

## تأثیر حقوق بنیادین بشری بر آزادی قراردادی

مرتضی حاجی پور\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۵/۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۲۲)

### چکیده

به طور سنتی حقوق بنیادین بشری نقشی در حقوق خصوصی و مشخصاً حقوق قراردادهای ایفاء نمی‌کند. این حقوق در اصل به منظور مقابله با تعدی دولت به حقوق اشخاص وضع شده‌اند. لیکن ظهور روابط نابرابر در روابط قراردادی و تبعات منفی ناشی از آن بحث توسط به حقوق بنیادین را در حمایت از آزادی قراردادی مطرح کرده است تا با اعطای وضعیت بنیادین بودن به آزادی قراردادی جلو سوء استفاده از آزادی شکلی و صوری قراردادی گرفته شود. این تحقیق در نظر دارد به روش توصیفی و تحلیلی و با مطالعه تطبیقی نقش حقوق بنیادین را در ارتباط با آزادی قراردادی به محک ارزیابی بگذارد و به اجمال می‌توان گفت توسط به حقوق بنیادین در برخورد با اصل آزادی قراردادی منجر به ظهور مفهوم ماهوی از آزادی قراردادی شده است و حتی در برخی آراء قضایی به صورت مشخص به این اصل خصیصه بنیادین بودن اعطا شده است.

**واژگان کلیدی:** حقوق بنیادین، آزادی قراردادی، ماهوی، شکلی و تطبیقی.

## مقدمه

به صورت سنتی حقوق عمومی از خصوصی مستقل تلقی شده و حقوق بنیادین بشری بر روابط مابین دولت و اشخاص حاکم بوده است و بحث از تأثیر حقوق بنیادین در روابط خصوصی مطرح نشده است. لیکن به مرور زمان با ظهور روابط نابرابر مابین اشخاص خصوصی بحث از نفوذ حقوق بنیادین در حقوق قراردادها یکی از موضوعات مطرح در ادبیات دانشگاهی شده است. در روابط قراردادی مهم‌ترین مستند اشخاص برای تنظیم روابط، اصل آزادی قراردادی است. لیکن در مواردی ممکن است توسل به این اصل در تضاد با حقوق بنیادین شخص قرار گیرد که معمولاً در قوانین اساسی کشورها پیش‌بینی می‌شود. برای مثال، شخصی از بدهکار ضمانت می‌کند. متعاقب ضمانت، مضمون‌عنه ورشکست شده و ضامن که فردی است بیکار با مسئولیت به پرداخت مبلغ ضمانت شده مواجه می‌شود که نتیجه آن محروم شدن وی از زندگی شرافتمندانه است. در چنین وضعیتی ضامن به حق اساسی خود مبنی بر حق داشتن زندگی، رشد شخصیت فردی و اجتماعی خود و به تبع کرامت انسانی خود استناد می‌کند.

در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که حقوق بنیادین اشخاص می‌تواند در روابط مابین اشخاص خصوصی نیز ایفای نقش کند و اگر پاسخ مثبت باشد، چگونه؟ آیا می‌توان در پرتو حقوق بنیادین بشری مفهوم ماهوی به آزادی قراردادی اعطا کرد که مطابق آن شخصی آزاد است که بتواند آزادانه اعمال اختیار نماید بنابراین در صورتی که موقعیت وی چنان ضعیف است که نمی‌تواند از آزادی خود به صورت بهینه استفاده کند وی آزاد محسوب نمی‌شود و به تبع آن توسل به آزادی شکلی قراردادی نیز به علت تعارض با حقوق بنیادین ناممکن می‌شود.

این تحقیق در نظر دارد تحول مفهومی اصل آزادی قراردادی را در پرتو حقوق بنیادین در چهار قسمت مورد مطالعه قرار دهد: در قسمت اول و دوم جایگاه حقوق بنیادین بشری در حقوق قراردادها و مبانی تئوریک نفوذ آن مطالعه می‌شود. سپس به معرفی تحولات مفهومی آزادی قراردادی می‌پردازیم و در نهایت نمونه‌ای از آراء صادره در حوزه‌های قضایی ارائه می‌شود.



## ۱- جایگاه حقوق بنیادین بشری در حقوق قراردادها

حقوق بنیادین بشری<sup>۱</sup> که در برخی منابع از آن تحت عنوان حقوق بشر<sup>۲</sup> نیز یاد شده است شامل تمام حقوقی می‌شود که در قوانین اساسی کشورها و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشری من جمله کنوانسیون حقوق بشر اروپا، اعلامیه جهانی حقوق بشر و کنوانسیون حقوق بشر اسلامی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند؛<sup>۳</sup> حقوقی هم چون حق اشتغال، حریم خصوصی، آزادی عقیده، آزادی بیان، آزادی مذهب و حق دسترسی به اطلاعات نمونه‌های مرسوم این دست از حقوق محسوب می‌شوند. حقوق بنیادین در اصل به منظور مقابله با تعدی دولت وضع شده‌اند<sup>۴</sup> و اعمال این حقوق اساساً بر روابط عمودی<sup>۵</sup> دولت و اشخاص مدنظر بوده است و نه روابط افقی<sup>۶</sup> مابین اشخاص. دلیل این تفاوت غالباً به این امر برمی‌گردد که رابطه دولت و شخص، برابر نیست. به علاوه، دولت در استفاده مشروع از قدرت در چارچوب حاکمیت خود از موقعیت انحصاری برخوردار است و در صورتی که اشخاص از طریق حقوق بنیادین در برابر سوءاستفاده دولت از اقتدار خود محافظت نشوند در موقعیت آسیب‌پذیری خواهند بود.<sup>۸</sup>

در رأیی که از طرف قاضی لنولا در پرونده Mr Uhuru Muigai Kenyatta V the Nairobi Star Newspaper صادر شده این موضع منعکس شده است. شاکی از نشریه براین اساس شکایت می‌کند که در آن نوشته شده شاکی در توطئه قتل رئیس سابق حزب غیر قانونی Mungiki مشارکت داشته و

۱. Fundamental Human Rights.

۲. Human Rights.

۳. Cherednychenko Olha O, Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?, 3 Utrecht L. Rev, 2007, p.1.

۴. Chantal Mack, Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law, Erasmus Law Review, 2007, Volume 01, p.60.

۵. BrydeBrun- Otto: Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective, Wisconsin International Law Journal, Vol. 25, No. 2, P.189.

۶. Vertical.

۷. Horizontal.

اصطلاح عمودی و افقی معمولاً در دو معنا خود را ظاهر می‌سازد: از یک طرف، می‌توان رابطه مابین شخص خصوصی و نهاد عمومی را عمودی و رابطه مابین دو شخص خصوصی را افقی تلقی کرد. از طرف دیگر، می‌توان تأثیر حقوق بنیادین بر وضع، نسخ و اصلاح رسمی مقررات قانونی را عمودی و تأثیر آن بر تفسیر و اجرای قواعد و مقررات رسماً تغییر نیافته را افقی تلقی کرد.

۸. Lubano Christine Noella, The Application of Fundamental Rights to Private Relations in Kenya: Striking A Balance Between Fundamental Rights and the Freedom of Contract, 2013, p. 8- Fornasier, Matteo: The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?, 23 European Review of Private Law, 2015, p.29.

در صورتی که شاکی در مبارزات انتخاب ریاست جمهوری موفق می‌شد کشور با اسفبارترین وضعیت ممکن روبرو می‌شد که تا بحال با آن روبرو نبوده است. شاکی بر مبنای نقض شدید و آشکار حق اساسی آزادی بیان و مطبوعات شکایت کرد. متشاکی پاسخ داد حقوق و آزادی‌های بنیادین قانون اساسی تنها می‌تواند در برابر دولت و نهادهای دولتی به اجرا گذاشته شود و نه اشخاص خصوصی. ثانیاً، ادعای شاکی حتی با فرض پذیرش، مشمول شبه جرم<sup>۱</sup> افترا بوده و تنها می‌تواند از طریق دعوای مدنی مورد پیگرد قرار گیرد و نه شکایت مبتنی بر نقض قانون اساسی.<sup>۲</sup>

قاضی با استناد به بند یک ماده ۲۱ قانون اساسی کنیا و رویه قضایی ملی و بین‌المللی اظهار داشت حقوق و آزادی‌های بنیادین مابین اشخاص خصوصی اعمال نمی‌شود. این بند مقرر می‌دارد: «کنترل رعایت، تقویت و اعمال حقوق و آزادی‌های بنیادین وظیفه اساسی دولت است.» وی با تأکید بر اینکه ماده صراحتاً از تعهد دولت یاد کرده و ذکر از تعهد مشابه اشخاص خصوصی به عمل نیامده است دعوی شاکی را رد و به رأی صادره در پرونده Maxwell C.J in Teitiwngang and Ariong & Others استناد کرد که می‌گوید: «حقوق و تعهدات مابین اشخاص در حقوق خصوصی مقرر شده است. در مقابل، قانون اساسی یک سند دولتی است که متضمن قواعدی در خصوص اداره کشور است. از این رو تعهدات مقرر شده در قانون اساسی در قالب حقوق بنیادین بر عهده دولت در برابر شهروندان می‌شود؛ شخص یا گروهی از اشخاص چنین تعهدی در برابر یکدیگر ندارند تا منتهی به امکان طرح دعوی در برابر یکدیگر شود.»<sup>۳</sup>

