

تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران

رضا مقصودی*

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱۰/۲۵ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۱۲/۲۰)

چکیده:

توافق متعاقدين برگرامت ناشی از نقض قرارداد، در لوای اصل حاکمیت اراده توجیه می‌شود. ضرورت قابلیت پیش‌بینی نتایج قرارداد و رعایت توازن و انسجام میان تعهدات متقابل، دولت‌ها را از تعرض به توافق، بطلان یا تعدیل آن باز می‌دارد. اما سیر تحول برخی نظام‌های حقوقی مختلف، حاکی از مداخله دولت‌ها به بهانه ایجاد تعادل در روابط قراردادی، رعایت انصاف و به طور کلی نظم عمومی اقتصادی است. ملاحظات متضاد ناشی از ثبات قرارداد از یک سو و رعایت انصاف و خودداری از اعمال مجازات در روابط مدنی از سوی دیگر، امکان تعدیل وجه التزام و تفکیک آن از دیگر شروط قرارداد را به یکی از مسائل مناقشه‌انگیز تبدیل نموده است. در این مقاله تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران بررسی شده است.

کلید واژه‌ها: شرط کیفی، وجه التزام، خسارت واقعی، تعدیل، اجرای جزئی تعهد.

مقدمه:

وجه التزام که از آن به شرط خسارت، خسارت مقطوع یا خسارت قراردادی تعبیر می‌شود، عبارت از آن است که متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد، مالی را به عنوان جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد تعیین نمایند. در واقع چنین شرطی سلاحی با دو کارکرد متفاوت برای دو مقطع زمانی مختلف است. در زمان اجرای قرارداد، به عنوان ابزاری برای تضمین اجرای تعهد و تهدید متعهد به ایفاء تعهد عمل می‌کند. اما در زمان نقض قرارداد، برای جبران خسارت ناشی از تخلف و مجازات متعهد متخلف به کار می‌رود.

در این موضوع، اختلاف از عنوان آن آغاز می‌شود. در حقوق فرانسه توافق بر خسارت ناشی از نقض قرارداد همواره شرط کیفری نامیده می‌شود؛ اعم از اینکه مقدار شرط معادل، فراتر یا کمتر از خسارت واقعی باشد. در کشور انگلیس توافق بر خسارت به دو دسته خسارت مقطوع و شرط کیفری تقسیم می‌شود و شرط کیفری در معرض کنترل و مداخله قضایی قرار می‌گیرد. در حقوق ایران نیز اگرچه قانون مدنی بر توافق متعاقدین بر خسارت نامی نهنده است، اما برخی دیگر از قوانین از جمله تبصره های (۴) و (۵) ماده ۳۴ سابق قانون ثبت، از واژه وجه التزام استفاده کرده و رویه قضایی و دکترین با این عنوان انس گرفته است. بدین ترتیب این مقاله نیز از همین عبارت مرسوم برای توصیف توافق بر خسارت و نتایج آن استفاده کرده است.

اگرچه نظارت بر شروط خسارت اجحاف‌آمیز و غیرعادلانه در حقوق کامن‌لا و نیز رومی‌ژرمنی دارای سابقه تاریخی طولانی است، اما سوء استفاده از این شروط در قراردادهای میان تاجر و مصرف‌کننده، مقدمه و سرآغاز نهضت اجتماعی و نهضت قضایی برای نظارت بر شروط اجحاف‌آمیز در نیمه دوم قرن بیستم بود. به تدریج قراردادهای مصرف در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه و انگلیس از قواعد کلی قراردادهای به طور تخصصی خارج شد و خود موضوع مقررات و معیارهای جداگانه قرار گرفت. در کشور ما نیز در محدوده قانون تجارت الکترونیکی در ماده ۴۶ این قانون، اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده موضوع حکم خاص قرار گرفته و بی‌اعتبار قلمداد شده است. اگرچه هیچ‌گونه آئین‌نامه یا دستورالعملی برای تشخیص شروط غیرمنصفانه و جلوگیری از ایجاد تشتت در رویه قضایی وجود ندارد.

در خارج از چارچوب خاص قراردادهای مصرف در کشور انگلیس و فرانسه روند مداخله دولت و دستگاه قضایی برای نظارت بر وجه التزام و تطبیق آن با انصاف و عدالت اجتماعی ادامه یافت. اما این فرآیند با تعارض‌ها و مشکلاتی همراه است که حصول به اهداف ناشی از تعدیل وجه التزام را دچار تردید می‌نماید. رویه قضایی ناچار از رعایت ثبات قرارداد با تلقی تعدیل وجه التزام به عنوان یک استثناء، از تعمیم نظارت قضایی به شروط مشابه دارای ویژگی اجحاف‌آمیز و ظالمانه خودداری

کرده و با وضع ضوابط و معیارهایی دامنه تعرض به حکومت اراده را محدود ساخته است. معیارهای رویه قضایی برای مداخله و تعدیل وجه التزام به متعاقدين اجازه می‌دهد تا در مقام تنظیم قرارداد به احتمال کنترل قضایی شرط توجه نمایند و صرفاً با تغییر الفاظ و عبارات، توافق خود را از گزند مداخله قضایی مصون نگه دارند.

سیر تحول کشورهای مختلف در پذیرش تعدیل شرط کیفری و فروع و استثنائاتی که بر آن وارد کرده‌اند، به روشنی از مشکلات و دشواری‌های مداخله در قراردادهای خصوصی حکایت دارد. به طوری که سیستم‌های حقوقی در یک کشمکش دائمی گاهی جانب تعدیل شرط را گرفته‌اند و گاهی دیگر به سوی ثبات در روابط قراردادی گرایش یافته‌اند. این مقاله با بررسی قواعد تفصیلی حقوق کشور انگلیس و فرانسه، نشان می‌دهد که تبعیت محض از حقوق کشورهای دیگر در پذیرش تعدیل شرط کیفری و بی‌توجهی به ملاحظات اجتماعی و اقتصادی نه تنها نتیجه مطلوبی به همراه ندارد، بلکه عوارض ناشی از آن، انصاف و ثبات و قابلیت پیش‌بینی قرارداد را توأمان به مخاطره می‌اندازد.

با در نظر گرفتن این مقدمه، مطالب این مقاله به بررسی اعتبار وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران می‌پردازد.

۱. حقوق فرانسه

مطابق ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، قاضی نمی‌توانست مبلغ شرط کیفری را افزایش یا کاهش دهد ولو اینکه او کیفر را ناکافی یا گزاف ارزیابی کند. آنچه که در ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی به عنوان یک قاعده تکمیلی مجاز بوده است، تعدیل شرط کیفری در صورت اجرای قسمتی از قرارداد است که آن نیز منوط به شرایطی از جمله تجزیه پذیری تعهد و فقدان شرط خلاف توسط متعاقدين است.

