

## مطالعه تطبیقی وجه التزام در قراردادها

اسماعیل مصطفائی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۹۵/۳/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۵/۲۹

### چکیده

این نوشتار در پی واکاوی مفهوم شرط کیفری و یا اصطلاحاً وجه التزام است. اندیشه جبران خسارات در نتیجه پیمان شکنی همواره وجود داشته است. گاه قانون میزان و شیوهی جبران را تعیین نموده و گاه دیگر خود طرفین قرارداد آن را به طور پیشینی تعیین می کنند. تعیین پیشینی میزان و شیوه جبران خسارت نیز معمولاً به دو هدف انجام می شود: نخست برای جلوگیری از درگیر شدن در روند پیچیده و پرهزینه تعیین خسارات قانونی از طریق دادگاه و دیگر برای بالابردن هزینه های پیمان شکنی. اما تعیین پیشینی خسارات پیمان شکنی همواره و در همه حالت مورد تأیید حقوقدانان و نظام های حقوقی نبوده است. در دوران هایی صحت قراردادها وابسته به انعقاد در قالب های قانونی از پیش تعیین شده (عقود معین) بوده و نتیجه پیمان شکنی نیز تنها به حکم قبلی قانونگذار بوده است. در بعضی نظام های حقوقی گذاردن خسارتی گزاف برای پیمان شکنی را خلاف منطق حقوقی و محکوم به بطلان دانسته اند. بنابراین بررسی مبانی تجویز صحت چنین شروطی و همچنین دیدگاه نظام های حقوقی مهم دنیا در این خصوص و پیشرفت های حاصل شده در تئوری حقوقی نیز موضوع بررسی حاضر قرار گرفته است تا منجر به یافتن پاسخی منطقی، منصفانه، منطبق با نظام حقوقی ایران و جدید برای نهاد حقوقی وجه التزام و شروط کیفری گردد.

**کلیدواژه ها:** نقض قرارداد، وجه التزام، شروط کیفری، خسارات قراردادی، آزادی قراردادی

## مقدمه

این پژوهش معرفی مختصری از وجه التزام یا شرط کیفری و بررسی آن در سه نظام حقوقی است. به کاربردن عبارت شرط کیفری به جای وجه التزام منطقی‌تر به نظر می‌رسد چون این شرط همواره بار مالی نداشته و گاه شامل انجام یا ترک فعل هم می‌شود. شروط کیفری یکی از جلوه‌های اصل حاکمیت اراده در حقوق قراردادهاست، بدین معنا که اگر بپذیریم طرفین یک قرارداد آزادند هر شرطی را که خلاف نظم عمومی و قواعد آمره نباشد ضمن قرارداد خود بگنجانند، آنگونه که در ماده ۱۰ قانون مدنی ما آمده است، آنگاه مستند به همین حق طرفین مجازند ضمانت تخلف از آن قرارداد را نیز به اراده خود مقرر نمایند. در واقع طرفین قرارداد، با توافق بر تعیین پیشینی خسارت ناشی از نقض احتمالی قرارداد، به بسیاری از اهداف و مزایا دست پیدا می‌کنند که پژوهش حاضر در مقام شناخت و تطبیق برخی از این اهداف و مزایا می‌باشد.

این پژوهش در دو بخش اصلی ارائه می‌شود. بخش اول مفاهیم و مبانی را در بر دارد. در این بخش ماهیت حقوقی شروط کیفری، اهداف طرفین قرارداد از قراردادن آن و در آخر اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای اصلی شروط کیفری بررسی می‌شود. شایسته ذکر است که چون این پژوهش زمینه‌های تطبیقی دارد، بنابراین در بخش نخست، مفاهیم مورد گفتگو از دیدگاه سه نظام حقوقی مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد. در دومین بخش که بخش اصلی پژوهش است به مطالعه رویکرد سه نظام حقوقی ایران، انگلستان و فرانسه که نمود سه نگاه متفاوت به شروط کیفری است، پرداخته می‌شود.

## ۱- مبانی و کلیات

### ۱-۱ مفاهیم و مقدمات کلی

#### ۱-۱-۱ تعریف شرط کیفری یا وجه التزام

شرط کیفری یا وجه التزام توافق پیشاپیش طرفین قرارداد در مورد خسارات ناشی از تخلف در اجرای تعهد قراردادی است که شامل تأخیر در اجرای تعهد، عدم اجرای کلی تعهد و عدم اجرای جزئی تعهد می‌شود. البته این توافق مربوط به حالتی است که عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد مستند به یکی از معاذیر قانونی مانند فورس ماژور نباشد. یکی از نویسندگان این حالت را به عدم اجرای نامشروع قرارداد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، ص ۲۷) تعبیر کرده است. این توافق ممکن است ضمن انعقاد عقد اصلی یا به صورت قراردادی جداگانه باشد (عابدیان، میرحسین، ۱۳۸۵، ص ۸). فایده‌ی مهم این توافق معاف کردن خسارت دیده از اثبات ورود

خسارت و میزان آن است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، ص ۷۲۷). موضوع شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی باشد، اما آنچه نوعاً در قراردادها مرسوم است، اشتراط تادیه‌ی وجه معینی از سوی متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد است. پس طرفین قرارداد ممکن است شرط کنند که متخلف از اجرای تعهد باید وجه معینی را به متعهدله بپردازد یا مال معینی را به او تملیک نماید یا فعل معینی را در مدت معینی از زمان انجام ندهد و نظایر آن؛ برای مثال اشتراط به پرداخت ماهیانه‌ی وجه معینی در صورت عدم تکمیل تعهدات قرارداد از سوی پیمانکار ساختمان در مدت معین در قرارداد احداث بنا، شرط کیفری است که در پیمانهای مربوط به احداث بنا فراوان دیده می‌شود (عابدیان، میرحسین، ۱۳۸۵، ص ۹).

#### ۱-۲- ماهیت شرط کیفری

جبران خسارت ناشی از تخلف در اجرای قرارداد به سه شیوه ممکن است (حسین آبادی، امیر، ۱۳۸۱، ص ۵۲): نخست تعیین خسارت به وسیله‌ی قانون بر مبنای ماده‌ی ۵۲۲ ق.آ.د.م، البته به نظر می‌رسد آنچه که در ماده‌ی ۵۲۲ ق.آ.د.م بیان شده خسارت کاهش ارزش پول است (هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۳۸۵) و با خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای تعهد تفاوت دارد. «جبران کاهش ارزش اسکناس در حقیقت پرداخت اصل دین است، نه خسارت ناشی از تأخیر ادای دین و نباید به عنوان خسارت تأخیر تأدیه معرفی می‌شد» (شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳، ص ۸۴). دوم تعیین خسارت توسط دادگاه است که با رسیدگی قضایی تعیین می‌شود. سوم تعیین خسارت توسط طرفین است که در اینجا میزان و مقدار خسارت با توافق طرفین تعیین می‌گردد. توافق طرفین در مورد جبران خسارت ممکن است بعد از ورود خسارت یا پیش از آن باشد.

بنابراین شرط کیفری ماهیتاً قرارداد خصوصی طرفین درباره‌ی تعیین پیشینی مبلغی است که در صورت تخلف، متخلف از اجرای قرارداد باید بپردازد.