این رویکرد در گذشته چنان قوت داشته است که حتی در آلمان، که در آن دادگاه قانون اساسی در سال ۱۹۵۸ رأی داد که قانون اساسی آلمان متضمن یک سیستم نوعی از ارزشهاست می‌باشد که میبایست در کل نظام حقوقی من جمله حقوق خصوصی اعمال شود،<sup>۴</sup> حقوق قراردادهای این کشور برای مدتی طولانی به نحو اساسی متأثر از حقوق بنیادین نبود. بند ۳ ماده ۱ حقوق پایه‌ای<sup>۵</sup> آلمان مقرر داشته است: «حقوق اساسی قانون‌گذار، قوه مجریه و قضائیه را ملزم می‌کند.» مطابق این بند حقوق اساسی هر سه قوه دولتی را ملزم می‌سازند ولی فعالان خصوصی نظیر اشخاص حقیقی،

۱. Tort.

۲. Lubano, Ibid, p.3.

۳. Ibid.

۴. Cherednychenko, op. cit, p.4.

۵. Basic Law.

شرکت‌ها، اتحادیه‌های کارگری و نظایر آنها داخل در التزام موضوع بند سه مذکور نیستند.<sup>۱</sup> در گذشته دولت قویترین نهاد موجود در روابط اجتماعی بوده که قدرت انحصاری اعمال قدرت را در برابر شهروندان داشته است. ظهور دولت همیشه این نگرانی را برای متفکرین ایجاد کرده است که لازم است با وضع قواعدی دولت در اعمال قدرت محدود گردد. حقوق بنیادین هم یکی از این ابزارها است که جهت کنترل اعمال قدرت از طرف دولت در قوانین اساسی کشورها وارد شده است، لیکن امروزه شاهد ظهور نهادهای خصوصی قدرتمند در روابط اجتماعی هستیم که در مواردی حتی قدرتی بیش از دولت‌ها دارند. این وضعیت به حدی است که تجاوز به حقوق بنیادین از طرف اشخاص در مقایسه با دولت‌ها بسیار بیشتر است از این رو تعجب آور نیست که امروزه کمتر دادگاهی را می‌توان یافت که رویکرد صرفاً عمودی را در بحث حقوق بنیادین به رسمیت بشناسد.<sup>۲</sup> بنابراین همان ضرورتها که باعث وضع حقوق بنیادین در تحدید قدرت دولت شد امروزه به شکلی دیگر در روابط مابین اشخاص نابرابر ظاهر شده است. این موضع در پرونده Cradle Vs Nation Media Group Limited بدین قرار منعکس شده است: شاکی متقاضی صدور دستور الزام متشاکی به تهیه منضمات زبان اشاره<sup>۳</sup> یا زیرنویس در اخبار و برنامه‌های آموزشی شد. شاکی اظهار داشت: کوتاهی متشاکی به منزله نقض مقررات صریح موضوع ماده ۳۹ قانون مربوط به معلولین و همچنین نقض حق قانون اساسی اشخاص معلول در کسب اطلاعات و عدم تبعیض به دلیل معلولیت می‌باشد.<sup>۴</sup> خواننده در پاسخ اظهار داشت: وظیفه دولت و نه متشاکی است که به نیازهای گروه‌های آسیب‌پذیر در اجتماع پردازد. به علاوه، عمل به اقدامات درخواستی خواهان هزینه‌بر بوده و متشاکی را در معرض ضرر و زیان سنگین قرار می‌دهد. هم‌چنین، عمل به درخواستهای خواهان به منزله مداخله و کنترل در وظیفه انتشار و توزیع اخبار است که مغایر با ماده ۳۴ قانون اساسی کشور است.<sup>۵</sup> دادگاه با تکیه بر بند یک ماده ۲ و بند یک ماده ۲۰ قانون اساسی اعلام داشت حقوق بنیادین بر همه قوانین اعمال می‌شود و همه نهادهای دولتی و اشخاص را ملزم می‌کند؛ نهادهای دولتی و خصوصی هم‌چون متشاکی ملزم به رعایت و اطاعت از همه مقررات قانون اساسی هستند؛ قانون اساسی تکلیف تضمین دسترسی معلولین به همه

1. Ribeiro, G. A., Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights, 2012, p.2. Available at: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/goncalo-de-almeida-ribeiro-direct>.

2. Lubano, op. cit, p.9.

3. Sign Language.

4. Ibid, p.4.

5. Ibid.

اماکن، حمل و نقل عمومی و اطلاعات را بر همه اشخاص و نه صرفاً دولت، تحمیل می‌کند.<sup>۱</sup>

## ۲- مبانی تئوریک نفوذ حقوق بنیادین بشری در حقوق قراردادها

با مطالعه نظام‌های حقوقی می‌توان مبانی نفوذ حقوق بنیادین بشری را در حقوق قراردادها به قرار زیر خلاصه کرد:

### الف- حقوق بنیادین به مثابه حقوق برتر

به نظر عده‌ای از حقوقدانان، حقوق بنیادین مصرح در قوانین اساسی به عنوان یک حق برتر تلقی شده به طوری که کل نظام حقوقی در پرتو آن قرار می‌گیرد، لذا قواعد عادی توانایی مقابله با این حقوق را ندارند. این حقوق مختص حقوق عمومی نبوده و در حقوق خصوصی نیز به عنوان یک حقوق برتر قابل اعمال می‌باشند. مطابق این دیدگاه، حقوق بنیادین، شاخه‌ای از حقوق عمومی نمی‌باشد، به سخن دیگر، حقوق اساسی در تقسیم‌بندی بین حقوق عمومی و خصوصی قرار نمی‌گیرد، بلکه حقوق اساسی فراتر از این مرزبندی قرار گرفته است. از اصلی‌ترین ویژگی‌های این موضع، برتری این حقوق بر سایر قواعد حقوقی می‌باشد بنابراین حقوق بنیادین به عنوان ارزش‌های پایه‌ای و اساسی حاکم بر کل نظام حقوقی محسوب می‌شود. به همین دلیل باید گفت که این ارزش‌ها باید هم بر حقوق عمومی و هم بر حقوق خصوصی حاکم و مؤثر باشد و کل نظام حقوقی باید خودشان را با حقوق بنیادین وفق دهند.<sup>۲</sup> مطابق این نظریه، حقوق بنیادین حامی آزادی و کرامت انسانی بوده و نه تنها حاکم بر اعمال دولت است بلکه باید راهنمای کلیه قواعد حقوقی حاکم بر جامعه مدنی باشد. در راستای تحقق برتری حقوق بنیادین بر قراردادها دادگاه می‌تواند به حوزه‌ی قراردادهای ناظر بر روابط خصوصی افراد ورود پیدا کند. بدین ترتیب حقوق قراردادها نیز زیر سایه حقوق برتر یعنی حقوق بنیادین قرار گرفته و چاره‌ای جز احترام به این حقها و عدم نقض آنها ندارد.<sup>۳</sup>

تئوری اثر مستقیم<sup>۴</sup> نتیجه این نگرش است. مطابق این تئوری حق بنیادین نه تنها مستقیماً در

۱. Ibid, p.5.

۲. Barak, A., Constitutional Human Rights and Private Law, in D Friedman and D Barak-Erez (eds), Human Rights in Private Law, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 21-22; Smits, J., 'Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View', in T Barkhuysen and S Lindenbergh (eds), Constitutionalisation of Private Law, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p.9.

۳. Caumes, C, L'interperetation du Contrat Au regard des Droits Fondamentaux, pour obtenir le grade de docteur en droit de l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, le 25, 2010, p.39.

۴. Direct Effect.

برابر دولت قابل استناد است، بلکه اشخاص می‌توانند در برابر یکدیگر نیز به این حقوق استناد کنند؛ در صورتی که شخص مدعی است که طرف مقابل با نقض حقوق بنیادین قراردادی منعقد کرده است می‌تواند به عنوان سبب و منبع دعوی به این حقوق استناد نماید و محدودیتی از این حیث نیست.<sup>۱</sup>

دلایل این طیف از این قرار است:

- مؤثرترین حمایت از حقوق بنیادین را فراهم می‌آورد.
- اگر حق مورد بحث، بنیادین است این که ناقض آن دولت است یا شخص خصوصی، فاقد اهمیت است.<sup>۲</sup>
- حقوق خصوصی و عمومی را نمی‌توان دقیقاً از یکدیگر مجزا کرد خصوصاً با در نظر گرفتن این که اشخاص خصوصی همیشه این حقوق را رعایت نمی‌کنند.<sup>۳</sup>

#### ب- حقوق بنیادین به مثابه اصل

برخی دیگر از حقوقدانان، حقوق بنیادین را به مثابه یک اصل حقوقی می‌دانند. مطابق این رویکرد حقوق بنیادین هم‌چون اصول غیرقابل نقض بوده و تعرض به آنها امکان‌ناپذیر می‌باشد. به علاوه، در نظامهای قضایی دمکراتیک در بحثهای عملی، آنها در برترین جای ممکن قرار می‌گیرند.<sup>۴</sup> وقتی حقوق بنیادین به عنوان اصول حقوقی تلقی می‌گردند به عنوان ابزارهای بهینه محسوب می‌شوند که برای ایجاد تعادل بین اصول حقوقی متعارض بکار گرفته می‌شوند.<sup>۵</sup> به عنوان مثال، در اکثر قوانین اساسی حق آزادی عمل و یا حق آزادی بیان به عنوان یک حق بنیادین تضمین شده

۱. Onufrio, Maria Vittoria, The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is Horizontal Indirect Effect like Direct Effect?, In Dret, 4, 2007, p. 3- Krzeminska- Vamvaka Joanna, Horizontal Effect of Fundamental Rights and Freedoms- Much ado about Nothing? German, Polish and EU Theories Compared after Viking Line, 2009, p.10.