ملاحظه رویه قضایی کشور فرانسه قبل از اصلاحیه قانونی سال ۱۹۷۵ نشان می‌دهد که دیوان کشور قاطعانه قاعده مذکور در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی مبنی بر تعرض ناپذیری شرط کیفری را حفظ نموده است. ولو اینکه شرط کیفری در مقایسه با خسارت واقعی بسیار گزاف یا بسیار ناچیز باشد. به طوری که حتی قاضی اجازه ندارد در صورت اثبات حوادث غیر قابل پیش‌بینی به اصلاح وجه التزام مبادرت کند (Malaurie, 2007: 990).

این در حالی است که دادگاه‌های تالی به طور طبیعی تمایل داشته‌اند تا کیفرهای گزاف را به مبلغ زبان واقعی تقلیل دهند. لذا با استفاده از مفاهیم برخاسته از نظریه عمومی تعهدات با هدف اعاده انصاف و تعدیل شرط کیفری گزاف تلاش نمودند.

یکی از راه‌حل‌ها مفهوم "سبب تعهد" (Cause de l'obligation) است که از حقوق بلژیک وارد کشور فرانسه شد. این مفهوم تأکید می‌کند که تعهد به پرداخت یک جریمه گزاف، فاقد سبب است، یا اینکه سبب به کار رفته در آن ناروا و نامشروع است. اما این استدلال بدون ملاحظه و تردید توسط دیوان کشور کنار گذاشته شد (Terre, 1999: 606).

یکی دیگر از مفاهیم که در جهت تلطیف شروط کیفری ظالمانه مورد استفاده قرار گرفت، مفهوم "تقلب نسبت به قانون" (Fraude a la loi) است. نرخ بهره مذکور در قرارداد وام کاملاً متعارف و قانونی بود. اما در کنار آن شرط کیفر تحمیلی به وام‌گیرنده به روشی محاسبه می‌گردید که منافع فوق‌العاده‌ای برای وام‌دهنده فراهم می‌کرد. به این ترتیب در واقع نرخ بهره در صورت عدم پرداخت بدهی در سررسید افزایش می‌یافت و مدیون باید علاوه بر آن مبلغی بابت هر روز/ماه/غیره از تأخیر به عنوان شرط کیفری پرداخت می‌کرد.

برخی از دادگاههای تالی به دلیل تقلب نسبت به مقررات امری ربا و استفاده از پوشش شرط کیفری به منظور دستیابی به ربا، شرط را ملغی نموده یا مقدار آن را تقلیل دادند (Stark, 1995: 1565). اما دیوان کشور فرانسه به طور انعطاف‌ناپذیری اعلام داشت که شرط کیفری تعیین‌کننده خسارت قابل پرداخت توسط مدیون در فرض عدم اجرای تعهد است و تنها به عنوان ضمانت اجرای تخلف مدیون عمل می‌کند؛ بنابراین مشمول مقررات اجتناب از ربا نیست (Viney, 1988, 233).

به این ترتیب یک بن‌بست کامل در تعدیل شرط کیفری به وجود آمد. از سال ۱۹۷۰ برخی از حقوقدانان با تکیه بر آموزه‌های تاریخی و حقوق تطبیقی، صراحتاً درخواست انجام اصلاحیه قانونی را مطرح کردند تا قاضی توانایی تجدیدنظر در شروط کیفری گزاف را داشته باشد. دیوان کشور نیز در سال قضایی ۷۳-۱۹۷۲ ضرورت اخلاقی عدم اجرای شروط کیفری گزاف را مورد تأکید قرار داد (Ibid, 244).

سرانجام قانون ۹ ژوئیه ۱۹۷۵ متضمن اصلاح مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی، امکان کنترل قضایی بر شروط کیفری را فراهم آورد. نویسندگان قانون فواید شرط کیفری را به رسمیت شناختند. به طوری که با پذیرش اصل شرط کیفری، صرفاً راهکاری برای مبارزه علیه سوء استفاده‌های آشکار وضع نمودند.

مبنای این اصلاحیه را می‌بایست در عدالت و انصاف قراردادی (Justice et d'equite contractuelle) جستجو کرد. این دیدگاه به ویژه از نیمه دوم قرن بیستم به عنوان «نظم عمومی اقتصادی» (Ordre public d'economic) تبلور یافت. ارتباط تعدیل شرط کیفری با نظم عمومی مقتضی آن است که قاضی بتواند خود راساً و بدون نیاز به درخواست اصحاب دعوی به تعدیل شروط گزاف یا ناچیز مبادرت کند. این نتیجه توسط دکترین مورد تأکید قرار گرفت و به وسیله دیوان کشور تأیید شد و قانون ۱۱ اکتبر ۱۹۸۵ نیز بر آن صحنه گذاشت. زیرا این قانون در مقام اصلاح مجدد مواد

۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی صریحاً به قاضی اجازه می‌دهد تا نقش خود در امکان تجدیدنظر در شرط کیفری را رأساً و بدون تقاضای اصحاب دعوی به مرحله اجراء گذارد (Ibid, 245).

۱.۱. اعمال ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی:

پاراگراف دوم ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی که در سال ۱۹۷۵ به این ماده الحاق شده است مقرر می‌دارد. " ... با این وجود قاضی می‌تواند کیفر مورد توافق را کاهش یا افزایش دهد، اگر که کیفر مزبور به طور آشکار گزاف یا ناچیز باشد. هر شرط مخالفی، نانوشته محسوب می‌شود."

هدف قانونگذار اعطای توانایی صریح به قاضی و به طور کلی توانایی تجدیدنظر قضایی بر مبنای مقتضیات انصاف است. بعد از یک دوره ده ساله قانونگذار به موجب قانون شماره ۱۰۹۷ مورخ ۱۱ اکتبر ۱۹۸۵، توانست مجدداً برای تسهیل مداخله قضایی وساطت نماید و قاضی رأساً اجازه یافت تا خصوصیت خیلی زیاد یا ناچیز شرط کیفری را، بدون نیاز به تقاضای اصحاب دعوی مورد بازبینی قرار دهد.

عبارت بسیار محدود قانون مبین آن است که اصلاح شرط فقط در شرایط واقعاً غیر منصفانه (Veritablement leonine) امکان‌پذیر است. به این ترتیب اصل نیروی الزام آور (principe de force obligatoire) شرط کیفری، پابرجا باقی می‌ماند و مداخله قاضی تنها یک استثناء محسوب می‌شود (Chabas, 1998, 641-2).

اختیار تجدیدنظر در شرط کیفری استثنایی بر اصل ثبات (Principe de force obligatoire) شرط است که نتیجه ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی است. لذا فقط در صورتی قابل اعمال است که یک عدم تناسب جدی بین کیفر و خسارت وجود داشته باشد (Carbonnier, 2000: 178-b).