اما در این‌که وجه التزام کیفر تخلف از اجرای تعهد و نوعی مجازات مدنی است یا این مبلغ برای جبران خسارت است، جای تأمل و گفتگو است. در روم قدیم این شرط واقعاً جنبه‌ی کیفری داشته و برای مجازات متخلف در نظر گرفته می‌شد و هیچ ضرورتی نداشت که تناسب بین خسارت وارد شده و مبلغ تعیین شده رعایت شود (حسین آبادی، ۱۳۸۱، ص ۵۲) اما تا زمان ژوستینین<sup>۱</sup> محکومیت بدهکار به همان شیء ممکن نبوده است. (ژان فیلیپ لوی و آندره کاستادلو، ۱۳۸۶، ص ۳۷۶).

1- Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus Augustus (c. 482 – 14 November 565)

### ۱-۱-۳ قالب‌های شرط کیفری

توافق طرفین درباره‌ی شرط کیفری معمولاً در یکی از قالب‌های زیر دیده می‌شود (عابدیان، ۱۳۸۵، صص ۱۰ و ۱۱):

- الف- چنانچه موضوع تعهد اصلی انجام عمل معینی است، شرط کیفری ممکن است تعهد به پرداخت وجه ثابت و معینی در صورت عدم اجرای تعهد باشد.
- ب- گاه موضوع قرارداد اصلی، ترک فعل معینی در برهه‌ی خاصی از زمان است که در این صورت شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه ثابت و معلومی در صورت تخطی متعهد و ارتکاب فعلی باشد که ترک آن موضوع تعهد بوده‌است.
- ج- طبیعت تعهد اصلی گاهی طوری است که باید در زمان معینی انجام و تکمیل شود که در این صورت، موضوع شرط، پرداخت وجه معینی متناسب با تأخیر متعهد در اجرای تعهد است.
- د- گاه موضوع شرط با شدت و ضعف نقض ارتكابی از سوی متخلف مرتبط است. بدین صورت که میزان وجه موضوع شرط با شدت نقض قرارداد ارتباط مستقیم دارد.

### ۱-۱-۴ هدف از اشتراط شرط کیفری

تعیین مسئولیت به وسیله‌ی شرط کیفری، این مزیت را دارد که مساله‌ی خسارت را مقطوع و معین می‌کند. این شرط کار طرفین قرارداد را در احتساب میزان خطر موجود در قرارداد آسان کرده و همچنین از رسیدن طرفین به مرحله‌ی اقامه‌ی دعوا جلوگیری می‌کند (Lauerence koffman, 2004, p597). پیش‌بینی میزان خسارتی که در اثر نقض قرارداد باید پرداخت شود معمولاً دشوار است، اما گاهی مبلغی معقول و متعارف به عنوان خسارت نقض احتمالی قرارداد پیش‌بینی می‌شود که معتبر است (G. H. Treitel, 2004, p343). «گاه و شاید در غالب مواردی که طرفین قرارداد از حیث قدرت معاملی در موضعی تقریباً مساوی قرار دارند، شرط کیفری به منظور تعیین پیش‌بینی خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد در قرارداد مندرج می‌شود. طرفین عقد در زمان انعقاد قرارداد با توجه به اوضاع حاکم در آن زمان، میزان خسارت احتمالی ناشی از عدم اجرای تعهد از سوی متعهد را ارزیابی کرده و در ضمن عقد اصلی، یا در قراردادهای جداگانه، اجبار متعهد به پرداخت خسارت مذکور را شرط می‌کنند. اشتراط شرط کیفری با این مقصود، بسیار پسندیده و مزایای متعددی برای طرفین دارد؛ مزایایی از قبیل:

الف- چنین شرطی بار اثبات ورود خسارت به متعهدله را در نتیجه‌ی تخلف متعهد که امری نسبتاً دشوار است، منتفی می‌کند.

ب- تعیین میزان خسارت از سوی دادگاه به فرض اثبات ورود ضرر به متعهدله که متضمن

رعایت تشریفات و صرف هزینه‌هایی است، منتفی می‌شود. پ- متعهد نیز از پیش می‌داند که نقض قرارداد برای او چه بهایی خواهد داشت؛ از این رو با توجه به اوضاع حاکم در زمان اجرای قرارداد، می‌تواند تصمیم عقلایی در خصوص اجرا یا عدم اجرای به موقع اتخاذ کند» (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۱۲).

منظور دیگر از اشتراط شرط کیفری ممکن است محدود کردن مسئولیت قراردادی متعهد باشد، یعنی طرفین با تعیین مبلغی اندک، خسارت احتمالی قابل تأدیه را محدود کنند (همان). برخی از نویسندگان به پیروی از حقوق فرانسه این شرط را «شرط تحدید با مبلغ مسخره» نامیده‌اند (ایزانلو، محسن، ۱۳۹۰، ص ۵۲). یکی دیگر از اهداف شرط کیفری ممکن است وارد کردن فشار بر مدیون باشد. (Nicholas Barry, 1999, p229). در این فرض طرفین، مبلغی معمولاً نامتناسب با خسارات احتمالی که از تخلف متعهد منتج می‌شود، تعیین و آنرا موضوع شرط کیفری قرار می‌دهند. امکان دستیابی به چنین هدفی از طریق شرط کیفری، راه سوء استفاده از شرط برای متعهدله را باز می‌کند. بدین‌گونه، متعهدله متعهد را تحت فشار بیش از حد می‌گذارد و سپس در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارت خویش را مطالبه می‌کند (عابدیان، ۱۳۸۵، صص ۱۱ و ۱۲). همان‌طور که خواهیم دید در نظام حقوقی کامن‌لا چنین شرطی بی‌اثر است و در نظام حقوقی فرانسه با اصلاح قانون مدنی در سال ۱۹۷۵ اختیار تعدیل چنین شرطی به قاضی داده شده است. دلیل این امر سوء استفاده طرف قوی‌تر در فرضی است که قدرت معاملی دو طرف با هم برابر نیست.

### ۱-۱-۵ صفت کیفری شرط

در حقوق باستان اجرای اجباری تعهد یا بر اموال صورت می‌گرفت یا بر اشخاص، در الواح دوازده‌گانه رومی، لوح سوم عمدتاً راجع به روند اجرای اجباری تعهدات بر اشخاص است. بنابراین میزان زیاد وجه التزام می‌توانست منجر به توقیف و در آخر فروش مدیون به عنوان برده شود که با معیارهای امروزی کیفر تلقی می‌گردد.<sup>۱</sup>

بعضی حقوقدانان مانند دکتر کاتوزیان معتقدند که باید اصطلاح وجه التزام را به کار برد، زیرا وجه التزام ویژه‌ی قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۲۸). اما به نظر می‌رسد تعبیر «وجه التزام» با توجه به اینکه موضوع شرط ممکن است علاوه بر تأدیه‌ی وجه معین، انجام یا ترک فعل معینی باشد، خالی از اشکال نباشد (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۸).