۲. Hesselink, Martijn, The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law, European Review of Private Law, Vol. 12, No. 4, 2004, pp. 397-419.

۳. Barkhuseyn Tom & Van Emmerik Michiel, Constitutionalisation of Private Law: The European Convention on Human Rights Perspective, Koninklijke Brill NV., Netherlands, 2006, p.46.

۴. Kumm, M, Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, German Law Journal, Vol. 07, No. 04, 2004, pp. 597- 595.

۵. Optimization Requirements

۶. Ribeiro, op. cit, p.12.

است، بنابراین هرگونه ایجاد محدودیت برای این حقا چه از جانب قانون‌گذار و چه از جانب دادگاه‌ها خلاف قانون اساسی تلقی خواهد شد. اما دادگاه قانون اساسی و یا مرجع قانون‌گذاری می‌تواند برای حفظ حق بنیادین دیگر که در اوضاع و احوال خاص بر حق آزادی عمل و یا حق آزادی بیان ترجیح دارد آنها را محدود نماید و به نوعی بین دو حق بنیادین به عنوان اصول حقوق تعادل ایجاد نماید. با پذیرش حقوق بنیادین به عنوان اصول، راه برای اعمال این حقوق در حقوق قراردادهای باز می‌شود چرا که اصول حقوقی همانند نور خورشید بر کل نظام حقوق می‌تابد به گونه‌ای که هیچ دلیلی برای نقض آن و عدم اجرای آن پذیرفتنی نیست و حقوق قراردادهای به عنوان بخشی از نظام حقوقی نمی‌تواند خود را مصون از نفوذ آن بداند.

### ج- تعهد مثبت دولت در حمایت از حقوق بنیادین

برخی نیز بر این نظرند که دولت نه تنها لازم است حقوق بنیادین را در روابط با اشخاص نقض نکند بلکه وظیفه دارد هر جا که در روابط خصوصی نقض حقوق بنیادین را مشاهده کرد مداخله کند و نمی‌تواند به اعتبار خصوصی بودن رابطه از دخالت کردن امتناع ورزد. به بیان دیگر، تکلیف منفی دولت مبنی بر ممنوعیت نقض حقوق بنیادین در روابط با اشخاص به تکلیف مثبت دولت در مداخله به نفع حقوق بنیادین در روابط خصوصی تغییر وضعیت می‌دهد. در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، این موضوع مورد پذیرش قرار گرفته است. مطابق ماده ۱۳ این کنوانسیون، نظام‌های حقوقی ملی تکلیف مثبت در جهت حمایت از حقوق بنیادین دارند، این تعهد مثبت، حق‌های بنیادین مختلف که در این کنوانسیون تضمین شده‌اند را در برمی‌گیرد و دولت‌ها نه تنها از دخالت در حقوق بنیادین افراد و نقض آنها منع شده‌اند بلکه دولت‌های عضو مکلف گردیده‌اند که از نقض حقوق بنیادین افراد توسط افراد دیگر جلوگیری نمایند، این تعهد مثبت هم بر قانون‌گذار هم بر قوه مجریه و هم بر قوه مقننه تحمیل می‌گردد و تمامی ارکان حکومت موظف به این امر هستند.<sup>۱</sup>

### د- حقوق بنیادین به مثابه ابزار

مطابق این تئوری حقوق بنیادین نمی‌تواند مستقیماً در روابط خصوصی ایفای نقش کند ولی این حقوق ابزاری است جهت تحقق اهدافی که حقوق خصوصی آن را تعقیب می‌کند. برای مثال در صورتی که رابطه قراردادی در نتیجه نابرابری فاحش مابین طرفین بیش از حد غیر عادلانه باشد توسل به حقوق بنیادین به مثابه ابزاری در برقراری مجدد عدالت مابین طرفین عمل می‌کند. در این

۱. Barkhuysen, op. cit, p.48.



دیدگاه، نگاه به حقوق قراردادهای، ابزاری می‌باشد و حقوق قراردادهای، وسیله‌ای برای پیگیری اهداف و سیاستهای اجتماعی و به ویژه حمایت از طرف ضعیف قرارداد تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> طرفداران این عقیده، بر این موضوع پافشاری می‌کنند که حقوق قراردادهای وسیله‌ای برای تحقق عدالت اجتماعی در جامعه است، و نقش حقوق قراردادهای در تحقق عدالت اجتماعی بیشتر در حمایت از طرف ضعیف قرارداد می‌باشد.

تنوری اثر غیر مستقیم<sup>۲</sup> حقوق بنیادین از جلوه‌های این مبنا می‌باشد. مطابق این تنوری شخص نمی‌تواند به صورت مستقیم به حقوق بنیادین استناد نماید چرا که این حقوق صرفاً در برابر دولت قابل استناد است ولی دادگاه‌ها باید در تفسیر دعوی با کمک گرفتن از اصول حقوق قراردادهای خصوصاً حسن نیت و اخلاق حسنه تفسیری ارائه کنند که تقویت کننده حقوق بنیادین باشد.<sup>۳</sup> یکی از نویسندگان در این خصوص بیان می‌دارد: «اقدام مطابق با حسن نیت در اعمال و اجرای حقوق و تعهدات مدنی و شرط کلی راجع به اخلاق عمومی مهم‌ترین مقررات حقوق خصوصی هستند که از طریق آن ارزش‌های قانون اساسی ظاهر می‌شود».<sup>۴</sup>

یکی از مهم‌ترین تحولاتی که در حوزه اصل آزادی قراردادهای در حال وقوع است تأثیر حقوق بنیادین بشری بر نوع تلقی از آزادی قراردادی است.

### ۳- تغییر مفهوم آزادی قراردادی

اصل حاکمیت اراده‌یکی از اصول بنیادین حاکم بر قراردادهاست که آزادی قراردادی نتیجه تبعی آن است. مطابق این اصل اراده‌ی آزاد اشخاص، مصدر هر نظم حقوقی و منشأ همه‌ی التزامات است. این اراده در قلمرو قراردادهای و حتی در قلمرو حقوق عمومی نقش تعیین کننده دارد.<sup>۵</sup> آزادی

۱. Ciacchi A. C., European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance, Hans-Wolfgang Micklitz (ed.), Constitutionalization of European private law, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 131.

۲. Indirect effect.

۳. Ciacchi Aurelia Colombi, The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice, ERCL, 2, 2006, p. 167. Available at: www.ssrn.com.

۴. Kull, Irene, Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law, *juridica international VII*, 2002, p.142.

۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، جلد ۱، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۹، صص ۱۵۶-۱۵۷.

قراردادی یکی از مختصات اساسی جوامع آزاد است که پایه اقتصاد بازار<sup>۱</sup> را تشکیل می‌دهد.<sup>۲</sup> مطابق این اصل شخص مجاز است به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد و به غیر از محدودیت‌های عمومی دادگاه‌ها نمی‌بایست در این فرایند مداخله کنند. اهمیت آزادی قراردادی تا آنجاست که گفته شده است: «افراط در دفاع از آزادی، عیب نیست و تعادل در جستجوی عدالت نیز فضیلت محسوب نمی‌شود».<sup>۳</sup>

حمایت از این اصل در حوزه حقوق اروپا تا حدی پیشرفته‌است که دادگاه‌ها ملزم شده‌اند هر قراردادی را در خصوص همه انواع روابط اجتماعی به اجرا بگذارند با این شرط که قرارداد استانداردهای متعارف اخلاقی را نقض نکرده و طرح توزیعی منصفانه را عقیم نسازد.<sup>۴</sup> در فقه امامیه و حقوق ایران نیز اصل حاکمیت اراده بر مبنای قواعدی چون «العقود تابعه للقصد» پذیرفته شده است.<sup>۵</sup> (لطفاً از مولف پرسید این دو ارجاع صحیح است؟)

به صورت سنتی اصل آزادی قراردادی دارای یک مفهوم شکلی بوده‌است که در آن دولت‌ها از هرگونه دخالت در روابط قراردادی اشخاص منع شده‌اند. در این بعد از آزادی آن چه مهم است این است که اراده شخص از طریق عواملی چون اجبار، اکراه و... تحت تأثیر قرار نگیرد. این رویکرد مبتنی بر مفهوم برابری شکلی است بدین معنی که شخصی که بدون اجبار و اکراه قراردادی منعقد نماید آزاد بوده و دخالت در قرارداد منعقد ممنوع می‌باشد. در این منطقی توجهی به این که شخص تحت چه شرایطی حاضر به انعقاد معامله شده است نمی‌شود؛ همین که در ظاهر شخص از اجبار بیرونی آزاد است قرارداد معتبر بوده و تحت حمایت اصل آزادی قراردادی می‌ماند. از همین رو وجه التزامی که در قرارداد پیش‌بینی می‌شود نمی‌تواند تحت کنترل، تعدیل و یا حذف قرار گیرد چرا که قراردادی که آزادانه بسته شده است در حکم قانون خصوصی بوده و برای همه اشخاص لازم‌الاتباع

۱. Market Economy.

۲. Collins Hugh, The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, 2011, p.5, Available at: [ssrn.com](http://ssrn.com), p.5.