۱.۱.۱. شرایط اعمال ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی: برای اعمال نظارت قضایی بر وجه التزام لازم است تا سه قید زیر احراز گردد:

اول اینکه ارزیابی خسارت می‌بایست قراردادی (Conventionnelle) باشد. زمانی که ارزیابی منشأ قراردادی ندارد بلکه یک ارزیابی قانونی یا یک غرامت اداری است، تعدیل مجال اعمال نمی‌یابد. بنابراین بهره قابل اعمال در فرض تاخیر در پرداخت سهم تامين اجتماعی ماهیت حق عضویت - سهم - دارد و به هیچ وجه با ضرر و زیان که توسط مراجع قضایی ارزیابی می‌شود قابل مقایسه نیست و نمی‌تواند با اعمال ماده ۱۱۵۲ به دلیل اینکه صراحتاً گزاف یا ناچیز است، تعدیل شود (Maurie, op.cit, 992).

دوم اینکه ارزیابی قراردادی خسارت، می‌بایست با هدف جبران خسارت ناشی از تخلف متعهد باشد. لزوم وقوع تخلف از جانب متعهد باعث می‌شود تا رویه قضایی بسیاری از شروط خسارت را از

دایره کنترل قضایی و اعمال تعدیل خارج کند. از جمله شرط مندرج در قرارداد اجاره خودرو که ارزیابی مقطوعی از خسارت موجد در فرض وقوع حادثه‌ای خارج از اراده مستاجر برقرار نماید، به دلیل فقدان عنصر تخلف از قلمرو کنترل قضایی خارج گردید. رویه قضایی نشان می‌دهد در جایی که مبلغ مقطوع خسارت ضمانت اجرای تخلف متعهد نیست و به عنوان عوض یک تعهد یا مابه ازای اختیار متعهد برای فسخ قرارداد عمل می‌کند، مشمول مقررات تعدیل نیست. در جایی که متعهد، پیش از موعد بدهی خود را تادیه کند، یا به قرارداد کار خاتمه دهد هیچ گونه تخلفی مرتکب نشده است و وجوه قابل پرداخت در مقابل اعمال یک حق مشمول کنترل قضایی قرار نمی‌گیرد (Ibid).

بررسی تطبیقی این مساله، مبین آن است که حقوق انگلیس، با تفکیک میان دو نوع از فسخ قرارداد، به خوبی این مساله را حل و فصل کرده است. به طوری که فسخ بر مبنای نقض (تخلف) قرارداد، مشمول قواعد نظارت بر شرط کیفری است اما فسخ بدون مبنای تخلف از قرارداد به عنوان یک شرط کیفری قابل تعدیل نیست. بنابراین اگر در قرارداد اجاره به شرط تملیک، تخلف مستاجر موجب فسخ قرارداد از جانب موجد باشد، غرامت قابل پرداخت یک شرط کیفری است که مشمول نظارت قضایی است.

قید سوم اینکه ارزیابی خسارت می‌بایست متضمن مبلغی پول به عنوان جبران خسارت باشد. پاراگراف اول ماده ۱۱۵۲ تنها اشاره به شروطی دارد که متضمن پرداخت مبلغی پول است لذا قابلیت تعدیل مقرر در پاراگراف دوم این ماده نیز اختصاص به شروطی دارد که دارای ماهیت پولی است. اختصاص ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی به کیفرهای پولی شامل توانایی مورد پیش بینی در ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی نمی‌شود (Viney, op.cit, 248-2).

تعدیل کیفر بر مبنای اجرای جزئی تعهد صرفنظر از خصوصیات موضوع شرط کیفری قابل انجام است. بنابراین اگر موضوع شرط کیفری انتقال مال یا انجام کار معین باشد و قسمتی از تعهد اصلی انجام شده باشد، توافق طرفین با رعایت شرایط ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی از قابلیت تعدیل برخوردار است.

۲.۱.۱. افزایش میزان شرط: قابلیت تعدیل شرط کیفری نه تنها در راستای کاهش مبلغ شرط است، بلکه قاضی می‌تواند در صورتی که کیفر قراردادی آشکارا ناچیز است (Manifestement derisoire)، به افزایش میزان آن مبادرت کرد. بنابراین در حالی که بسیاری از کشورها طی سالیان متمادی هم خود را متوجه شروط کیفری گزاف نموده، ضمانت اجرای بطلان یا تقلیل شرط برای آن در نظر گرفته‌اند، حقوق فرانسه بعد از مقاومت طولانی در برابر هرگونه تعدیل، سرانجام از هر دو سو به کاهش یا افزایش میزان شرط کیفری تن در داد.

۲.۱. اعمال ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی:

ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ تقلیل شرط کیفری را در یک مورد پیش‌بینی کرده بود: اگر تعهد به طور جزئی اجراء شده باشد، کیفر قراردادی می‌تواند به وسیله قاضی متناسب با منافی که اجرای جزئی برای متعهد له فراهم کرده است، کاهش یابد.

ماده ۱۲۳۱ قدیم قانون مدنی فرانسه - قبل از اصلاحیه قانونی ۱۹۷۵- در مقام تعدیل توافق متعاقدين به وسیله دولت (مقام قضایی) نیست، بلکه در جایگاه اجرای قصد صریح یا ضمنی طرفین قرارداد است. در واقع قاضی با توجه به تجزیه پذیری تعهد، هر جزئی از شرط کیفری را به قسمتی از تعهد اصلی ارتباط می‌دهد. به طوری که با انجام جزئی تعهد و تحصیل منفعت توسط متعهدله، حصه‌ای از شرط کیفری زایل خواهد شد. بنابراین اگر طرفین قرارداد تجزیه ناپذیری تعهد را شرط کنند، دادگاه از اجرای توانایی کاهش شرط کیفری محروم می‌گردد.

۱.۲.۱. شرایط اعمال ماده ۱۲۳۱: از هنگام وضع قانون ۹ ژوئیه ۱۹۷۵ طرفین قرارداد نمی‌توانند به اراده خود مانعی بر راه توانایی تجدید نظر قضایی ایجاد کنند. عدم امکان اجرای جزئی تعهد و بالتبع تاثیر آن بر اجراء شرط کیفری فقط می‌تواند از ماهیت تعهد منبعت شود. یعنی تعهد موضوع قرارداد جز از طریق اجرای تکلیف تجزیه ناپذیر قابلیت اجراء نداشته باشد. یا اینکه مقررات صریح قانونی تقسیم و تجزیه تعهد را ممنوع کرده باشند که در این فروض قاضی مجاز به تعدیل شرط متناسب با درجه اجرای تعهد نیست.

برای اینکه اعمال توانایی تعدیل قضایی مذکور در ماده ۱۲۳۱، اجرای جزئی می‌بایست متضمن منفعتی برای بستانکار باشد. یعنی اینکه او یک رضایتمندی جزئی (Satisfaction partielle) به دست آورده باشد.

