determination and Human Rights, in Theoretical Foundations of Human Rights: Collected Papers Second International Conference on Human Rights-17-18 May 2003*, (Qom, Mofid University, Center for Human Rights Studies, First Ed. 2003).
- Kimel, Dori, *Personal Freedom and The Protection of The Weaker Through The Lens of Contract: Jurisprudent Overview, in General Principles of Law: European and Comparative Perspective*, edited by Vogenauer & Weatherill, Stefan & Stefan, (Orgeon, Hart Publishing, Oxford and Portland, First ed., 2017).
- Leible, Stefan, *Fundamental Freedoms and European Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law*, (The Netherlands, Wolsters Kluwer Law & Business(Kluwer Law International BV), First ed., 2008).
- Lytvynyuk Anna, *Fundamental Rights Operation in Privat Law*, (Hamburg, Verlag Dr. Kovac Pub., 2010).
- Mac Cormick, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, (Oxford, Oxford University Press, 2007).
- Macqueen Hectrol, Bogle, Stephen, *Private Autonomy and The Protection of The Weaker Party: Historical, In General Principles of Law: European and Comparative Perspective*, edited by Vogenauer & Weatherill, Stefan & Stefan, Hart Publishing, (Orgeon, Oxford and Portland, First ed., 2017).
- Mak, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, (Netherland, Kluwer Law International, First ed., 2008).
- Mehren, Arthur T. Von, *A General View of Contract, in International Encyclopedia of Comparative Law: Contract in General*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, (Boston, Moher Siebeck, Tübingen Mrtinus Nijhoff Publishers, Leiden, Vol. VII, Part 1, 2008).
- Marella, Rosaria Maria, *Human Dignity in a Different light: European Contract Law, Social Dignity and The Retreat of The Welfar State*, In Constitutional Values and European Contract Law, (Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV), The Netherlands, First ed., 2008).
- O'Kinneide, Colm, "Taking Horizontal Effect Seriously: Private Law, Constitutional Rights and the European Convention on Human Rights", *Hibernian Law*, Vol.4(2003).
- Phang, Andrew, "Security Contract and the Pursuit of Fairness", *Journal of contract Law*, Vol. 1(2000).
- Pinto Oliveria Nuno Manuel, MacCrorie Benedita, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law*, (The Netherlands, Wolsters Kluwer Law & Business(Kluwer Law International BV), First ed., 2008).
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge Massachusetts, Revised Edition, (first ed. 1971), 1999).
- Schafer Leyens Bemd, Hans Patrick, *Judicial Control of Standard Tetms and European Private Law & Economic Perspective on The Draft Common*

- Frame*, (Hamburg, University of Hamburg & Institute of Law and Economics, Faculty of Law & Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2009).
- Sen, G.M., *Freedom of Contract and Social change*, (New Delhi, New Ware Printing Press, OKla Industrial Estate, Published by B.V. Gupta, 1977).
- Shiffrin, Seana Valentine, *The Divergence of Contract and Promise*, Harvard Law Review, Vol. 120, (2007) in *Perspectives on Contract Law*, edited by Rany E. Barnett, (New York, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth edition, 2009).
- Sturmer, Michael, *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, first ed., 2017).
- Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, (Massachusetts and London, President and Fellows of Harvard College & Harvard and Cambridge University Press, First ed., 1993).
- Vittoria Onufrio, Maria, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?* InDret, Vol. 4, (Palermo, University of Palermo, October 2007).
- Walkila, Sonya, *Horiszontal Effect of Fundamental Rights in The EU Law*, (Groning, Europa Law Publishing, 2016).
- Zhou, Qi, "Limits of Mandatory Rules in Contract Law: An Example in Agency Law", Legal Q. 357, N. 65(2014).