۳. Mohd Faiz Abdullah and Rozanah Ab, Rahmna, Unconscionability and The Clash Between Contractual Justice and Freedom of Contract in Malaysia, p.1.

۴. Marella, Maria Rosaria, The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe, ERCL, 2, 2006, p.262.

۵. بیجنوردی، محمدحسن موسوی، القواعد الفقهیه، جلد ۳، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹، ص ۱۳۶؛ شیرازی، ناصر مکارم، القواعد الفقهیه، جلد ۲، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱، ص ۳۷۳.

۶. دیوان عالی کشور نیز در یکی از آراء خود به صراحت اصل حاکمیت اراده را در تنظیم قراردادهای خصوصی به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته است (بازگیر، یدالله، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۲، تهران، ققنوس، ۱۳۷۷، ص ۴۵).

می‌باشد. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبالغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم نماید».

امروزه در بحث آزادی قراردادی دو رویکرد مطرح است:

برخی بر این نظرند که این ادعا که آزادی قراردادی میبایست اصل راهنمای حقوق قراردادهای باشد مبتنی بر اصول اشتباه تئولیرال است؛ بنابراین دلیلی وجود ندارد که بتواند حمایت قوی از آزادی قراردادی را توجیه کند و آزادی قراردادی باید از طریق ارزش‌هایی چون انصاف یا عدالت اجتماعی محدود شوند.<sup>۱</sup>

در مقابل، برخی دیگر بر این نظرند که آزادی قراردادی می‌بایست اصل راهنمای حقوق قراردادهای باشد. بنابراین مقررات آمره و ضد تبعیض می‌تواند منتهی به تضعیف حاکمیت فردی شده و به نحوی فزاینده آزادی فردی را محدود سازد.<sup>۲</sup> این نظر مبتنی بر این فرض است که طرف قرارداد بهتر از سیستم حقوقی، داور و قاضی منافع خویش است.<sup>۳</sup> کانت می‌گوید: اگر کسی در باره دیگری تصمیم بگیرد، همیشه این احتمال وجود دارد که عدالت رعایت نشود، ولی جایی که شخص درباره خود تصمیم می‌گیرد، فرض هرگونه تجاوز و ناعدالتی بی‌مورد است.<sup>۴</sup>

در اواخر قرن ۱۹ و در قرن ۲۰ تئوری سنتی آزادی قراردادی در معرض انتقادات اساسی قرار گرفت. استدلال شد که تئوری قراردادی واقعیات تلخ بازار را منعکس نمی‌کند؛ اشخاص برابر وجود ندارد و اشخاص قوی قادر هستند که معامله غیر منصفانه را به کسانی که آسیب پذیر هستند تحمیل نمایند. از این رو نویسندگان شروع به زیر سؤال بردن مبانی فکری آزادی قراردادی کردند. برای نمونه لئونارد هابهاوسیان می‌دارد: قرارداد مابین اشخاص نابرابر نمی‌تواند آزادانه باشد، چرا که رضایت طرف ضعیفتر که به مثابه شخصی است که بر روی پرتگاهی در حال لیز خوردن است به

۱. Hesselink Martijn W, The European Commission, s Action Plan: Towards a more Coherent European Contract Law?, p.16, Available at: SSRN.com- Rutgers Jacobien W, The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR, 5 European Review of Contract Law, 2009, p.95- Rutgers Jacobien W, An Optional Instrument and Social Dumping, 2 European Review of Contract Law, 2006, p.199.

۲. Eidenmuller Horst, Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR, 5 European Review of Contract Law, 2009, pp.109, 130- Storme Matthias E, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, Journal of South African Law, 2008, pp.179, 192- 195.

۳. Chrenkoff, Arthur, Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea, 21 Austl. J. Leg. Phil, 1996, pp. 36, 37.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۷۹.

متابه رضایت به دادن همه دارایی به شخصی است که به او ریسمان را بدون شرط دیگری خواهد انداخت. <sup>۱</sup>همچنین لرد نرسینگتون میگوید: شخص نیازمند و فقیر، آزاد تلقی نمی‌شود و ضرورت پاسخ به نیاز موجود وی را در معرض هر گونه شروطی قرار می‌دهد که فریبکار ممکن است به چنین اشخاصی تحمیل کند. <sup>۲</sup>آتیا نیز اظهار می‌دارد این نقد از دکترین لیبرال و ناتوانی آندر پرداختن به بسیاری از مشکلات اقتصادی و اجتماعی مهم که در قرن ۱۹ ظاهر شد منتهی به زوال تدریجی و نهایی تئوری سنتی قراردادیشد. <sup>۳</sup>

تحولات حقوقی در قرن ۲۰ نه تنها محدودیت‌های مهمی بر آزادی قراردادی هم‌چون حقوق مصرف و حقوق ضد تبعیض را به همراه آورد، بلکه منتهی به ظهور برداشت جدید از آزادی قراردادی یعنی دکترین آزادی ماهوی قراردادی شد که مطابق آن برای این که طرف ضعیفتر نیز از حاکمیت حقیقی برخوردار شود حقوق باید مداخله کند؛ در این دکترین مقرره‌های ناظر به آزادی قراردادی دیگر به عنوان محدودیتی بر آن تلقی نمی‌شود، بلکه تلاشی است که هدف آن به حداکثر رساندن آزادی ماهوی هر دو طرف قرارداد است. <sup>۴</sup>

این قرن شاهد تحول بسیار مهم اساسی‌سازی حقوق خصوصی نیز بود که تأثیری اساسی بر شکل آزادی قراردادی داشت. <sup>۵</sup>منظور از اساسی‌سازی یعنی نفوذ حقوق اساسی خصوصاً حقوق بنیادین بشری بر حقوق خصوصی، که هم سطح حمایت از آزادی قراردادی را تقویت می‌کند و هم آن را تضعیف می‌نماید؛ محدودیت‌ها نتیجه اعمال افقی حقوق بنیادین است و حمایت از آزادی قراردادی نتیجه اعطای وضعیت حق بنیادین به خود آزادی قراردادی می‌باشد. <sup>۶</sup>

اساسی‌سازی حقوق قراردادها در دو معنای متفاوت از هم به کار می‌رود:

۱. Hobhouse Leonard T, Liberalism, Oxford University Press, 1964, p.50.

۲. Lubano, op. cit, p.10.

۳. Atiyah Patrick S, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Clarendon Press, 1979, pp. 693- 715.

۴. Grundmann Stefan, The Future of Contract Law, 7European Review of Contract Law, 2011, pp.490, 505- see also: Pettit Jr Mark, Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall, 79 Boston University Law Review, 1999, pp.263, 297.

۵. Cherednychenko Olha, The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? 8 Electronic Journal of Comparative Law, 2004- Collins Hugh, The Constitutionalization of European Private Law as a Patch to Social Justice, pp.135- 141 in Micklitz Hans W, The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Edward Elgar Publishing Limited 2011, pp.158- 164.

۶. Chantal, Mak, Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherland, Italy and England, Kluwer Law International, 2008, pp.281- 286.

در معنای موسع به منظور توصیف نفوذ فزاینده حقوق بنیادین در حقوق قراردادها استعمال می‌شود و در معنای محدودتر، ناظر به موقعیتی است که در آن حقوق بنیادین مندرج در قوانین اساسی به مثابه سیستم جامعی از ارزش‌ها تلقی می‌شود که بر کل نظام حقوقی من جمله حقوق قراردادها نفوذ داشته و روابط مابین اشخاص خصوصی را در مراحل مختلف حیات قرارداد شکل می‌دهد. اساسی‌سازی حقوق قراردادها منتهی به بازتعریف آزادی قراردادی از طریق پذیرش مفهوم ماهوی آن می‌شود که متضمن برقراری توازن مابین استقلال خصوصی و حقوق اجتماعی یا حقوق مصرف‌کننده می‌باشد.<sup>۱</sup>

در قوانین اساسی دنیا کمتر مقرره‌های را می‌توان یافت که به صراحت از آزادی قراردادی حمایت نماید و اگر هم چنین حمایتی در کار باشد معمولاً نشانه‌ای از تعهد طراحان به سیاست‌های اقتصاد نئولیبرال می‌باشد. قانون اساسی شیلی نمونه‌ای از این وضعیت است که در بند ۱۶ ماده ۱۹ آن بیان شده است: «هر شخصی حق انعقاد آزادانه قرارداد و انتخاب آزادانه کار در ازای حق الزحمه عادلانه را دارد».