بنابراین گاهی تعهد ایفاء شده، هیچ گونه نفعی برای بستانکار به همراه ندارد. برای مثال یک مهندس معمار که مسوول طراحی نقشه یک خانه است، مطالعاتی را در این باب آغاز می‌کند. اما سرانجام به مشتری هیچ پروژه‌ای را تحویل نمی‌دهد یا موقعی که ارسال کننده، کالای فاسد شدنی را به متصدی حمل تحویل می‌دهد. اما او تنها بخشی از مسیر مورد تعهد را طی می‌کند و مال التجاره هنگامی به مقصد می‌رسد که قابلیت انتفاع خود را از دست داده است (Viney, op.cit, N.251-1).

متعهد در این صورت نمی‌تواند ادعا نماید که بر مبنای ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی و اجرای بخشی از تعهد، شرط کیفری تقلیل یابد؛ زیرا عملیات وی هیچ گونه عوایدی را برای متعهد به همراه نداشته است ولو اینکه متعهد در انجام اعمال مزبور متحمل هزینه‌های سنگینی شده باشد. در واقع تعدیل بر مبنای اجرای جزئی با توجه به منافع حاصله به وسیله متعهد له - و نه هزینه‌های معموله توسط متعهد - صورت می‌گیرد.

۲.۲.۱. اثر توافق متعاقدين: با اثبات اجرای جزیی قاضی حق تعدیل کیفر قراردادی را دارد، ولو اینکه در قرارداد مانعی برای توانایی تجدید نظر قضایی درج شده باشد. اما گاهی طرفین قرارداد پیشاپیش یک کیفر متغیر متناسب با درجه اجرای قرارداد را شرط می‌کنند، یا اینکه به طور کلی تاثیر اجرای جزیی را بر روی مبلغ کل شرط کیفری در قرارداد درج می‌کنند، آیا می‌توان به استناد اصلاحیه قانونی مبنی بر اینکه هر شرط مغایر با توانایی تعدیل قضایی نانوشته محسوب می‌شود، چنین شرطی را غیر قابل استناد معرفی نمود؟

شعبه بازرگانی دیوان کشور فرانسه در تاریخ ۲۱ ژوئیه ۱۹۸۰ در این خصوص چنین اظهار نظر کرد: "وقتی طرفین یک قرارداد، خود میزان تقلیل کیفر متناسب با طول دوره اجرای تعهدات مستاجر را پیش بینی می‌کنند، تنها ویژگی به طور آشکار گزاف کیفر مورد توافق می‌تواند تعدیل این شرط را توجیه کند" (Ibid, N.251-1).

به این ترتیب در بسیاری از قراردادها همچون اجاره به شرط تملیک، لیزینگ و ... که کیفری متغیر که مبلغ آن بسته به میزان اجرای تعهد متفاوت است، شرط می‌شود، اعمال ماده ۱۲۳۱ منتفی و صرفا ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی در صورت تحقق شرایط لازم قابل اعمال باشد. این تصمیم رویه قضایی مورد انتقاد بسیاری از نویسندگان بوده است (Terre, Op.cit, N.607-b).

به طوری که آن را مخالف قصد قانونگذار می‌دانند و لذا در پی این استنتاج هستند که ممنوعیت تقلیل کیفر در صورت پیش بینی نتایج اجرای جزیی توسط متعاقدين، در صورتی است که ارزیابی طرفین قرارداد با میزان اجرای تعهد و منافع حاصل از آن متناسب باشد (Viney, Op.cit: 251-1). معهدا به نظر می‌رسد رویه قضایی درباره عدم مداخله قضایی در فرض پیش بینی اجرای جزیی توسط متعاقدين، تثبیت شده است (Tourneau, Loic Cadiet, Op.cit: 1222).

۳.۲.۱. اعمال توامان ماده ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱: اصلاحیه ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی تصریح می‌کند که این توانایی تعدیل بدون اخلال در اعمال ماده ۱۱۵۲ اجراء می‌شود. از این حکم قانون چه نتیجه‌ای عاید می‌شود. از یک سو نویسندگان از این حکم برای تعدیل شرط کیفری در مواردی استفاده می‌کنند که ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی قابل اجراء نیست (Chabas, op.cit: 641-2).

یعنی در صورتی که تعهد اصلی تجزیه پذیر نباشد، یا اینکه طرفین نتایج اجرای جزیی را شرط کنند در غیاب اعمال ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی شرط کیفری گزاف یا ناچیز بر اساس ماده ۱۱۵۲ قابل تجدید نظر است. اما از سوی دیگر حکم ماده ۱۲۳۱ اجازه اعمال توامان هر دو متن قانونی را می‌دهد، بدون اینکه درباره نحوه اجرای این مجوز در دکتترین و رویه قضایی اتفاق نظر وجود داشته باشد.

یک دیدگاه آن است که ابتدا باید سوء استفاده- افراط یا تفریط آشکار- را با استفاده از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی از میان برد و سپس شرط کیفری تعدیل شده را متناسب با اجرای جزئی به استناد ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی تقلیل داد (Viney, op.cit: 261-2).

اما دیدگاه دیگر در پی آن است که قاضی ابتدا شرط را متناسب با اجراء کاهش دهد و سپس مجدداً در صورتی که مبلغ کاهش یافته گزاف باشد، به تعدیل آن مبادرت ورزد (Tourneau, Loic Cadiet, op.cit: 1222).

تفاوت عملی تقدم و تأخر استفاده از ماده ۱۱۵۲ یا ماده ۱۲۳۱ روشن نیست و نویسندگان نیز علیرغم بیان دیدگاه‌های خود، هیچ گونه آثار عملی بر نظر خود مترتب نکرده‌اند. اما آنچه که روشن است ادغام این دو شیوه تجدید نظر امکان پذیر نیست. زیرا معیار تجدید نظر و وسعت قلمرو آن در هر یک از دو شیوه کاملاً متفاوت است. تعدیل در ماده ۱۲۳۱ (اجرای جزئی) متناسب با منافع حاصله است. در حالی که در ماده ۱۱۵۲ (شرط صراحتاً گزاف یا ناچیز) قانونگذار و رویه قضایی در پی مقابله با سوء استفاده از شرط کیفری است و صرفنظر از عواید حاصله توسط متعهدله به تعدیل شرط کیفری می پردازد. اگرچه در خصوص میزان مداخله قضایی در این قسم اخیر نیز اختلاف نظر بوده و دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده است.