1- Retrieved December 13, 2015, from <http://www.archive.org/stream/thetwelvetables14783gut/14783.txt>

### ۱-۱-۶ شرط کیفری و شرط محدود کننده مسئولیت

همان‌طور که گفته شد، ممکن است یکی از اهداف طرفین از اشتراط شرط کیفری محدود کردن مسئولیت متعهد باشد. تا جایی که شرط برای تأمین این هدف به کار رود، به گونه‌ی روشنی با شرط محدود کننده‌ی مسئولیت هم‌پوشانی دارد (Nicholas, 1999, p299). شروط محدود کننده مسئولیت و شروط کیفری مربوط به تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد از حیث ماهیت حقوقی با یکدیگر تفاوت دارند. شرط محدود کننده‌ی مسئولیت چارچوبی برای مسئولیت متعهد مشخص می‌کند. در این صورت، متعهدله به اثبات تقصیر قراردادی متعهد و ورود ضرر به خویش در نتیجه‌ی این تقصیر و نیز اثبات میزان خسارت وارده مکلف است، اما چنین شرطی مانع این می‌شود که متعهدله بیش از مبلغ معین شده، توانایی مطالبه‌ی خسارت داشته باشد، گرچه خسارت واقعی وارده به متعهدله به مراتب بیش از سقف مندرج در قرارداد باشد. لکن شرط کیفری میزان مسئولیت متعهد را در صورت نقض قرارداد، به صورت ثابت و مقطوع معین می‌کند و در صورت تخلف، متعهد بدون نیاز به اثبات ورود ضرر به خویش و نیز میزان خسارت وارده می‌تواند مبلغ معین شده را وصول کند. حال اگر مبلغ شرط کیفری بسیار کمتر از میزان خسارتی باشد که طرفین در زمان انعقاد عقد پیش‌بینی کرده‌اند، شرط کیفری در واقع به عنوان شرط محدود کننده‌ی مسئولیت تلقی شده و مسئولیت متعهد را کاهش می‌دهد (عابدیان، ۱۳۸۵، صص ۱۱ و ۱۲).

### ۱-۲ مبنای حقوقی شروط کیفری

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها؛ ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند به هر نحو که مایلند، آن را منعقد کنند و در این راه مقید و محدود به انتخاب قالب‌های از پیش ساخته نیستند (حسین آبادی، ۱۳۸۱، ص ۴۷). در بیشتر کشورهای دنیا نظام حقوقی، اصل حاکمیت اراده را به رسمیت شناخته است اما اصل حاکمیت اراده در همه‌ی دوران به یک صورت مورد احترام نبوده است و همواره در مسیر یکنواختی حرکت نکرده است. روسو برای حل مسأله‌ی «حق مقدس نظم اجتماعی» در برابر «آزاد زاده شدن انسان» متوسل به نظریه‌ی قراردادی می‌شود که پیش از او در آرای هابز و لاک اشکال مختلف آن دیده شده بود. او حاضر نیست نظم اجتماعی را بر زور بنا نهد زیرا زور ایجاد حق نمی‌کند. درعین حال هیچ حق طبیعی وضع قانون هم برای جامعه نمی‌شناسد، بنابراین نظم اجتماعی برای اینکه مشروع و موجه باشد باید بر توافق یا قرارداد مبتنی باشد (کاپلستون، فردریک، جلد ششم، ۱۳۸۷، ص ۹۶). در زمینه‌ی اقتصاد نیز دانشمندان حاکمیت و تفوق اراده را معتبر می‌دانستند و می‌گفتند بشر هنگامی می‌تواند ابتکار خود را نشان دهد که آزادانه قرارداد ببندد (صفایی، سید حسین، ۱۳۵۱، ص ۴۸).

اصل حاکمیت اراده یا آزادی قراردادها در فقه امامیه هم پذیرفته شده بود، بدین شکل که «همه عقود بی نام را در قالب عقد صلح ریخته و آن عقد را آقای قراردادها (سید العقود) نامیده است.» (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۸، ص ۱۲۲)

در قرن نوزدهم این نظر آزادیخواهان مورد انتقاد شدید قرار گرفت و افرادی مثل دوگی<sup>۱</sup> نقش اراده را نفی و جامعه را منشأ حقوق و تعهد معرفی کردند (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۴۸). بدینسان قانون، فرمانی است که با پشتوانه‌ی مجازات از سوی یک مقام مافوق سیاسی صادر شده باشد، این مافوق حاکم نام دارد که ضرورتاً یک فرد نیست بلکه احتمالاً یک گروه یا جمعی از افراد است، و وجود چنین حاکمی شرط وجود جامعه سیاسی است (کلی، جان، ۱۳۸۲، ص ۴۶۱).

افول تدریجی جایگاه تئوری حاکمیت اراده در دکترین و به دنبال آن تحلیل رفتن اصول مطلق آزادی قراردادی، مشروعیت بیشتری به مداخله‌ی قضایی که حمایت از افراد را تأمین کند داده است. این امر همچنین دادگاه‌ها را تشویق به احیا و گسترش اصول منصفانه از قرن نوزدهم کرده است. در حوزه‌ی شروط کیفری، این به معنی حساسیت قضایی بیشتر نسبت به نابرابری ظالمانه قدرت معاملی است. اگر چه این مداخله به قیمت عدم قطعیت حقوقی تمام می‌شود.<sup>۲</sup> (Lucinda) اوج و نزول اصل حاکمیت اراده در انگلستان هم قابل مشاهده است، در حقوق انگلستان از اواسط قرن ۱۸ به واسطه‌ی تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایش‌های آزادی‌طلبانه در این زمینه‌ها، توجه به اصل حاکمیت اراده آغاز شده و از اوایل قرن ۱۹ حقوق انگلستان شاهد از بین بردن مقررات مغایر با اصل آزادی قراردادها بوده است. لکن از سال ۱۸۷۰ تا ۱۹۷۰ گرایش به اصل حاکمیت اراده عمدتاً به منظور تحولات اقتصادی جدید و بوجود آمدن و گسترش بازارهای آزاد که به ایجاد گونه‌های مختلف انحصار در ارائه‌ی کالا و خدمات منجر گردیده، سیری نزولی طی کرده است. اعتقاد بر این است که حقوق انگلستان از سال ۱۹۷۰ یا ۱۹۸۰ به بعد گرایش مجددی به اصل حاکمیت اراده پیدا کرده است (عابدیان، ۱۳۸۵، صص ۴ و ۵). آثار و نتایج اعمال دیدگاه‌های گوناگون بر شروط کیفری در بخش بعدی بررسی خواهد شد.

## ۲. بررسی اثر شرط کیفری در سه نظام حقوقی

### ۲-۱ حقوق ایران

#### ۲-۱-۱ نفوذ شرط

در حقوق ایران نفوذ حقوقی شرط کیفری در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی بدین‌صورت مورد

1- Duguit

۲. Miller, International and Comparative Law Quarterly, 2004, pp79,80).

پذیرش قرار گرفته است: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»

بنابراین، نظام حقوقی ایران، از آن دسته نظام‌هایی است که قاضی را از تعدیل شرط کیفری منع کرده و حاکمیت کامل اراده‌ی طرفین را در این مورد به رسمیت شناخته است. قانون مدنی فرانسه نیز همان‌طور که گفته خواهد شد قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ اصل اجرای مطلق شروط کیفری را پذیرفته بود. ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی ایران نیز که اصل اجرای مطلق شروط کیفری را پذیرفته است، اقتباسی از ماده‌ی ۱۱۵۲ ق.م.فرانسه پیش از اصلاحات سال ۱۹۷۵ م است.