لیکن، در برخی کشورها دادگاه قانون اساسی وضعیت حق بنیادین به آزادی قراردادی داده‌اند. در آلمان دادگاه قانون اساسی با تکیه بر مواد مربوط به مالکیت (ماده ۴)، آزادی فعالیت (ماده ۱۲) و آزادی عام عمل (ماده ۲ حقوق بنیادین) آزادی قراردادی را به عنوان یک حق اساسی استنتاج کرده است. این اصل در پرونده موسوم به ضمانت تثبیت شد: در صورتی که پرونده مثبت ضعف ساختاری یک طرف قرارداد باشد به نحوی که نتایج آن برای طرف ضعیف به نحو غیر معمولی سنگین باشد قانون مدنی باید واکنش نشان داده و اقدامات اصلاحی را ممکن سازد؛ دادگاه‌های حقوقی تعهد دارند که اصول کلی را چنان تفسیر و اعمال کنند که قراردادها به عنوان ابزار سلب تعیین سرنوشت به کار نرود. نتیجه چنین رویکردی این است که هر موقعیتی که در آن یک طرف قرارداد دیگر نمی‌تواند حق تعیین سرنوشت ماهوی خویش را اعمال کند، منتهی به تعهد دولت بر مداخله و تأمین تأمین طریق جبران حقوقی می‌شود.

در فرانسه ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی مبنای حمایت از آزادی قراردادی تلقی شده است. مطابق این ماده «جامعه‌های که در آن حقوق بشر تضمین نیست و تفکیک قوا مبهم

۱. Marella, op. cit, pp.257, 267- 268.

۲. Ciacchi Aurelia Colombi, Party Autonomy as a Fundamental Right in the EU, 6 European Review of Contract Law, 2010, pp. 306- 307.

است قانون اساسی ندارد. آزادی قانون اساسی قراردادی تنها می‌تواند از طرف قانون‌گذار به دلایل نفع عام عمومی محدود شود<sup>۱</sup> و در ایتالیا حمایت اساسی از آزادی قراردادی نه از مقررات تضمین‌کننده آزادی عام عمل، بلکه از آزادی ابتکار عمل اقتصادی منتج شده است.<sup>۲</sup>

منتقدان اساسی‌سازی آزادی قراردادی بیان میدارند نتیجه اساسی‌سازی و امکان اجرای افقی حقوق بشر متضمن تحمیل محدودیت‌های موسع بر آزادی قراردادهاست که مسلماً از طرف لیبرال‌های سنتی به عنوان نقض آزادی مقدس بشر رد می‌شود.<sup>۳</sup>

به لحاظ دگرترین آزادی ماهوی قراردادی است که دادگاه‌ها از اجرای قرارداد خلاف وجدانی که در آن طرف متضرر، نه به صورت ماهوی بلکه در شکل، آزاد بوده است که آن را منعقد کند، ممانعت و یا حداقل ضرر به بار آمده را تعدیل می‌کنند. نتیجه تمرکز بر بعد ماهوی آزادی قراردادی این است که به هنگام بررسی رابطه فی‌مابین آزادی قراردادی و حمایت از طرف آسیب‌پذیر، رویکردها تغییر می‌یابد. آزادی قراردادی و حمایت از طرف ضعیفتر قرارداد به طور سنتی به عنوان اصولی متضاد تلقی شده‌اند و از این رو دگرترین‌های حقوقی که در مقابل قراردادهای خلاف وجدان جبران‌هایی مهیا می‌کنند غالباً به عنوان استثنائاتی بر اصل آزادی قراردادی توصیف می‌شوند و بیان می‌شود که دولت می‌تواند به منظور جلوگیری از شروط گزاف در قرارداد و حمایت از طرف ضعیف قرارداد، اصل آزادی قرارداد را محدود نماید.<sup>۴</sup>

ولی با پذیرش دگرترین آزادی ماهوی می‌توان گفت چنین تعارضی در مفهوم شکلی اصل آزادی قراردادی قابل تصور است که در آن صرفاً مصونیت روابط قراردادی از دخالت دولت که جنبه منفی اصل آزادی قراردادی می‌باشد مدنظر قرار می‌گیرد؛ در حالیکه جنبه مثبت اصل آزادی قراردادی نیز که دخالت دولت در قرارداد به منظور حفظ آزادی واقعی و تکامل شخصیت افراد را ایجاب می‌کند، در آزادی ماهوی مورد لحاظ قرار می‌گیرد؛ بنابراین نه تنها عدالت و انصاف، تعارضی با اصل آزادی قراردادی ندارند، بلکه باید راهنمای آن تلقی شوند.<sup>۵</sup>

۱. Errera Roger, The Right of Property and Freedom of Enterprise in French Constitutional Law, Institute of Law and Public Policy, 2009, p.22.

۲. Ciacchi, op. cit, p.313.

3. Szwed Marcin, Constitutional Protection of Freedom of Contract in the European Union, Poland and the United States and its Potential Impact on the European Contract Law, Central European University, 2014, p.16.

۴. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۷۸، ص ۳۲۸.

۵. Ciacchi, 2006, p. 2.



#### ۴- بررسی تطبیقی

در دو دهه اخیر تحولاتی در برخی نظام‌های حقوقی رخ داده است که به سمت پذیرش آزادی ماهوی قراردادی به عنوان یک حق اساسی است. برای ملاحظه موضوع به نمونه ای از آراء قضایی خصوصاً در آلمان اشاره می‌کنیم.

##### ۴-۱- آلمان

در سال ۱۹۵۷ میلادی، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان، حق توسعه و رشد آزادانه شخصیت موضوع ماده (۱) ۲ قانون اساسی آلمان را به عنوان یک حق بنیادین و فراگیر آزادی عام عمل اعلام کرد که همه مصادیق آزادی را که مشمول سایر حقوق بنیادین نمی‌شود دربر می‌گیرد. در آلمان، آزادی قراردادی تحت حمایت بند ۱ اصل ۲ قانون اساسی تلقیمی‌شود. اولین رأی دادگاه فدرال که به تلقی ماهوی از آزادی قراردادی به عنوان یک حق بنیادین اتکا کرد، رأی مربوط به نماینده تجاریمورخ ۱۹۹۰ بود. پرونده مربوط به یک قرارداد نمایندگی بود که در آن توافق شده بود نماینده بعد از خاتمه قرارداد به مدت دو سال برای رقبای اصیل تحت هیچ عنوانی فعالیت نکند و در صورتی که خاتمه قرارداد ناشی از تقصیر او باشد نماینده مستحق هیچ گونه غرامتی نخواهد بود. آنچه در این پرونده محل بحث شد محدود شدن فوق العاده آزادی اشتغال نماینده بعد از خاتمه قرارداد بود. دادگاه رأی داد: حاکمیت اراده مبتنی بر اصل تعیین سرنوشت شخصی است و این اصلایجاب می‌کند که شرایط آزادانه تعیین سرنوشت شخصی به واقع موجود باشد. اگر قدرت معاملاتی یکی از طرفین قرارداد به نحوی اساسی نامتناسب باشد که به واقع تنظیم رابطه قراردادی را عملاً یک طرفه سازد، در آن صورت، چنین وضعیتی، قرارداد منعقد را نامتوازن می‌سازد. جایی که برابری تقریبی قدرت معاملاتی مابین طرفین موجود نیست، در آن صورت برقراری منصفانه توازن مابین منافع طرفین نمی‌تواند به تنهایی از طریق حقوق قراردادها به دست آید، بلکه باید اصول کلی حقوق خصوصی (اصول مندرج در مواد ۱۳۸، ۲۴۲، ۳۱۵ قانون مدنی آلمان یعنی حسن نیت و اخلاق حسنه) به عنوان ابزارهای انسجام بخش مورد اعمال قرار می‌گیرد. به نظر دادگاه قاضی باید حقوق بنیادین را در موارد برابری نامتوازن قراردادی با استفاده از ابزارهای حقوق خصوصی به اجرا بگذارد. در این پرونده رأی دادگاه حقوقی به دلیل نقض حق بنیادین آزادی اشتغال نماینده موضوع

۱. Cherednychenko, op. cit, 2006, p.492.

ماده ۱۲ قانون اساسی، مغایر قانون اساسی شناخته شد.

سه سال بعد آزادی ماهوی به عنوان یک حق بنیادین در پرونده معروف به ضمانت از طرف دادگاه قانون اساسی در سال ۱۹۹۳ به رسمیت شناخته شد. در این پرونده دختر بیست و یک ساله‌ای که فاقد تحصیلات عالی بود، و در اغلب اوقات بیکار و در مواردی هم که شاغل بود حقوق متوسطی دریافت می‌کرد وام ۵۰۰۰۰ یورویی پدرش را در برابر بانک ضمانت کرد. بعد از این که پدر ورشکست اعلام شد بانک ضمانت را به همراه سود یعنی ۸۰ هزار یورو به اجرا گذاشت. دادگاه بدوی با استناد به قرارداد، اجرای ضمانت را مورد تأیید تأیید قرار داد. این رأی در مرحله تجدید نظر با این استدلال رد شد که بانک تعهد خود مبنی بر دادن اطلاعات را نقض کرده است لذا دختر ملتزم به قرارداد نیست. این رأی نیز از طرف دیوان عالی کشور رد شد. دیوان ضمن رد تعهد دادن اطلاعات اعلام کرد هر شخصی که به سن بلوغ می‌رسد آگاه است که امضای قرارداد ضمانت متضمن خطراتی می‌باشد.