۲. حقوق انگلیس:

در حقوق انگلیس هر بحثی راجع به توافق بر خسارت با تقسیم توافق به شرط خسارت مقطوع (Liquidated damages clause) و شرط کیفری (Penalty clause) آغاز می‌گردد. تغییر شرط کیفری از طریق دخالت مقام قضایی سابقه دیرینه در حقوق انگلیس و به طور اعم در سیستم کامن‌لا دارد. دادگاه‌های انصاف از قرن ۱۶ میلادی با صدور قرار منع بستانکار را از دریافت مبلغ گزاف مندرج در سند وثیقه برحذر می‌داشتند. از این رو بستانکاران برای وصول تمام مبالغ مندرج در سند وثیقه به محاکم کامن‌لا روی آوردند. اما قانون سال ۱۶۹۷، وضعیت نامناسب حاصل از تراکم دعاوی را از دوش کامن‌لا برداشت. به موجب این قانون خواننده که تعهد را به طور ماهوی ولو غیر دقیق انجام داده بود، قادر بود تا این اجراء را به عنوان مانعی در دعوی جریمه قراردادی مطرح نماید. همچنین در جایی که تعهد - که بر مبنای آن سند تضمین صادر شده است - پرداخت مبلغی پول است، اگر مدیون آن مبلغ را به همراه منافع پرداخت معوقه به دادگاه پرداخت می‌کرد، دعوی جریمه متوقف می‌گردید (D.J.Ibbetson, 2001: 213,219).

تحول حقوق انگلستان درباره شرط کیفری سرانجام با دو دعوایی که در ابتدای قرن بیستم توسط مجلس اعیان مورد رسیدگی قرار گرفت، تکامل یافت. آراء مجلس اعیان در این دو دعوی تا حدی از ثبات و قطعیت در حقوق انگلستان را تامین نمود. اگرچه همچنان آرای مشاهده می‌شود

که حداقل در ظاهر با معیارهای کلی شرط کیفری هماهنگ نیستند. به طوری که در شرایط یکسان، شرط توافق بر خسارت بعضاً به عنوان شرط کیفری و بعضاً به عنوان خسارت مقطوع توصیف شده است. از جمله این دعاوی، در زمینه شرط خسارت ناظر به نقض تعهدات مختلف وجود دارد که در بحث مربوط به معیارهای تعدیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

دو دعوایی که مبنای شناخت شرط کیفری در سالهای بعد بوده است و اصطلاحاً به عنوان "دعای کلاسیک" شناخته می‌شود^۱ به قرار زیر است:

دعای: "کلاید بانک..."^۲ که در واقع یک فرجام خواهی اسکاتلندی، در مجلس اعیان است. در این دعوی دادگاه به ماهیت معامله توجه نموده و تاکید کرد که یک شرط طاقت-فرسا (Extravagant)، غیرمعقول (Unconscionable)، یا گراف (Exorbitant) اجراء نخواهد شد. به علاوه به موجب تصمیم مجلس اعیان در هنگامی که ارزیابی زیان در زمان امضاء قرارداد غیر ممکن باشد، توافق متعاقبین بر خسارت مقرون به صحت فرض می‌شود.

در دعوی دوم یعنی دعوی "دانلوپ..."^۳ اظهارات "لرد دانه دین" (Lord Dunedin) توصیف حقوق انگلستان و تجمیع رویه قضایی است که در طی سالهای متمادی به طور جزئی در دعاوی گوناگون مطرح شده است.

معیارهای مطرحه در این دعوی سابقه و تحولات بعدی راجع به آن، مبنای بحث این مقاله در ارتباط با تعدیل وجه التزام در حقوق انگلیس است. لذا لازم است به منظور اشراف و مطالعه جامع مطالب آینده معیارهای "لرد دانه دین" و اقتباس وی از نتایج آرای قضایی ذکر شود. او نتایج زیر را از آرای قضایی استخراج نمود:

۱- عبارت مورد استفاده طرفین قاطع نیست: این دکترین تقریباً در بسیاری از پرونده های انگلیسی یافت می‌شود. اگرچه میزان اهمیت الفاظ و عبارت طرفین طی سالهای مختلف در رویه قضایی موجب اختلاف نظر بوده به طوری که از پذیرش مطلق الفاظ طرفین تا رد مطلق آن طرفدارانی داشته است. حقوق انگلیس سرانجام به یک حد میانه در این خصوص دست یافته است.

۲- ماهیت شرط کیفری تهدید متخلف است و ماهیت خسارت مقطوع پیش بینی واقعی زبان است.

۳- تعیین نوع شرط مساله‌ای تفسیری است که بر طبق شرایط زمان انعقاد قرارداد و نه هنگام نقض قرارداد تصمیم گیری می‌شود.

۴- برای کمک به انجام وظیفه تفسیر معیارهای مختلفی پیشنهاد شده است.

1. The classic cases (Scotlawcom.gov.uk., op.cit, p. 10)

2. Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v. Castaneda (1904) 7 F (HL) 77

3. Dunlop pneumatic Tyre co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd (1915) AC 79

a- اگر مبلغ شرط در مقایسه با بیشترین زیان قابل تصور ناشی از نقض، گزاف و غیر معقول باشد، یک شرط کیفری است.

b- اگر نقض قرارداد مشتمل بر عدم پرداخت پول باشد و مبلغ مورد شرط بیشتر از مبلغی است که باید پرداخت می شد.

c- این فرض (و نه بیشتر از آن) وجود دارد که اگر یک مبلغ مقطوع صرفاً به عنوان جبران خسارت در صورت وقوع یک یا چند حادثه مختلف قابل پرداخت باشد که برخی وقایع دارای آثار جدی و برخی دیگر دارای خسارت جزئی است، این مبلغ یک مجازات است.

d- اگر نتایج نقض قرارداد چنان است که پیش بینی دقیق آن غیر ممکن است، مانعی نیست که مبلغ شرط را پیش بینی واقعی خسارت تلقی کنیم.

تمامی معیارهای مندرج در رای دعوی "دانلوپ..." و نیز نتایج آرای قضایی ریشه در تصمیمات قبلی دادگاه های انگلیس دارد؛ به طوری که هنر "لرد دانه دین" جمع آوری رویه قضایی پراکنده انگلیس، طرد عقاید و آراء ضعیف و ایجاد حداقلی از ثبات در آرای آینده و نیز ایجاد اطمینان برای طرف های قرارداد است، که بر اساس معیارهایی مدون بتوانند به دقت نتایج روابط معاملاتی خود را پیش بینی کنند. به طوری که برخی از شروط قراردادی به تدریج در عرف بازرگانی و عرف قضایی اعتبار مطلق یافته اند و هیچ گاه موضوع مداخله قضایی نبوده اند. دسته ای دیگر نیز از شروط توافق بر خسارت بر حسب تجربه قضایی به عنوان شرط کیفری تثبیت شده اند و دادگاه ها همواره چنین شروطی را مصداق شرط قابل تعدیل می شناسند.

"لرد وولف" (Lord Woolf) در رای سال ۱۹۹۳ شورای سلطنتی (Privy Council) اظهار داشت که دادگاه ها عمدتاً باید در جایی مداخله کنند که قرارداد متضمن «دو طرفی که قادر به حمایت از منافع تجارتي خود هستند، نباشد. همچنین در جایی که یکی از طرفین قرارداد قادر است درباره انتخاب شروط معامله بر طرف دیگر تفوق و تسلط یابد، دادگاهها باید بیشتر مراقبت نمایند تا خسارت قابل مطالبه گزاف نباشد (Poole . op.cit: 9-10-4-1).