روابط اقتصادی حاکم بر جامعه و حمایت از طرف ضعیف قرارداد لزوم دخالت در قراردادهای خصوصی را توجیه می‌کند. بنابراین اصل حاکمیت اراده را در صورت اقتضای مصالح و اوضاع فردی و اجتماعی، نباید نافی دخالت قانونگذار در قراردادهای خصوصی (در اینجا شروط کیفری) دانست. دیگر اینکه می‌توان استدلال کرد عدم اجرای شرط کیفری که حاوی مبلغی نامتناسب با خسارات احتمالی واقعی است و با هدف تعیین خسارت نیز مندرج نشده با اصل حاکمیت اراده منافاتی ندارد. اگر مقصود از اشتراط شرط کیفری در تنگنا گذاشتن متعهد برای اجرای به‌هنگام تعهد است و طرفین در واقع، بدون توجه به میزان خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد مبلغ گزافی را تعیین کرده‌اند، می‌توان ادعا کرد که در زمان گذاشتن چنین شرطی در قرارداد، هیچ یک از طرفین واقعاً اجرای آن را قصد نکرده‌اند. پس می‌توان گفت که متعهد زمانی که به یک شرط نامعقول و گزاف تن می‌دهد هرگز قصد نقض قرارداد و ایفای شرط کیفری را ندارد، از این رو قصد اینکه عواقب ناشی از نقض متوجه او شود، به متعهد قابل انتساب نیست. متعهدله نیز در درجه‌ی نخست به قصد اخذ وجه شرط اقدام به قراردادن چنین شرطی نمی‌کند. از این رو عدم اجرای چنین شرطی که نامتناسب با خسارت واقعی است، شاید با اصل حاکمیت اراده منافاتی نداشته باشد (عابدیان، ۱۳۸۵، صص ۱۹ و ۲۰).

## ۲-۱-۲ استثنای نفوذ شروط کیفری

همان‌طور که دیدیم قاعده‌ی کلی در مورد شرط کیفری، اجرای آن بدون هیچ تغییری از سوی دادگاه است. اما استثنایی که بر قاعده‌ی کلی وجود دارد، عدم اجرای شرط کیفری مندرج در وعده‌ی نکاح (نامزدی) است. اگر از ماده‌ی ۱۰۳۵ قانون مدنی بطلان قراردادی که درباره‌ی تعهد به ازدواج بسته شده استفاده شود، وجه التزامی هم که در آن شرط شده هیچ اثری ندارد، زیرا اعتبار و نفوذ شرط تابع عقد اصلی است. قرارداد مربوط به وعده‌ی نکاح هیچ تعهدی را



برای طرفین به وجود نمی‌آورد و آزادی تصمیم را تا آخرین لحظه از آنان نمی‌گیرد. بنابراین نامزدی که مایل به نکاح نباشد می‌تواند با ردّ وعده‌ی نکاح اثر آن را از بین ببرد؛ در پایان ماده‌ی ۱۰۳۵ هم تصریح شده که «... طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه‌ی خسارتی نماید». پس با ازمیان رفتن وعده‌ی نکاح اثر وجه التزامی هم که در آن شرط شده از بین می‌رود. اگر وجه التزام مربوط به وعده‌ی نکاح ضمن عقد لازم دیگری هم شرط شود از آن کسب لزوم نمی‌کند، زیرا قانونگذار می‌خواهد هر ترتیبی را که منجر به الزام زن و مرد به عقد نکاح شود منع کند (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، ص ۳۷). البته به نظر بعضی نویسندگان، وجه التزام اگر برای بر هم زدن نامزدی بدون علت موجه باشد، قابل مطالبه است (صفایی، حسین و امامی، اسدالله، ۱۳۸۰، ص ۳۵). از دیگر سو می‌توان استدلال کرد که شرط کیفری در نامزدی به معنای الزام طرف دیگر به انعقاد ازدواج نیست که مورد نهی قانونگذار و در نتیجه بطلان باشد بلکه مانند بسیاری دیگر از شروط کیفری تنها برای معافیت متعهدله از اثبات وقوع ضرر، میزان ضرر و رابطه سبب میان فعل نامزد پشیمان و خسارت پدیدآمده برای طرف دیگر است. به عبارت دیگر دشوار است که بپذیریم امکان دریافت خسارت از برهم زدن نامزدی تجویز ولی تعیین پیشینی میزان خسارت منع شود.

## ۲-۱-۳ تعدیل شرط از سوی قاضی

قانون مدنی ایران مقرره‌ای در مورد تعدیل شرط کیفری ندارد، با این حال در مواردی که موضوع اصلی قرارداد تجزیه پذیر باشد، اجرای بخشی از قرارداد، بخشی از مسئولیت قراردادی متعهد را منتفی می‌سازد و تعدیل شرط کیفری به نسبت بخشی از تعهد که اجرا شده است با قصد مشترک طرفین سازگارتر به نظر می‌رسد (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲).

به نظر قانونگذار توافق درباره شروط کیفری تابع قصد و رضای طرفین است و دادرس حق تغییر آن را به بهانه‌ی رعایت عدالت ندارد. این حکم نشان می‌دهد که لزوم جبران تمام ضرر و ایجاد تعادل بین خسارت و زیان وارد شده قاعده‌ی امری نیست. این اصل در مسئولیت‌های قراردادی مسلم و در مسئولیت‌های قهری هم پذیرش آن به منطبق حقوقی نزدیک‌تر است. دادرس باید اجرای قرارداد را با خواست مشترک طرفین سازگار کند. بنابراین حداقل در جایی که طرفین وجه التزام را به طور صریح برای اجرای کامل قرارداد معین نکرده‌اند، رویه‌ی قضایی می‌تواند اختیار دادرس را در تعدیل شرط بپذیرد، البته در حالتی که اصل تعهد قابل تجزیه باشد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، صص ۷۳۱، ۷۳۲). بر این مبنا طرفین می‌توانند شرط کنند که حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد و انتفاع طلبکار از آن، در فرض تخلف متعهد از اجرای بقیه‌ی

قرارداد، متعهد، مکلف به پرداخت تمامی وجه موضوع شرط کیفری خواهد بود، زیرا تبعیت از قصد مشترک طرفین دلیل اجرای مطلق شرط کیفری است (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲).

## ۲-۱-۴ مطالبه‌ی وجه التزام و اجرای تعهد اصلی

وجه التزام مانعی برای درخواست انجام تعهد اصلی نیست و نباید گفت بدین وسیله به متعهد اختیار داده شده که یا تعهد را به جا آورد یا وجه التزام را بپردازد، زیرا وجه التزام تعهد فرعی و تبعی است و تعیین مبلغ مقطوع آن به نیروی الزام آور عقد صدمه نمی‌زند. برعکس متعهدله می‌تواند یا از اجرای قرارداد بگذرد و وجه التزام را بخواهد یا به جای وجه التزام اجبار طرف قرارداد را از دادگاه بخواهد ولی نمی‌تواند جمع آن دو را مطالبه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۳۴). اما به نظر بعضی، «آنچه در تشخیص اثر حقوقی وجه التزام اهمیت دارد، تعهد مشترک طرفین است. دادگاه باید این قصد را کشف و بر مبنای آن اتخاذ تصمیم کند. چنانچه مقصود طرفین این بود که هر یک از آنها با پرداخت وجه التزام، از اجرای تعهد معاف شوند، دادگاه باید طرف متخلف را به پرداخت وجه التزام محکوم کند و اگر قصد آنان از تعیین وجه التزام تحکیم اجرای تعهد باشد، شرط نوعی تهدید به حساب می‌آید؛ زیرا مشروطه بین مطالبه‌ی وجه التزام و اجرای اصل تعهد مخیر می‌شود و هرکدام را که درخواست کند، دادگاه باید متخلف را نسبت به آن محکوم کند مطالبه‌ی وجه التزام و اجرای اصل تعهد به طور معمول توامان قابل پذیرش نیست؛ مگر اینکه طرفین قرارداد آن را صراحتاً پذیرفته باشند یا اینکه از قرارداد بتوان استنباط کرد که قصد آنان چنین چیزی بوده است. اگر وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد باشد، در این صورت مطالبه‌ی وجه التزام منافاتی با اجرای اصل تعهد ندارد (حسین‌آبادی، ۱۳۸۱، صص ۵۸، ۵۹).