دختر به دادگاه فدرال قانون اساسی اعتراض کرد و این دادگاه اعلام کرد: «حداقل به خاطر قطعیت و حتمیت حقوقی، قرارداد نمی‌تواند در هر موردی که برابری قدرت معاملی طرفین به هم خورده است به چالش کشیده شده یا تعدیل گردد. با این حال اگر در موردی خاص، ضعف ساختاری یکی از طرفین قرارداد آشکار بوده و آثار آن برای طرف در موقعیت ضعیفتر، بیش از حد غیر معمول و سنگین باشد، حقوق مدنی باید واکنش نشان داده و ابزارهای اصلاحی در اختیار قرار دهد. این امر ناشی از تضمین اساسی حاکمیت اراده (بند ۱ ماده ۲ قانون اساسی) و اصل دولت اجتماعی (بند یک ماده ۲۰ و بند ۱ ماده ۲۸ قانون اساسی) می‌باشد. دادگاه‌ها وظیفه دارند که اصول کلی را چنان تفسیر و اعمال کنند که اطمینان خاطر حاصل کنند که قراردادها هرگز به عنوان ابزاری جهت از بین بردن خودمختاری مورد استفاده قرار نگیرند»<sup>۱</sup>.

در این رأی دادگاه قانون اساسی، بعد ماهوی آزادی قراردادی را به عنوان بخش جدانشدنی حق بنیادین توسعه آزادانه شخصیت و آزادی عمل عمومی موضوع بند ۱ اصل ۲ قانون اساسی شناسایی کرد و دادگاه بر همین اساس بر مبنای نقض آزادی قراردادی موضوع بند ۱ اصل ۲ قانون اساسی، ضمن پذیرش اعتراض ضامن، مغایرت رأی صادره را با قانون اساسی اعلام کرد.

۱. Cherednychenko, op. cit, 2007, p.7.



## ۴-۲- هلند و ایتالیا

در هلند رأی پرونده مربوط به ضمانت در آلمان منبع الهام برای علمای حقوق این کشور شده است. یکی از نویسندگان مشهور این کشور یعنی اسنایدر چنین میگوید: ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نه تنها از حریم خصوصی، به عنوان حق شخص مبنی بر دور ماندن از انظار حمایت می‌کند، بلکه از حق حاکمیت فرد بر خویش و تعیین سرنوشت خود نیز حمایت می‌کند که به نوبه خود آزادی قراردادی را نیز در بر می‌گیرد. براین اساس دادگاهی که قراردادی را چنین تلقی می‌کند که تحت فشار منعقد شده است می‌تواند قرارداد را به عنوان این که در تضاد با ماده ۸ فوق الذکر است ناقض ماده مذکور تلقی نماید. به عنوان نمونه ضمانتهای خانوادگی که عضو خانواده و یا کارمند بانک به ضامن خصوصی اعمال فشار کرده‌اند. استناد اسنایدر به کنوانسیون اروپایی به جای قانون اساسی هلند به عنوان منبع حق بنیادین آزادی ماهوی به این دلیل است که در هلند کنوانسیون از لحاظ سلسله مراتب بالاتر از قانون اساسی داخلی است. طبق ماده ۱۲۰ قانون اساسی، دادگاهها مجاز نیستند که قوانین مصوب پارلمان را بر اساس قوانین اساسی ملی مورد ارزیابی قرار دهند. ولی این دادگاهها از اینکه قوانین ملی را با معاهدات بین‌المللی تطبیق دهند منع نشده‌اند. از همین رو، غالباً کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در تصمیم‌گیری راجع به پروندههای حقوق خصوصی اعمال می‌شود.

در اوایل دهه ۶۰ دادگاه قانون اساسی ایتالیارأی داد: با اینکه آزادی قراردادی، فی نفسه، یک ارزش قانونی اساسی نیست ولی به طور غیرمستقیم مورد حمایت قانون اساسی است چرا که آزادی قراردادی از لحاظ کارکردی مرتبط با آزادی فعالیت اقتصادی است که در ماده ۴۱ قانون اساسی قید شده است. دادگاه در ادامه می‌گوید: آزادی فعالیت اقتصادی و حاکمیت فرد بر خود نامحدود نیست و از طریق دیگر ارزشهای اقتصادی و اجتماعی که در سطحی بالاتر از آن قرار داشته و مرتبط با قانون اساسی است، محدود شده و بدین ترتیب تعادل و توازن بین این ارزشها برقرار می‌شود.

در قانون اساسی ایتالیا، آزادی فعالیت و ابتکار اقتصادی در فصل مربوط به تنظیم روابط اقتصادی آمده است. از این رو، آزادی فعالیت اقتصادی کمتر از آزادیهای شخصی مورد حمایت قرار گرفته‌است. از سیاق عبارت ماده (۲) ۴۱ قانون اساسی این کشور می‌توان دریافت که کارایی اجتماعی، آزادی، کرامت و سلامتی انسان محدودیت‌های آزادی فعالیت اقتصادی

۱. Ciacchi, op. cit, 2006, p.172.

محسوب می‌گردند. طبق نظر دادگاه قانون اساسی، ضرورت تحصیل کارآمدی اجتماعی، تعیین شروط محدودکننده عملکرد آزادی قراردادی و همچنین اصلاح یا حذف شروط قراردادی که در تضاد و تغایر با کارایی اجتماعی میباشند را توجیه می‌کند.

نظر غالب در ادبیات دانشگاهی تبعیت از این رویکرد دادگاه قانون اساسی است که ماده ۴۱ قانون اساسی را به عنوان یک مبنای غیرمستقیم حقوق اساسی برای آزادی قراردادی تلقی می‌کند. در مقابل، برخی بر بعد حاکمیت فرد بر تعیین سرنوشت خود به عنوان جلوهای از آزادی تصمیم‌گیری راجع به حوزه حقوقی شخصی و مالی تمرکز می‌کنند. این طیف ترجیح می‌دهند که به قید حقوق بشر مندرج در بند یک ماده ۱۲ استناد کنند. این ماده مقرر می‌دارد: «جمهوری حقوق غیرقابل نقض اشخاص را شناسایی و تضمین می‌کند هم به عنوان یک فرد و هم به عنوان عضوی از گروه‌های اجتماعی که در آن شخصیت فرد ظهور میابد و آن اجرای تکالیف اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ضروری را ایجاب می‌کند که هم چنین به عنوان پایه و اساس حقوقی برای توسعه حقوق شخصیت در حقوق ایتالیا بکار رفته است»<sup>۱</sup>.

نگاهی به ماده ۴۱ قانون اساسی<sup>۲</sup> در خصوص آزادی فعالیت اقتصادی نشان می‌دهد که هدف ماده ۴۱ نه تنها حمایت از این آزادی در برابر قدرت عموم، بلکه در برابر قدرت‌های اقتصادی خصوصی نیز بوده است. به علاوه تلقی ماهوی از همه آزادی‌های مورد حمایت قانون اساسی در بند ۲ ماده ۳ قانون اساسی به صورت ضمنی وجود دارد. مطابق این بند، وظیفه جمهوری است که همه موانع اقتصادی و اجتماعی را که با محدود کردن آزادی و برابری شهروندان، از رشد کامل فردی و مشارکت همه کارگران در سازماندهی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشور ممانعت می‌کنند بردارد. از آنجایی که عنوان ماده ۳ قانون اساسی، برابری است، این نظر مورد قبول است که بند ۲ ماده ۳ متضمن اصل برابری ماهوی است.

#### ۴-۳- فرانسه

در فرانسه تلقی سنتی از آزادی قراردادی به عنوان یک آزادی طبیعی بشری، در نتیجه افزایش مداخلات دولت و حمایت از طرف ضعیفتر در قرن بیستم اعتبارش را از دست داد؛ مفاهیمی که عموماً در تضاد با آزادی فردی و آزادی شکلی قراردادی تلقی شده است. از این رو تعجب آور نیست که قبل از سال ۱۹۹۷ شورای قانون اساسی ماهیت قانون اساسی اصل آزادی قراردادی را رد

۱. Corte Cost, 21 March 1968, no.16.

۲. این ماده از قانون اساسی اختصاص به آزادی ابتکار عمل خصوصی اقتصادی دارد که مطابق صدر ماده آزاد است.