اما می بایست توجه نمود که توازن در تعهدات متقابل، متعاقدين لزوماً به معنای صحت وجه التزام توافقی نیست و تعادل حقوق و تعهدات علیرغم اینکه در برخی آراء مورد استقبال قرار گرفته است، هنوز نتوانسته است که معیارهای مورد نظر "لرد دانه دین" را از میدان به درکند. از جمله در دعوی در سال ۲۰۰۳^۱ در حالی که هیچ گونه تسلطی از جانب یک طرف بر دیگری وجود نداشت، به دلیل اینکه مبلغ شرط گزاف است، مشمول قواعد منصفانه جبرانی علیه مجازاتها قرار گرفت، ولو اینکه شرط دیگری به نفع متعهد متخلف در قرارداد درج شده و تعادل میان طرفین

1. Jeancham Ltd v. Barnet Football Club [2003] EWCA civ 58, 92 con LR 26

برقرار باشد. به زعم دادگاه فرجام اگر وجه التزام، آشکارا پیش بینی واقعی خسارت نباشد، وجود یک چارچوب تجارتی هیچ گونه تغییر در اعمال اصول کلی مربوط به شروط کیفری ایجاد نمی کند (Ibid, 9-10-3).

۱.۲. بطلان یا تعدیل شرط کیفری:

تصور کلی بر این است که توصیف یک شرط به عنوان مجازات در حقوق انگلیس موجب می شود که شرط به طور کامل غیر قابل اجرا باشد و طلبکار ناچار است برای جبران زیان واقعی خود به مطالبه خسارت غیر مقطوع (unliquidated damage) مطابق قواعد عمومی روی آورد. دادگاه های انگلیس در هر دعوای توافقی بر خسارت با اولین مساله ای که روبرو هستند تفکیک میان خسارت مقطوع و شرط کیفری است. نویسندگان حقوق انگلیس نیز از همین رویه تبعیت کرده اند و در ابتدای مباحث تاکید نموده اند که اگر دادگاه تصور نماید توافق طرفین یک کیفر است، آن مبلغ قابل مطالبه نیست و طرف بی تقصیر (Innocent party)، با یک دعوای معمولی، مطالبه خسارت رها می شود که می بایست به وسیله دادگاه به شیوه معمول ارزیابی شود (P.S. Atiah, Stepphen A smith, 2005: 391). این رویکرد نویسندگان کشورهای دیگر را نیز به این نتیجه رهنمون ساخته که شرط کیفری در حقوق انگلیس باطل و غیر قابل اجراء است (عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۰) و توافق طرفین تنها در صورتی نافذ است که به قصد جبران خسارت زیان دیده واقع شده باشد. وجهه تهدید آمیز یا وجهه تضمینی توافق بر خسارت که در رویه قضایی برای شناسایی ماهیت شرط کیفری استفاده می شود، بر حسب ظاهر به معنای نفی اعتبار شرط کیفری در حقوق انگلیس است.

اگرچه هیچ قاعده منصفانه ای راجع به خسارت در جایی که شرط به عنوان کیفری اعلام شده است، وجود ندارد، اما دادگاه تجدیدنظر در سال ۱۹۸۹ ابراز داشت که شرط کیفری به طور مضیق و مطلق یک شرط قراردادی باقی می ماند و الغا نمی گردد. طرف بی تقصیر می تواند بر مبنای شرط اقامه دعوی کند، اما آن شرط مافوق مبلغی که معرف زیان واقعی اوست، اجراء نخواهد شد^۱ (Chitty, 2004: 26-109).

در بسیاری از دعوای تفکیک میان مطالبه محدود شرط کیفری - متناسب با زیان واقعی - و دعوای خسارت غیر مقطوع عمدتاً جنبه نظری دارد. زیرا هر دو به نتیجه یکسانی ختم می شود و زیان دیده نمی تواند بیشتر از زیان واقعی خود را مطالبه کند.

اما در جایی که موضوع شرط کیفری به جای پرداخت مبلغی پول، متضمن انتقال مالکیت کالای معین است، تفکیک مزبور حاوی آثار عملی مهمی است. دعوای Jobson علیه Jhonson نیز از

1. Jobson v fohnson [1989] 1 W.L.R.1026, 1040.

همین طیف بوده و مشتمل بر انتقال مالکیت سهام است. خواننده برای خرید سهام یک باشگاه فوتبال در قبال ۳۵۰/۰۰۰ پوند که در هفت قسط قابل پرداخت بود، قرارداد بست. دادگاه برحسب رای اکثریت به مدعی رای اجرای عین تعهدات را اعطاء نمود، مشروط بر اینکه ارزش مال مورد شرط که قابل مطالبه است، از میزان خسارت مدعی تجاوز نکند (McGregor, 2003: 430).

شایان ذکر است که دادگاه ها به طور سنتی، در مقام مقابله با شروط کیفری، صرفاً از تنفیذ و ترتب اثر بر شرط خودداری می کردند. اما هم اکنون رویه قضایی در ذیل دعوای مطالبه خسارت توافقی به ارزیابی خسارت در کامن لا می پردازد و مقدار شرط کیفری را به میزان ارزیابی انجام شده تنزل می دهد (Chitty, op.cit: 26-109).

۲.۲. قلمرو تعدیل وجه التزام:

آیا شروطی هستند که علیرغم توافق متعاقدين به عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد از ورطه نظارت و بازرسی قضایی مصون باشند؟ از سوی دیگر واکنش قضایی به شروطی که تحت عنوان شرط کیفری پوششی برای رهایی از مداخله قضایی رواج یافته چیست؟ نکته دیگری که در این قسمت جای بررسی دارد اینکه معیارهای نظارت بر شرط کیفری به طور کلی به شروطی می پردازد که در مقایسه با زیان واقعی قابل پیش بینی به طور غیر متناسبی زیاد است. موضع حقوق انگلیس در مقابل شروط متضمن مقادیر کم یا ناچیز چیست و آیا افزایش میزان شرط مجاز است؟

۱.۲.۲. شرط حال شدن دین: در جایی که توافق طرفین مقرر می دارد در صورت تخلف در پرداخت به موقع یک یا چند قسط، کل دین حال می شود، چنین توافقی به طور کلی به عنوان شرط کیفری تفسیر نخواهد شد.

شرط تسریع در پرداخت دین - حال شدن دین (Acceleration clause) - به طور تاریخی در قراردادهای اجاره یا استقراض (Finance Leases) مشاهده می شود حقوق انگلیس چنین شرطی را یک شرط کیفری تلقی نمی کند، اگرچه به زعم متعهد، حال شدن دین مشتمل بر تعسر بسیار زیاد باشد (MCWendrick, op.cit: 1130).