## ۲-۲-۲ حقوق انگلستان

### ۲-۲-۱ شرط کیفری و شرط تعیین پیشینی خسارت

در حقوق انگلستان، بین شروطی که در حقوق ایران و فرانسه به‌طور مطلق شروط کیفری گفته می‌شود تفکیک قائل می‌شوند. توافق طرفین در خصوص تعیین مبلغی که در صورت نقض قرارداد از طرف متعهد باید پرداخت شود به دو دسته‌ی شروط کیفری<sup>۱</sup> و شروط تعیین کننده پیشاپیش خسارت<sup>۲</sup> تقسیم می‌شود که شروط کیفری باطل و غیرقابل اجرا بوده اما شروط تعیین پیشینی خسارت معتبر هستند و به اجرا گذاشته می‌شوند.

1- penalty clause

2- Liquidated damages

شرط تعیین کننده‌ی خسارت، تخمین واقعی پیشاپیش خسارات را بیان می‌کند - خواه خسارت واقعی (یا قابل تأدیه) بیشتر از مبلغ شرط شده باشد یا کمتر - اما شرط کیفری برای ارباب و اعمال فشار بر طرف نقض کننده‌ی قرارداد به کار می‌رود. این ممنوعیت شروط کیفری موافق با استنباط حقوق انگلستان از خسارت است. زیرا هدف بیان شده در یک رأی مربوط به پرداخت خسارت، جبران زیان خواهان است. بنابراین درج شرطی در قراردادی برای پرداخت مبلغی بیشتر از خسارت واقعی متعهدله، از نظر حقوقی غیر مشروع است. همان‌طور که لرد پاسکیل<sup>۱</sup> بیان می‌کند:

«شاید مهمترین هدف قواعد راجع به شروط کیفری، منع خواهان از دریافت مبلغی پول در رابطه با نقض قراردادی از سوی خواننده است که ارتباط کم یا ناچیزی با خسارت واقعی که خواهان در نتیجه‌ی نقض قرارداد متحمل شده است دارد.» (Miller, 2004, p80) بنابراین شرط کیفری تلاش برای مجبور کردن شخص به اجرای قرارداد با اشتراط مبلغ فوق العاده‌ای برای پرداخت در صورت نقض قرارداد است. (Kuffman, 2004, p597).

کامن‌لا همیشه بی‌علاقه به اجرای شروط کیفری و جریمه‌های شرط شده توسط طرفین قرارداد نبوده است. تا اواخر قرن ۱۷ و توسعه‌ی یک قاعده توسط دادگاه انصاف که شروط کیفری را به عنوان شروط نامعقول منع می‌کرد، وجه‌الضمان کیفری توسط دادگاه‌ها اجرا می‌شد. وجه‌الضمان اسناد مهر شده‌ای بود که با ایجاد تعهد پرداخت مبلغی پول (معمولاً دو برابر ارزش خود قرارداد) در هنگام نقض قرارداد، اجرای قرارداد را تضمین می‌کردند. قاعده‌ی انصافی که توسط دادگاه انصاف ایجاد شد بعداً در دادگاه‌های حقوق پذیرفته شده و منجر به تصویب قوانینی در آمریکا و انگلستان شد که اجرای شروط کیفری را منع می‌کرد. سنت عدم اجرای شروط کیفری امروز علیرغم نظریات مخالف در محافل آکادمیک (خصوصاً از سوی اقتصاددانان و حقوقدانان) و تمایلاتی که در آرای دادگاه‌ها به سمت آزاد سازی نشان داده شده است، هنوز باقی مانده است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۲ تفکیک شروط تعیین کننده‌ی خسارت و شروط کیفری

قواعد تفکیک بین شروط کیفری و شروط تعیین کننده پیشینی خسارت در دعوای مشهوری در انگلستان بیان شده است:<sup>۳</sup> این که یک شرط خاص در دسته‌ی شروط کیفری قرار بگیرد یا در

1- Lord Poskill

2- (Aristides Hatzis., Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common and civil contract law, 2003, p384).

3- Dunlop Pneumatic Tyre co Ltd v. new garage & Motor co Ltd

دسته‌ی شروط پیشینی خسارت<sup>۱</sup> بستگی به ساختار شرط دارد و اینکه خود طرفین آن را شرط تعیین کننده‌ی خسارت بنامند یا شرط کیفری به هیچ عنوان مهم نیست. این چهار قاعده، قواعد زیر هستند:

۱-۲-۲-۲ نخستین و مهم‌ترین قاعده این است که اگر مبلغ شرط شده، در مقایسه با بیشترین ضرری که ممکن است از نقض قرارداد ناشی شود، نامعقول و گزاف باشد، شرط کیفری است. مثلاً اگر شرط شود شخصی که تعهد به ساخت شیئی کرده که ۵۰ پوند می‌ارزد، در صورت نقض قرارداد<sup>۱</sup> میلیون پوند بپردازد، این شرط، شرط کیفری است (Treitel, 1989, p343). در این قاعده گزاف و نامعقول بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارات احتمالی آینده است، بنابراین صرف زیاد بودن مبلغ شرط شده از خسارات قابل پیش‌بینی دلیل کیفری بودن شرط نخواهد بود (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۳۴).

۲-۲-۲-۲ در صورتی که آثار نقض قرارداد به‌گونه‌ای باشد که تخمین پیشینی دقیق خسارت غیرممکن باشد، مانعی برای درج مبلغی در قرارداد به عنوان خسارت از پیش تعیین شده وجود ندارد. در حقیقت، جایی که محاسبه‌ی دقیق خسارت غیرممکن است، درست مثل تعیین پیشینی خسارت یک معامله‌ی واقعی بین طرفین است، اگرچه، حتی مطابق قاعده‌ی چهارم، چنانچه مبلغ مندرج در شرط نامعقول یا گزاف باشد، به عنوان شرط کیفری در نظر گرفته می‌شود (Miller, 2004, p82). در دعوی Dunlop Ltd v. New garage Ltd در قراردادی راجع به فروش تایر اتومبیل محدودیت‌هایی برای فروش دوباره‌ی آنها تحمیل شد و مقرر گردید که خریدار باید ۵ پوند برای هر تایری که فروخته شود، یا مورد ایجاب قرار گیرد، و این محدودیت‌ها را نقض کند، به فروشنده بپردازد. این شرط معتبر تلقی شد، زیرا چنین نقضی نظم تجاری فروشنده را از بین می‌برد، هرچند اندازه‌گیری خسارات دقیق ناشی از این نقض تقریباً غیرممکن بود (Treitel, 1989, p344).

۳-۲-۲-۲ قاعده‌ی سوم این فرض را بیان می‌کند که اگر شرطی در موقع نقض یک یا چندین تعهد که باعث ایجاد مقادیر مختلف خسارت شود، مبلغی را قابل تأدیه بداند، این شرط، شرط کیفری است (Treitel, 1989, p344). «در این صورت نیز به منظور تشخیص ماهیت شرط، قاعده‌ی گزاف و نامعقول بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارات قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد عقد همچنان اعمال شدنی خواهد بود. لکن باید توجه داشت که در چنین فرضی وجه مشروط باید با کمترین خسارت قابل ارزیابی که ممکن است از نقض یکی از تعهدات مختلف ناشی شود مقایسه گردد و چنانچه وجه مذکور در مقایسه با این خسارت، گزاف

و نامعقول بود، تردیدی در ماهیت کیفری و در نتیجه بطلان آن نخواهد بود» (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۳۵). نکته‌ی مهم در این باره این است که چنانچه نقض تعهدات متفاوت قراردادی، نوعاً قابلیت ایجاد خساراتی را داشته باشد که از حیث اهمیت متفاوت‌اند، فرض قانونی بر این خواهد بود که وجه مشروط از ماهیت کیفری برخوردار است، دلیل آن احتمالاً این است که در این صورت، طرفین حسب ظاهر و برداشت اولیه، در مقام ارزیابی خسارات واقعی ناشی از نقض بر نیامده‌اند؛ زیرا برای نقض تعهدات مختلف که قابلیت ایجاد خسارات مختلف را دارد، به اشتراط وجهی ثابت و معین بسنده کرده‌اند.