کرد. ولی از ۱۹۹۷ این شورا به تدریج به سمت شناسایی بعد قانون اساسی این اصل حرکت کرد. در سال ۱۹۹۷ شورا اعلام کرد که آزادی قراردادی یک ارزش مبتنی بر قانون اساسی نیست، ولی نقض آن می‌تواند حقوق و آزادی‌هایی را که از طریق قانون اساسی تضمین شده‌است به خطر اندازد. در سال ۱۹۹۸ کمیسیون قانون اساسی تأیید کرد که تعرضات شدید به قراردادهایی که به صورت قانونی منعقد شده‌می‌تواند به عنوان نقض حقوق آزادی تلقی شود که در ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر ۱۹۴۸ مندرج است. این ماده مقرر می‌دارد: آزادی عبارت است از توانایی هر شخص در انجام دادن هر چیزی که به دیگران ضرری نمی‌زند. بدین ترتیب، اعمال حقوق طبیعی هر شخص، محدودیتی غیر از آنچه که اعضای دیگر جامعه را به بهرهمندی از این حقوق مشابه قادر سازد ندارد و این حدود تنها می‌تواند از طریق قانون تعیین شود. این رأی سپس در دو رأی مورخ ۱۹۹۹ و ۲۰۰۰ مورد تأیید قرار گرفت. در دسامبر سال ۲۰۰۰، کمیسیون قانون اساسی فرانسه، صراحتاً تأیید کرد که اصل آزادی قراردادی، متضمن ارزش قانون اساسی می‌باشد. دو سال بعد، کمیسیون از ادامه آرای خود در سال ۲۰۰۰ امتناع نمود و رویه محدودتر سابق را دوباره از سرگرفت تا این که در سال ۲۰۰۳ کمیسیون مزبور، با استناد به مواد ۴ و ۱۶ اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹، دوباره به شکل جامع‌تری به اصل آزادی قراردادی، ارزش اساسی قائل گردید. رویکرد جدید شورای قانون اساسی در همگرایی با رویه دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در تلقی اصل آزادی قراردادی به عنوان مظهر اصل کلی آزادی عمل در قانون اساسی می‌باشد. مسلماً، این خوانش می‌تواند مبتنی بر ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ باشد که مطابق آن، اعمال حقوق آزادی هر شخص هیچ محدودیتی جز اطمینان یافتن از این که اعضای دیگر جامعه نیز از همان حقوق بهره‌مند هستند ندارد. به بیان دیگر، آزادی یکی از طرفین قرارداد در تعیین مفاد عقد در صورتی که طرف دیگر در همان موقعیتی نباشد که از آزادی خود بهره‌بردار باید محدود گردد.<sup>۲</sup>

لیکن، پاسخ به این سؤال که آیا آزادی قراردادی یک حق بنیادین در حقوق فرانسه است، بعد از بحث باید مورد توجه قرار گیرد: از یک طرف، تردیدی نیست که آزادی قراردادی اصل بنیادین حقوق تعهدات است. مطابق اصل ۳۴ قانون اساسی فرانسه این حق تنها ممکن است از طریق قانون پارلمان سامان داده شود و نه فرمان صادره از طرف دولت. هم شورای قانون اساسی و

۱. Cons. Const, (2001), 229 with Comment N. Molfessis; (2001) 267 with Comment J.-E. Spitz..

۲. Ciacchi, op. cit, 2006, p.10.

هم شورای دولتی با دور نگهداشتن آزادی قراردادی از دسترس تعرضات ناشی از اعمال اقتدارات دولتی در حمایت از این اصل مشارکت داشته اند. از طرف دیگر، تلقی آزادی قراردادی به عنوان یک حق بنیادین که حتی بواسطه قانون پارلمانی نمی تواند محدود یا از بین رود در تضاد با رأی شورای قانون اساسی به شماره ۹۷-۳۸۸ می باشد: اصل آزادی قراردادی فی نفسه ارزش قانون اساسی ندارد؛ ادعای نقض این اصل تنها در صورتی از طرف شورای قانون اساسی بررسی می شود که ممکن است منتهی به نقض حقوق و آزادی هایی شود که مطابق قانون اساسی تضمین شده اند. دلیلی بر اصل قانون اساسی بودن آزادی قراردادی در اعلامیه حقوق بشر یا دیگر نرم های دارای ارزش قانون اساسی وجود ندارد.<sup>۱</sup>

هم چنین، در سال ۲۰۰۳، دادگاه قانون اساسی لهستان در مورد عقد اجاره اعلام نمود که با اینکه به طور صریح آزادی قراردادی در قانون اساسی این کشور مورد پیش بینی قرار نگرفته است، ولی آن بعد قانون اساسی دارد چرا که مرتبط با اصل قانون اساسی حمایت از آزادی شخصی و تعهد احترام به آزادی های دیگران است. دادگاه قانون اساسی در ادامه اعلام نمود که آزادی قراردادی می تواند به عنوان بخش جداییناپذیر اصول اقتصاد بازار اجتماعی، حمایت از مالکیت، حقوق کار و حمایت از زندگی خصوصی و خانوادگی و هم چنین حق تصمیمگیری در مورد زندگی شخصی تلقی گردد. در رأی صادره اصل آزادی قراردادی به عنوان نتیجه و لازمه حمایت از آزادی عمومی شخص اعلام شد که در اصل ۳۱ قانون اساسی لهستان تضمین شده است. ماده ۳۱ قانون اساسی لهستان مقرر می دارد: «آزادی شخص مورد حمایت حقوقی است. همه به آزادی ها و حقوق دیگران احترام خواهند گذاشت. هیچکس مجبور به انجام آن چه که قانوناً الزامی نیست نمی شود».<sup>۲</sup>

## ۵- حقوق ایران

قانون اساسی ایران صراحتاً به آزادی قراردادی به عنوان یک حق بنیادین اشاره نکرده است ولی در قانون اساسی بندهایی وجود دارد مبنی بر این که زمینه شناسایی آزادی ماهوی را بدست دهند. به عنوان نمونه می توان به بند ۶ اصل ۲ راجع به کرامت و ارزش والای انسان و هم چنین بند ۱۴ اصل ۳ در خصوص وظایف دولت در تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد

۱. Putman Emmanuel, The Horizontal Application Theory and its Influence on the Freedom of Contract- a French Point of View, Law, Democracy & Development, p.220.

۲. Ciacchi, op. cit, 2007, p.10.

امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون اشاره کرده است. هم‌چنین اسناد بین‌المللی حقوق بشری که دولت ایران به آن ملحق شده است من جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ به استناد ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون است و تا زمانی که دولت ایران از چنین کنوانسیون‌هایی خارج نشده است به عنوان قانون نه تنها در برابر دولت، بلکه در روابط مابین اشخاص نیز قابل استناد است. مطابق این ماده «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده است در حکم قانون است»<sup>۱</sup>.

آزادی قراردادی به صورت مشخص در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده است. مطابق این ماده «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». تمرکز ماده ۱۰ بر آزادی شکلی قراردادی است و در آن توجهی به مفهوم ماهوی آزادی قراردادی نشده است. بنابراین در روابط مابین ضامن و بانک، منطبق قرارداد، قرارداد است و شخص میبایست به آن پایبند باشد رویکرد غالب در سیستم حقوقی ایرانی باشد. مطابق این رویکرد صرف غیر منصفانه بودن قرارداد و یا نبودن آزادی قراردادی در مفهوم ماهویمبنایی بر توسل به حقوق اساسی نمی‌دهد. لیکن، زمینه‌هایی بر تأثیر حقوق بنیادین در سیستم حقوقی ایران می‌توان یافت. ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ ماده بیان داشته است: در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد. با اینکه محدود شدن حسن نیت به تفسیر قانون تجارت بین‌المللی و عدم شناسایی صریح اصل حسن نیت به صورت کلی همان معضلاتی را دارد که در تفسیر از ماده ۷ کنوانسیون وین با آن مواجه هستیم<sup>۲</sup> ولی تصریح به حسن نیت می‌تواند ابزاری در دست قاضی جهت حمایت از حقوق بنیادین در روابط قراردادی باشد. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ نیز مقرر می‌دارد:

«قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعای رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با اسناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». با لحاظ این ماده خصوصاً این

۱. شریعت باقری، محمد جواد، «برتری معاهدات بین‌المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص ۲۸۹ به بعد.

۲. حاجی پور، مرتضی، «حسن نیت در انعقاد قرارداد؛ با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۴، ۱۳۹۵، صص ۳۲۲-۳۱۶.

قسمت از ماده که «اصول حقوقی که مغایر با شرع نباشد» می‌توان گفت قضات می‌توانند با توسل به اصولی چون حسن نیت، معقولیت و ... که مغایرتی با شرع ندارند تفسیری به آزادی قراردادی بدهند که نتیجه آن تقویت حقوق بنیادین اشخاص در حوزه قراردادی باشد. هم‌چنین توسل به اخلاق حسنه و نظم عمومی موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی می‌تواند به عنوان مبنایی بر نفوذ حقوق بنیادین در حقوق قراردادها و مشخصاً دادن مفهوم ماهوی به آزادی قراردادی مورد استفاده قرار گیرد.

مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی نیز می‌تواند مبنایی بر حمایت از آزادی قراردادی با الهام گرفتن از حقوق بنیادین باشد. ماده ۹۵۹ مقرر می‌دارد: هیچ‌کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. در تفسیر این ماده بیان شده است که هدف قانون‌گذار ایرانی از وضع ماده ۹۵۹ قانون مدنی حمایت از حقوق بنیادین و آزادی اشخاص است که از آن در ماده مورد بحث، با عنوان حقوق مدنی یاد کرده است. هم‌چنین مطابق ماده ۹۶۰ هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید. بنابراین در صورتی که نابرابری طرفین رابطه به گونه‌ای باشد که قرارداد منعقد متضمن سلب حقوق مدنی و یا حریت از شخص باشد می‌توان بر مبنای این مواد به بیاعتباری قرارداد یا شرط مندرج در آن رأی داد تا از این طریق به تقویت آزادی ماهوی قراردادی کمک کرد.