این قاعده کلی تفسیر است که پرداخت مبلغ بیشتر در صورت نقض تعهد به پرداخت مبلغ کمتر، می تواند یک کیفر محسوب شود. اما در جایی که مبلغ شرط بخشی از یک دین بزرگتر است، قاعده کلی اعمال نخواهد شد. آنچه که شرط پرداخت فوری - معجل - را از سایر شروط متمایز می سازد این است که در شرط پرداخت فوری کل دین موجود بوده و وجه آن می بایست پرداخت می شد اعم از اینکه نقض تعهد وجود داشته باشد یا خیر (Ibid, p: 1130).

۲.۲.۲. شرط کیفری مخفی: قواعد حقوقی راجع به مجازاتها نسبت به بسیاری از مبالغ قابل پرداخت به موجب یک قرارداد قابل اعمال نیست، ولو اینکه مبالغ مزبور گزاف و ظالمانه باشد. از جمله در جایی که خواهان مبلغ توافقی شده ای را مطالبه می کند که در عوض اجرای تعهدات خود از خواننده طلب دارد. (دین) (Ibid, N .26-118).

تمایز میان دین و خسارت مقطوع در دعاوی متعدد مورد تایید رویه قضایی قرار گرفته و به تایید مجلس اعیان نیز رسیده است. از آن جمله در یک دعوی متضمن قرارداد اجاره،^۱ مالک می توانست وارد مایملک خود شده و تعمیراتی را که مستاجر می بایست بر طبق تعهدات خود انجام دهد، به عمل آورد و سپس هزینه های تعمیر را از مستاجر مطالبه نماید. دادگاه اعلام کرد که ماهیت مبلغ قابل مطالبه به وسیله مالک، یک دین (Debt) است و بنابراین کیفر محسوب نمی شود (Lewison, op.cit: 15-1).

چنین توافقی به عنوان شرط کیفری پوششی یا مخفی (Disguised Penalty Clause) یا شرط کیفری مخفی شناخته می شود. این عنوان برای اولین بار توسط قاضی بینگهام (Bingham LS) در دعوی در سال ۱۹۸۹^۲ به کار رفت. در ماده (۲) از قرار داد موضوع دعوی آمده بود که همه اقلام می بایست ظرف ۱۴ روز از تاریخ تحویل اعاده شود. در ازای هر روز نگهداری بیشتر اقلام، باید ۵ پوند پرداخت شود. مگر در جایی که طرف دیگر قرار داد به طور کتبی با تمدید مدت موافقت کرده باشد. اگر ماده (۲) به مستاجر این اختیار را اعطاء کند که در ازای پرداخت مبلغ بیشتر، مدت بیشتری کالای موضوع قرارداد را در تصرف خود نگه دارد، قواعد شرط کیفری به دلیل فقدان نقض قرارداد توسط مستاجر اعمال نخواهد شد. اما اگر مستاجر با نقض قرارداد موضوع اجاره را بیشتر از مدت اجاره نگه دارد، قواعد مقابله با شرط کیفری اعمال می شود. بنابراین اعمال قدرت تعدیل قضایی به تفسیر عبارت قرارداد وابسته است (Mckenderick, op.cit: 1131). حمایت از متعهد متخلف، چنان مورد انتقاد قرار گرفت که "لرد دنینگ" (Lord Denning) در سال ۱۹۶۲^۳ ابراز داشت که انصاف دچار تناقضی مضحک شده است. زیرا از شخصی که قرارداد خود را نقض کرده است، حمایت می کند. اما کسی که قرارداد خود را محفوظ داشته است، مجازات می کند (Koffman, 1998: 57).

۳.۲.۲. وجه التزام ناچیز: گاهی توافق متعاقدين بر مبلغی کمتر از زیان واقعی انجام می گیرد. آیا متعهدله در صورت تحقق خسارت بیشتر، می تواند علاوه بر وجه التزام مقطوع، مبلغ زیان واقعی را

1. Jervis v. Harris [1996] ch. 195, C.A.

2. Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All.E.R.348 , 358

3. Bridge v. Campbell Discount Co [1962] AC 600

نیز مطالبه کند، یا اینکه به طور کلی از وجه التزام صرفنظر نموده، برای مطالبه خسارت غیر مقطوع بر طبق قواعد کامن لا طرح دعوی نماید؟

عده‌ای از نویسندگان اعتقاد دارند که اگر زیان واقعی بیشتر از میزان شرط باشد، طرف غیر متخلف باید بتواند زیان واقعی خود را که رقمی بالاتر است، مطالبه نماید (Poole, op.cit: 9-10-2-1). این اعتقاد در طیف خاصی از قراردادهای اجاره کشتی توسط رویه قضایی مشروعیت یافته است.^۱ در جایی که قرارداد اجاره کشتی متضمن این شرط است که مجازات عدم اجرای این توافق از مبلغ کرایه تجاوز نمی‌کند، دادگاه اعلام کرد که شرط مورد نظر، یک مجازات است نه محدودیت در مسوولیت. بنابراین خواهان اجازه دارد در قبال زیان واقعی خود مطالبه خسارت کند، اگر چه از مبلغ کرایه تجاوز نماید (Chitty, op.cit: 26-125). مجلس اعیان نیز در دعوی با موضوع مشابه، همین نتیجه را مورد تایید قرار داد.^۲

این استدلال مباحث آکادمیک قابل توجهی را برانگیخت. در عمل نیز زیان‌دیده(خواهان) که زیان واقعی او بالاتر از مبلغ شرط است، تشویق می‌شود که استدلال نماید وجه التزام مورد توافق یک شرط کیفری غیر قابل اجراء است. نکته قابل توجه داخلی است که میان شروط محدود کننده مسوولیت و شرط کیفری ناچیز وجود دارد. از آنجا که صلاحیت منصفانه برای تعدیل شرط کیفری درباره شروط محدودیت مسوولیت اعمال نمی‌شود، متخلف(خواننده) تمایل دارد تا توافق دو طرف را به عنوان محدودیت مسوولیت بشناسد و زیان‌دیده را از مطالبه مبلغ بیشتر بازدارد. دکترین حقوقی نیز بعضاً با این استدلال همراهی نموده و اظهار می‌دارد شروطی که مبالغی کمتر از زیان احتمالی تعیین می‌کند، به وسیله قواعد ناظر به شروط محدودیت مسوولیت تنظیم می‌شود (P.S.Atiyah, Stephen A.Smith, op.cit: 391).

این دو نوع شرط با وجود آثار عملی مشابه یکدیگر، در عنصر مقطوع بودن مبلغ شرط تفاوت بارزی دارند. یعنی اینکه شرط محدودیت مسوولیت صرفاً سقف خسارت قابل مطالبه را تعیین می‌کند و زیان‌دیده همچنان مکلف است که ورود خسارت در حدود میزان مندرج در قرارداد را ثابت نماید.