۲-۲-۴ قاعده‌ی چهارم در رابطه با وضعیتی است که قرارداد تنها شامل پرداخت مبلغی پول است و متعهدعلیه در صورت نقض قرارداد، باید مبلغ بیشتری را پرداخت کند. این شرط، شرط کیفری است. بنابراین در صورتی که مطابق قرارداد، دینی به مبلغ ۵۰ پوند وجود دارد و شرط شود که در صورت نقض، مدیون باید ۱۰۰۰ پوند بپردازد، این شرط، شرط کیفری است. این یک نتیجه‌ی معقول است، اما این قاعده می‌تواند بر این مبنا که مبلغ ۱۰۰۰ پوند نامعقول و گزاف است بیان شود. در این موارد، اگر خواهان بتواند ثابت کند که این تأخیر باعث خسارت خاصی شده که خسارت دور نیست، خسارت خاص قابل تأدیه خواهد بود» (Treitel, 1989, p345).

### ۲-۳ آثار تفکیک

به عنوان قاعده‌ی کلی، شرط پیشینی خسارت کاملاً معتبر است. بنابراین از یک سو، طرف زیان دیده می‌تواند مبلغ شرط شده را بگیرد، حتی اگر خسارت واقعی بیشتر باشد. از سوی دیگر، شخص زیان دیده نمی‌تواند بیشتر از مبلغ شرط شده دریافت کند، حتی اگر خسارت واقعی او بیشتر باشد.

در دیگر حالت، شرط تعیین کننده‌ی خسارت برای تحدید مسئولیت به کار می‌رود، اما ماهیت آن متفاوت از ماهیت شرط تحدید مسئولیت است. به موجب شرط تحدید مسئولیت، خسارت مشخص زیان دیده حداکثر تا مقداری که شرط شده تأدیه می‌شود، اما به موجب شرط تعیین کننده‌ی خسارت به شخص زیان دیده تنها مبلغ شرط شده داده می‌شود و مقدار خسارت او هر قدر هم که باشد ارتباطی به آن ندارد، در مقابل شرط کیفری اصلاً مورد توجه قرار نمی‌گیرد. شخص زیان دیده بدین ترتیب خسارات خود را طبق قواعد عادی دریافت می‌کند (Treitel, 1989, p345).

## ۲-۲-۴ مشکلات تفکیک

این تفکیک مشکلاتی در پی دارد که به دو مورد در اینجا، اشاره می‌شود: تقسیم بندی بر پایه‌ی این فرض است که این شروط یک ماهیت صریح و قابل تقسیم شدن دارند، یعنی این پیش فرض وجود دارد که شرط از این نوع است یا از آن نوع اما این تحلیل مشکل آفرین است، جایی که اراده‌ی طرفین روشن نیست یا اراده‌ی آنها دو گانه است (یعنی هم شامل عنصر اجبار کننده و هم شامل عنصر جبران کننده‌ی خسارت است) مشروعیت کنترل قضایی بر روی قراردادی که طرفین آن هدفی واحد از این شرط دارند، تصنعی خواهد بود.

مشکل نظری دیگری نیز وجود دارد که از ماهیت آنها ناشی می‌شود: شروط کیفری ممکن است توسط طرفین قراردادی پذیرفته شود که اصلاً از پرداخت این مبالغ هراسی نداشته باشند. متقابلاً ممکن است شرطی که به عنوان تخمین پیشینی میزان واقعی خسارت تلقی می‌شود، به خاطر ترس از پرداخت مبلغ توافق شده اثر اجبار کننده‌ی زیادی بر روی متعهد داشته باشد. بنابراین این طبقه‌بندی گمراه کننده است.

## ۲-۲-۵ قلمرو اجرای شروط کیفری

قواعد راجع به شروط کیفری تنها در مواردی به کار می‌رود که مبلغ مقطوعی در موارد «نقض قرارداد» باید پرداخت شود. دادگاه باید تصمیم بگیرد که آیا پرداخت مبلغی پول به دلیل نقض قرارداد باید صورت گیرد یا به دلیل شرایط و اوضاع و احوال دیگر. اگر مبلغ قابل پرداخت مطابق شرط بین طرفین، به دلیل شرایط و اوضاع و احوالی است که مشمول نقض قرارداد نیست، قواعد مربوط به شروط کیفری اعمال نمی‌شود (Kuffman, 2004, p601).

در پرونده‌ای، به فوتبالیست حرفه‌ای که آسیب دیده بود و احتمال می‌رفت که دیگر نتواند فوتبال بازی کند، از سوی بیمه، ۵۰۰ پوند پرداخت شد، با این شرط که در صورتی که دوباره به فوتبال بازگشت آن را بپردازد. این یک شرط کیفری نبود، چون بازیکن فوتبال هیچ تعهدی مبنی بر اینکه دیگر فوتبال بازی نکنند نکرده بود و بنابراین با فوتبال بازی کردن مرتکب نقض هیچ قراردادی نشد (Treitel, 1989, p346).

در دهه ۱۹۸۰ همگام با احیای اصل آزادی قراردادهای، مجلس اعیان شروع به تفسیر آرای پیشین به منظور محدود کردن عدم اجرای شروط کیفری کرد. بنابراین دیگر انواع شروط کیفری را که مواردی غیر از نقض قرارداد را مجازات می‌کرد به اجرا گذاشت و عدم قابلیت اجرا را محدود به موارد کیفرهای کاملاً نامتناسب در مقایسه با خسارات واقعی کرد، در انگلستان همانند آمریکا، دادگاه‌ها به خاطر کارایی اقتصادی یا به خاطر سعی در اجرای اراده‌ی طرفین شروع به اجرای شروط کیفری به خصوص در میان طرفهای تاجر کردند. دادگاه‌ها سعی کردند

این تغییر در دکترین را با لباس تفسیرهای فرمالیستی بیوشانند، اما حقیقت این است که این تغییر روشنی بوده که صورت گرفته است. مطالعه‌ای بر روی دعاوی اخیر نشان می‌دهد که دادگاه‌های کامن‌لا و خصوصاً انگلستان، اساساً به سمت دیدگاه حقوق نوشته در خصوص خسارات از پیش تعیین شده‌ی قراردادی حرکت کرده‌اند (Hatzis, 2003, pp388,389).

## ۲-۳ حقوق فرانسه

### ۲-۳-۱ شرط کیفری در حقوق فرانسه قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ قانون مدنی

در قانون مدنی فرانسه، شرط کیفری پیش‌بینی شده و احکام آن در مواد ۱۲۳۳-۱۲۲۶ با عنوان «تعهدات با شرط کیفری» بیان شده است. ماده‌ی ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه در ذیل فصل مربوط به «خسارات ناشی از عدم انجام تعهد» آمده و بیان می‌کند: «هر گاه قراردادی مقرر کند که طرفی که از اجرای قرارداد تخلف نماید، باید مبلغی را به عنوان خسارت پرداخت کند، بیشتر یا کمتر از این مبلغ نباید به طرف دیگر پرداخت شود». در واقع در این ماده به شرط کیفری ارجاع داده شده است. حقوق فرانسه تفکیکی بین شرط کیفری و شرط تعیین کننده پیشین خسارات قائل نمی‌شود.