### نتیجه

رویکرد مبتنی بر تفسیر مطلقاً لیبرالیستی از آزادی قراردادی نمی‌تواند به تمام نیازهای موجود در اجتماع پاسخ دهد. این که اشخاص آزادند که قراردادی را ببندند یا نبندند نمی‌تواند مانع از ظهور روابط نابرابر و ناعادلانه در اجتماع باشد. به لحاظ همین ناتوانی است که حقوق معاصر به سمت ریشه یابی اساسی برای آزادی قراردادی و اعطای مفهوم ماهوی به آن است تا از قیل اعطای وضعیت اساسی و بنیادین به آزادی قراردادی مانع از سلطه تفسیر شکلی از آزادی قراردادی گردد. اعطای مفهوم ماهوی به آزادی قراردادی مفید این است که اشخاص به ظاهر برابر لزوماً به صورت ماهوی برابر نیستند لذا بر حقوق است که با رها شدن از قیود کلاسیک مانع از سوءاستفاده از آزادی قراردادی شوند. با لحاظ تفکیک سنتی حقوق خصوصی و عمومی از یکدیگر این دیدگاه

۱. ایمانیان، فریبرز، شمس، عبدالله و تفرشی، محمد عیسی، «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، فصلنامه مدرس، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۸۲، ص ۲۴.

تأییدمی‌گردد که تئوری غیر مستقیم اثر حقوق بنیادین بر آزادی قراردادی با توسل به اصول و ابزارهای حقوق خصوصی من جمله حسن نیت از مقبولیت بیشتری برخوردار است. در نظام حقوقی ایران با تکیه بر اصول کلی هم‌چون حسن نیت، اخلاق حسنه و ... که تضادی با شرع ندارند و هم‌چنین اسناد بین‌المللی حقوق بشری که دولت ایران به آن ملحق شده است می‌توان به تفسیری از قرارداد دست زد که به تقویت حقوق بنیادین بشری در روابط خصوصی کمک کرده و از شدت تفسیر شکلی و لفظی آزادی قراردادی بکاهد.

## فهرست منابع

## الف - منابع فارسی و عربی

- ایمانیان، فریبرز، شمس، عبدالله و تفرشی، محمد عیسی، (۱۳۸۲). «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، فصلنامه مدرس، دوره ۷، شماره ۱.
- بازگیر، یدالله، (۱۳۷۷). آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۲، چاپ اول، تهران: ققنوس.
- حاجی پور، مرتضی، (۱۳۹۵). «حسن نیت در انعقاد قرارداد؛ با تأکید بر کنوانسیون بیع بین المللی کالا»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۴.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۹). الوسيط فی شرح قانون المدنی الجدید، جلد ۱، چاپ سوم، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- شریعت باقری، محمد جواد، (۱۳۹۰). «برتری معاهدات بین المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸). «محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸). فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱). القواعد الفقهیه، جلد ۲، چاپ سوم، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین (ع).
- موسوی بجنوردی، محمدحسن، (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه، جلد ۳، چاپ اول، قم: نشر الهادی.

## ب - منابع لاتین

- Almeida Ribeiro Goncalo de, Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights. Available at: <https://www.wzb.eu/.../goncalo-de-almeida-ribeiro...fundamental-rights/ribeirodirecta>.
- Atiyah Patrick S, (1979), The Rise and Fall of Freedom of Contract, Clarendon Press.
- Barak, A., (2001), Constitutional Human Rights and Private Law, in D Friedman and D Barak-Erez (eds), Human Rights in Private Law, Oxford: Hart Publishing
- Barkhuseyn Tom & Van Emmerik Michiel, (2006), Constitutionalisation of Private law: The European Convention on Human Rights Perspective, Koninklijke Brill NV, Netherlands.
- Bryde, Brun- Otto: Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective, Wisconsin International Law Journal,



Vol. 25, No.2.

- Caumes, C, (2010), L'Interperetation du Contrat Au regard des Droits Fondamentaux, pour obtenir le grade de docteur en droit de l'Université'Avignonet des pays de Vaucluse, le 25.
- Chantal, Mack, (2007), Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law, Erasmus Law Review, Volume 01.
- Chantal, Mak, (2008), Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherland, Italy and England, Kluwer Law International.
- Cherednychenko Olha O, (2007), Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?, 3Utrecht L. Rev.
- Cherednychenko Olha,(2004), The Constitutionalization of Contract Law: Something New Under the Sun? 8electronic journal of comparative law.
- Chrenkoff, Arthur, (1996), Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea, 21 Austl. J. Leg. Phil.
- Ciacchi Aurelia Colombi, The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice, ERCL, 2, 2006, Available at: www.ssm.com.
- Ciacchi Aurelia Colombi, (2010), Party Autonomy as a Fundamental Right in the EU, 6 European Review of Contract Law.
- Ciacchi A. C, (2014), European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance, Hans-Wolfgang Micklitz (ed.), Constitutionalization of European Private Law, Oxford: Oxford University Press.
- Collins Hugh, the Constitutionalization of European Private Law as a Patchto Social Justice, in micklitz Hans W, the Many Concepts of Social Justice in European private law, Edward elgar publishing limited 2011.
- Collins Hugh, (2011), The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, Available at: www. SSRN.com.
- Cons. const. 19 December 2000, no. 2000-437 DC, (2001) Revue trimestrielle de droit civil 229 with comment N. Molfessis; (2001) Revue du droit public et de la science politique 267 with comment J.-E. Spitz.
- Corte Cost. 21 March 1968, no. 16, available at www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza.
- Eidenmuller Horst, (2009), Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR, 5 European review of contract law.
- Errera, Roger, (2009),The Right of Property and Freedom of Enterprise in French Constitutional Law, Institute of law and public policy.
- Fornasier, Matteo, (2015), The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?, 23 European Review of Private Law.
- Grundmann, Stefan, (2011), The Future of Contract Law, 7european review of contract law.
- Grundmann, Stefan, (2011), The Future of Contract Law, 7european review of contract law.
- Hesselink, Martijn W, the European Commission,sAction Plan: Towards a more Coherent European Contract Law?, p. 16, available at: SSRN.com.
- Hesselink, Martijn, (2004), The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law, European Review of Private Law, Vol. 12, No. 4.



- Hobhouse Leonard T, (1964), *Liberalism*, Oxford University Press.
- Krzeminska- Vamvaka Joanna, (2009), *Horizontal Effect of Fundamental Rights and Freedoms- much ado about Nothing? German, polish and EU theories compared after Viking Line*. Available at: [www. Jean Monnet Program. org](http://www.JeanMonnetProgram.org).
- Kull, Irene, (2002), *Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law, juridica international VII*. Available at: [www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2002\\_1\\_142](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2002_1_142)
- Kumm, M., (2006), *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, *German Law Journal*, Vol. 07, No. 04.
- Lubano Christine Noella, (2013), *The Application of Fundamental Rights to Private Relations in Kenya: Striking A Balance Between Fundamental Rights and the Freedom of Contract*, Available at: [https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4590/thesis\\_law\\_2013\\_lubano\\_noella.pdf](https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4590/thesis_law_2013_lubano_noella.pdf)
- Marella, Maria Rosaria, (2006), *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, *ERCL*, 2.
- Mohd faiz Abdullah and Rozanah Ab, Rahmna, *Unconscionability and the clash between Contractual Justice and Freedom of Contract in Malaysia*, Available at: <https://www.wbiconpro.com/418-Rozanah.pdf>.
- Onufrio, Maria Vittoria, (2007), *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: is Horizontal indirect Effect like direct Effect?*, *InDret*, 4.
- Pettit Jr Mark, (1999), *Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall*, 79 *boston university law review*.
- Putman, Emmanuel, *The Horizontal Application Theory and its Influence on the Freedom of Contract- a French Point of View, Law, Democracy & Development*, Available at: [www.ldb.org.za/.../219-the-horizontal-application-theory-and-its-influence-on-the-freedom-of.html](http://www.ldb.org.za/.../219-the-horizontal-application-theory-and-its-influence-on-the-freedom-of.html)
- Ribeiro, G. A., (2012), *Direct and indirect Effects of Fundamental Rights*. Available at: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/goncalo-de-almeida-ribeiro-direct>.
- Rutgers Jacobien W, (2009), *The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR*, 5 *European Review of Contract Law*.
- Rutgers, Jacobien W, (2006), *An Optional Instrument and Social Dumping*, 2 *European Review of contract law*.
- Smits, J., (2006), *'Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View'*, in T Barkhuysen and S Lindenbergh (eds), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff,.
- Storme, Matthias E, (2008), *Freedom of Contract: Mandatory and non-mandatory Rules in European contract law*, *journal of south African law*.
- Study Group on Social Justice in European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, *European Law Journal*, Volume 10 No. 6, November 2004.
- Szwed, Marcin, (2014), *Constitutional Protection of Freedom of Contract in the European union, Poland and the United States and its Potential Impact on the European Contract Law*, *central European university*.