از طرفی در ماده ۱۱۲۶ آمده است: «شرط کیفری شرطی است که به موجب آن شخصی به منظور تأمین اجرای قرارداد، خود را در صورت عدم اجرای قرارداد، نسبت به چیزی ملتزم کند». تفاوتی که در ظاهر، بین مواد ۱۲۲۶ و ۱۱۵۲ وجود دارد این است که در ماده ۱۱۵۲، موضوع شرط مبلغ معینی وجه نقد است، در حالی که موضوع شرط ماده‌ی ۱۲۲۶ هر چیزی اعم از مال یا انجام عمل می‌تواند باشد. رویه‌ی قضایی فرانسه همه این شروط را شرط کیفری دانسته است، اما بعضی از نویسندگان حقوقی بین اینها تفاوت قائل هستند (حسین آبادی، ۱۳۸۵، ص ۵۳).

ویژگی دوگانه‌ی شرط کیفری علاوه بر تشویق به اجرای تعهد قراردادی، تعیین پیشینی خسارت تخلف از تعهد قراردادی را ممکن می‌کند. عبارت تأمین اجرا در ماده‌ی ۱۱۲۶ ق.م. فرانسه کارکرد الزام کننده‌ی شرط را تقویت می‌کند، بنابراین عنصر تهدید و فشار در سیستم حقوق مدنی فرانسه کاملاً مطرود نیست و عملاً وجود این عنصر برای ماهیت شرط ضروری است (Miller, 2004,p85).

کارکرد دوم شرط کیفری ۲ در ماده‌ی ۱۲۲۹ دیده می‌شود: «شرط کیفری، جبران خسارت و منافعی است که متعهدله از عدم اجرای تعهد اصلی متحمل می‌شود». شباهت نزدیک شرط

کیفری در حقوق فرانسه با شرط تعیین کننده خسارت در حقوق انگلستان از اینجا آشکار می شود. بین دو نظام حقوقی انگلستان و فرانسه اختلاف کمی در مورد هدف این شرط وجود دارد. این شرط به طرفین اجازه می دهد که از اقامه دعوا که هزینه بر، طولانی و خطرناک است پرهیز کنند، خود طرفین ارزش اجرای قرارداد را تعیین می کنند، تضمینی برای نقض احتمالی قرارداد وجود دارد و متعهدله با این روش جلوی محدودیت های بالقوهی مربوط به جبران خسارت را می گیرد و مجبور نیست که اثبات کند متحمل ضرری شده است. مزایای این شرط ممکن است به متعهد نیز تسری پیدا کند: متعهد میزان مسئولیت خود را در صورت نقض قرارداد خواهد دانست.

هنگامی که شرط کیفری به سود مدیون است و به عنوان یک شرط محدود کننده مسئولیت به کار می رود محدودیت هایی دارد. برای مثال این شرط نمی تواند متعهد را در مقابل آثار کامل عهدشکنی خود مورد حمایت قرار دهد. این موضوع در دعوایی بین یک بازیگر و کمدی فرانسز<sup>۱</sup> مطرح شده است. قراردادی بین یک بازیگر با کمدی فرانسز که شامل یک شرط کیفری هم بود، بازیگر را ملزم می کرد که قبل از عهده گرفتن نقشی در جای دیگر، از کمدی فرانسز اجازه بگیرد. اما بازیگر با نقض این تعهد، در حالی که به او اجازه داده نشده بود، در یک فیلم بازی کرد. رفتار بازیگر نقض تعهد دانسته شد و کمدی فرانسز مستحق دریافت خسارتی که متحمل شده بود، شناخته شد، درحالی که مبلغ این خسارت از مبلغ شرط کیفری که در قرارداد آمده بود بیشتر بود. به دیگر سخن این واقعیت که خسارت ایجاد شده، کمتر از مبلغ شرط کیفری است یا اینکه اصلاً خسارتی ایجاد نشده اهمیتی ندارد. البته دیگر ارکان مسئولیت باید وجود داشته باشد.

طبق ماده ۱۲۲۸ وجود شرط کیفری در قرارداد مانع از این نیست که متعهدله به جای مطالبه وجه التزام از متعهدی که به رغم مطالبه، تعهد خود را به موقع ایفا نکرده، الزام متعهد به اجرای تعهد اصلی را درخواست کند (Nicholas, 1999, p230).

قانون مدنی فرانسه اگر چه به مقدار زیادی مدیون روشنگری حقوق طبیعی در قرن هجدهم است، نظم فردگرایی اقتصادی و اجتماعی نوین را هم نشان می دهد. این موضوع تا حدودی که به حقوق قراردادها مربوط است، به معنی آزادی قراردادی، اعتقاد به حاکمیت ارادهی طرفین و تقدس بخشیدن به نیروی الزام آور قرارداد است. بنابراین غیر قابل تعرض بودن شرط کیفری در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی اعلام شد (Miller, 2004, p86).



## ۲-۳-۱ اثر شرط کیفری پس از اصلاحات سال ۱۹۷۵ قانون مدنی

به نیروی الزام‌آور قرارداد استثنایی در م. ۱۲۳۱ وارد شده بود که به قاضی زمین‌هی حقوقی برای تعدیل شرط کیفری، هنگامی که شرط تنها برای عدم اجرای کامل قرارداد مقرر شده، ولی نقض قرارداد به صورت جزئی روی داده است داده شده بود. اما ماده‌ی ۱۲۳۱ جزء قواعد مربوط به نظم عمومی نبود و توافق برخلاف آن ممکن بود. بنابراین در عمل این استثنا محدود می‌شد. افزایش قراردادهای اجاره به شرط تملیک و قراردادهای توافق در مورد اجاره‌بها زمین‌هی مساعدی برای شروط کیفری ظالمانه فراهم می‌کرد. اما اقامه‌ی دعوا بر مبنای مفاهیمی چون عدالت، انصاف، فقدان علت یا منع رباخواری مطابق قانون ۲۸ دسامبر ۱۹۶۶ با مقاومت دیوان عالی کشور فرانسه مواجه می‌شد. اصلاح قانون مدنی در ۹ ژوئیه‌ی ۱۹۷۵ تلاشی برای حل این جدال بین قانون و انصاف و کنترل این سوء استفاده‌ی رایج بود. بند دومی که به ماده‌ی ۱۱۵۲ الحاق شد به قضات قدرت تعدیل داد: «... معذک قاضی می‌تواند راساً شرط کیفری را در صورتی که کاملاً گزاف یا به طور مسخره آمیزی کم بداند، تعدیل کرده یا افزایش دهد. هرگونه شرط مخالف، نادیده گرفته خواهد شد» (Miller, 2004, p86).

ماده‌ی ۱۲۳۱ نیز به این صورت اصلاح شد: «وقتی که تعهد جزئاً اجرا شده باشد ممکن است دادرس وجه التزام مقرر را به نسبت بهره‌ای که اجرای جزئی تعهد نصیب متعهدله می‌کند کاهش دهد، بدون اینکه به اعمال ماده‌ی ۱۱۵۲ خلل وارد شود. هر نوع شرط مخالف، نادیده گرفته خواهد شد.»

## ۲-۳-۲ مداخله‌ی قاضی در اجرای شرط کیفری

### ۲-۳-۳-۱ مراحل مداخله‌ی قاضی

الف- طبقه بندی: ماهیت ترکیبی شرط کیفری به این معنی است که شرطی که یکی از کارکردهای شرط کیفری را ندارد (کارکرد اجبار کننده یا کارکرد جبران کننده خسارت) در ردیف شروط کیفری قرار نمی‌گیرد و بنابراین مشمول تعدیل از سوی دادگاه واقع نمی‌شود. بنابراین طبقه‌بندی شرط کیفری برای متعهدی که مایل به برخورداری از حمایت دادگاه است بسیار مهم است. در اینجا شباهت سیستم کامن‌لا با حقوق فرانسه برجسته می‌شود. دادگاه برای قرارداد شرط، در ردیف شروط کیفری به اراده‌ی طرفین در لحظه‌ی انعقاد قرارداد می‌نگرد. به خاطر نگرانی از حفظ قدرت الزام‌آور قرارداد، دادگاه‌ها در تفسیر خود سختگیرانه عمل می‌کنند.»

ب- تصمیم قاضی به مداخله یا عدم مداخله در شرط کیفری: ماده‌ی ۱۱۵۲ ماهیت اختیاری مداخله‌ی قاضی را نشان می‌دهد. بنابراین حتی در صورت وجود شرط کیفری قاضی می‌تواند

تصمیم بگیرد که در قرارداد مداخله کرده و مبلغ گزاف را تعدیل کند یا نه. علاوه بر این، اصلاحات ۱۹۸۵ توانایی مداخله بدون درخواست طرفین را به قاضی می‌دهد. اگر قاضی تصمیم به عدم مداخله گرفت هیچ الزامی به توجیه رأی خود ندارد» (Miller, 2004, p90,91). این مساله که یک شرط کیفری خاص باید تعدیل شود یا نه بستگی به نظر قاضی دارد، اما در گروهی از آرای دیوان عالی کشور فرانسه<sup>۱</sup> بعضی محدودیت‌هایی که قدرت قاضی باید در چارچوب آنها اعمال شود بیان شده است (Nicholas, 1999, p231). قضات در اینجا معیار نوعی و شخصی را باهم ترکیب می‌کنند. علاوه بر اختلاف بین مبلغ شرط شده و خسارات واقعی، این عوامل هم مورد توجه قرار می‌گیرند: نابرابری قدرت معاملی، وضعیت اقتصادی متعهد، حسن نیت یا سوء نیت متعهد و حتی وضعیت سلامتی متعهد (Miller, 2004, p91).

ب- تعیین مقدار کاهش یا افزایش شرط: در اینجا میزان خسارت واقعی به عنوان یک مبنا مورد توجه قرار می‌گیرد. البته این اختیار قاضی نامحدود نیست. قاضی نباید به مقداری کمتر از خسارت واقعی حکم دهد و حتی گفته شده نباید مبلغ شرط را تا مرز خسارت واقعی پایین بیاورد. در صورتی که خسارتی حاصل نشده باشد، دعوای اجرای شرط کیفری هم رد خواهد شد (Miller, 2004, p92,91).

### ۲-۳-۳-۲ پیامدهای نامطلوب مداخله‌ی قاضی

کنترل قضایی بر قراردادی که هدف آن تهدید یکی از طرفین با شرط کیفری است، شاید برای نظام حقوقی نوین خوشایند باشد، اما زوال مفهوم نیروی الزام‌آور قرارداد<sup>۲</sup> یکی از نخستین پیامدهای نامطلوب این نظارت است. پیامد دوم زوال نیروی الزام‌آور شرط کیفری است. متعهد ممکن است با اندیشه‌ی امکان تعدیل مبلغ، جرات بیشتری برای نقض قرارداد بیابد. با کاهش عنصر اعمال فشار که برای قراردادن شرط در ردیف شروط کیفری اساسی است، یکی از نویسندگان، حتی از آن تعبیر به مرگ شرط کیفری<sup>۳</sup> کرده است (Miller, 2004, p88).

### نتیجه‌گیری

حکم قانون مدنی ایران که ملهم از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه بوده، در این مورد از بدو تصویب تاکنون تغییری نکرده است و معتقد به آزادی کامل اراده‌ی طرفین در توافق بر تعیین پیشینی خسارت است. این وضع می‌تواند در بسیاری موارد موجب سوء استفاده‌ی یک طرف

---

1- Cour de cassation  
2- La force obligatoire du contrat  
3- La mort de la clause penale

قرارداد شود. حقوق انگلستان نیز اجازه نمی‌دهد که توافق طرفین در مورد تعیین پیشینی خسارت ماهیت تنبیهی و کیفری به خود بگیرد و بنابراین بین شروط کیفری و شروط تعیین کننده‌ی خسارت تفکیک قائل می‌شود. اینطور می‌نمایاند که با طرز تلقی حقوق انگلستان از شروط کیفری، مزیت اقتصادی این شروط نادیده انگاشته شده است. البته همان‌طور که گفته شد حقوق انگلستان از چند سال پیش حرکتی تدریجی به سوی نگرش حقوق نوشته به تعیین پیشاپیش خسارت کرده است. به نظر می‌رسد اکنون دیدگاه حقوق فرانسه دیدگاهی معتدل است که از سویی به حاکمیت اراده‌ی طرفین احترام می‌گذارد و از سوی دیگر با قدرت تعدیلی که از سال ۱۹۷۵ به قاضی داده شد، جلوی سوءاستفاده یک طرف قرارداد از شروط کیفری را می‌گیرد.

## فهرست منابع و مآخذ

### الف. منابع فارسی

- (۱) ایزانلو، دکتر محسن، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، چ سوم، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- (۲) جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، چ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- (۳) حسین آبادی، دکتر امیر، بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد، مجله‌ی الهیات و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، سال دوم، زمستان ۱۳۸۱.
- (۴) شهیدی، دکتر مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، چ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۳.
- (۵) صفایی، دکتر سید حسین، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲ تعهدات و قراردادها، ج اول، تهران، موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
- (۶) عابدیان، دکتر میر حسین، مطالعه‌ی تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها، مجله‌ی الهیات و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹، سال ششم، بهار ۱۳۸۵.
- (۷) فخاری، دکتر امیر حسین، تقریرات درس حقوق تجارت ۴، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهیدبهشتی، نیمسال اول سال تحصیلی ۸۶-۸۵.
- (۸) فیلیپ لوی، ژان و کاستادلو، آندره، تاریخ حقوق تعهدات، ترجمه رسول رضایی، چ نخست، تهران، مهر و ماه، ۱۳۸۶.
- (۹) کاپلستون، فردریک چارلز، تاریخ فلسفه، جلد ششم از ولف تا کانت، ترجمه اسماعیل سعادت، منوچهر بزرگمهر، چ چهارم، تهران، سروش و علمی فرهنگی، ۱۳۸۷.
- (۱۰) کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- (۱۱) کاتوزیان دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- (۱۲) کلی، جان موریس، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چ نخست، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.

۱۳) هاشمی شاهرودی، آیت الله سید محمود، احکام فقهی کاهش ارزش پول، مجله دادرسی سازمان قضایی نیروهای مسلح، مرداد و شهریور ۱۳۷۸

ب. منابع لاتین

- 1) Miller, Lucinda, Penalty clauses in England and France: A comparative study, International and Comparative Law Quarterly, Oxford university press, vol. 53, January 2004.
- 2) Hatzis, Aristides N., Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common and civil contract law, International Review of law and economics, vol. 22, 2003.
- 3) Koffman, Laurence, the law of contract, oxford university press, 2004.
- 4) Treitel, GH, An outline of the law of contract, 4<sup>th</sup> edition, London, Butterworths, 1989.
- 5) Nicholas, Barry, French Law of Contract, London, Butterworths, 1999.