۳. حقوق ایران:

در نظام حقوقی ایران تفکیکی میان شرط کیفری و وجه التزام مقطوع وجود ندارد. همچنین حقوق موضوعه هیچ گونه تمایزی میان وجه التزام گزاف و اجحاف آمیز با شروط عادی توافق بر خسارت

1. Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude [1915] 3 k. B.66

2. Watts, Watts & Co Ltd v. Mitsui & Co Ltd [1917] A.C.227

قائل نشده است. فقه امامیه به عنوان یکی از منابع حقوق موضوعه با وجود مباحث متعدد درباره اصل جواز و اعتبار توافق طرفین بر خسارت با مفهوم تعدیل وجه التزام بیگانه است. به زعم برخی فقهای معاصر این گونه شروط دارای غرض عقلایی است و چون خلاف شرع و خلاف مقتضای عقد نیست، در نتیجه صحیح و لازم الوفاء است (صانعی، ۱۳۸۴، صص ۲۰۲ و ۲۰۳).

ضابطه کلی فقهی برای صحت شرط جزایی عبارت است از اینکه نه مبتنی بر امر باطلی باشد - مثل عقد باطل - و نه امر باطلی را در پی داشته باشد - مثل ربا - در این صورت چنین شرط صحیح و لازم الوفاء است (تسخیری، ۱۳۸۴: ۸۳).

چنانکه مشهود است مباحث فقهی، در دو سوی بطلان یا صحت شرط وجه التزام جریان دارد. به طوری که در فرض صحت شرط وجه التزام، وفای شرط واجب و تکلیف شرعی است و عموم آیه شریفه اوفوا بالعقود شامل شرط می شود (همان: ۷۹) همه نگرانی فقها، در رعایت چارچوبهای سنتی، اعتبار شرط ضمن عقد خلاصه می شود، به طوری که از یک سو بر عدم اعتبار تعهد ابتدایی در پرداخت وجه التزام اشاره می کنند و از سوی دیگر به دنبال اجتناب از مقررات ربا هستند؛ به همین دلیل متعرض مسائلی همانند ارتباط میزان شرط با میزان خسارت نشده اند و آن را جزو ارکان صحت وجه التزام نمی دانند، بلکه حتی به منظور برقراری فاصله کامل از شبهه ربا پیشنهاد نموده اند که مبلغ جریمه مالی بیش از قیمت فایده - بهره - رایج پول باشد (تسخیری، ۱۳۸۲: ۳۵، ۷۱).

حقوق موضوعه نیز در صیانت از اصل لزوم قرارداد چنان پیش رفته است که محکمه را از دخل و تصرف در وجه التزام مورد توافق طرفین بازداشته است. اقتباس ناقص از قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه باعث شده که قانون مدنی کشور ما بر حسب ظاهر حتی از نظام آزاد قرن نوزدهم اروپایی پا فراتر گذارد. قانونگذار صرفاً اصل پذیرش مطلق وجه التزام را از قانون مدنی فرانسه ترجمه و تصویب نموده است. بدون آنکه محدودیت های آن را نیز به همراه آورد (عدل، ۱۳۷۳: ۱۳۷).

اعتبار مطلق شرط وجه التزام بر اساس اصل حاکمیت اراده توجیه می شود این اصل اقتضاء می کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت معتبر و الزام آور باشد. همچنین تعهد به وجه التزام مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. الزام آور است. اگر چه چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل تعهد باشد (امامی، ۱۳۷۸: ۲۵۰).

مطابق اظهار نظری دیگر تعیین مقدار بخصوصی توسط طرفین متضمن انصراف از کم و زیادی خسارت واقعی است (حائری، شاهباغ، ۱۳۷۶: ۲۰۸). نظریات فوق الذکر اعمال نامحدود توافق متعاقبین بر وجه التزام را توجیه می کند و با ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی منطبق است. قانون هیچ مرزی برای مقدار وجه التزام تعیین نکرده است و اطلاق ماده ۲۳۰ ق.م. اقتضاء دارد تا متعهد

متخلف در صورت تقاضای متعهدله وجه التزام را پرداخت کند هر چند که واقعاً خسارتی به متعهد نرسیده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۸).

در دعوی مطالبه وجه‌التزام مندرج در قولنامه معامله قنوت، خوانده دفاع می‌کند که در نتیجه خودداری خریدار قولنامه ضرری به فروشنده وارد نشده است تا وجه‌التزام برای جبران آن قابل مطالبه باشد. اما شعبه ۴ دادگاه بخش تهران با رد دفاع خوانده اظهار می‌دارد، نظر به اینکه به موجب ماده ۲۳۰ ق.م.، وجه التزام مندرج در سند ارتباطی با میزان واقعی خسارت خواهان ندارد و دادگاه نمی‌تواند در میزان آن تغییری دهد، لذا دعوی ظاهراً به نظر صحیح است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۰۳-۴۰۲).

همچنین مطابق رای صادره در تاریخ ۱۳۷۰/۱۰/۲۱ از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور حاکم باید بر اساس ماده ۲۳۰ قانون مدنی متخلف را به تادیه همان مبلغ وجه التزام محکوم نماید نه بیشتر و یا کمتر (بازگیر، ۱۳۷۷: ۲۷۸).

آثار سوء ناشی از اجرای بی‌قید و شرط توافق بر وجه التزام به تدریج و بعد از چند دهه از تصویب قانون مدنی نمایان شده است. به ویژه اینکه جایگاه مقرراتی جامع در حمایت از مصرف‌کننده در حقوق موضوعه کشور ما همچنان خالی است و طرف ضعیف قرارداد در مقابل شروط ظالمانه مندرج در قراردادهای الحاقی ملجأ و پناهگاهی ندارد. تاثیرپذیری قوانین جدید از نمونه‌های خارجی باعث شده است تا سوءاستفاده از قدرت اقتصادی و تحمیل شروط ظالمانه در حقوق موضوعه نیز مورد مخالفت قرار گیرد و قانونگذار همراه با تحولات دنیای جدید از شدت نتایج نامطلوب ماده ۲۳۰ قانون مدنی بکاهد. غیر از ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی درباره قراردادهای مصرف که شرح آن در مقدمه آمد، ماده ۴۵ قانون اجراء سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ نیز در بند (۲-ط) سوءاستفاده از قدرت اقتصادی مسلط از طریق تحمیل شروط قراردادی غیرمنصفانه را ممنوع اعلام کرده است و در ماده ۶۱ به شورای رقابت اجازه داده است تا در صورت احراز رویه‌های ضدرقابتی دستور فسخ قرارداد، استرداد اموال دریافتی و جریمه نقدی صادر کند؛ اما این قانون نیز در ساختار ناشی از ماده ۲۳۰ قانون مدنی تغییر اساسی ایجاد نکرده است. از یک سو اقداماتی ممنوع است که به اخلال در رقابت منجر شود. تاکید قانونگذار در استفاده از "واژه رویه‌های ضدرقابتی" مبین پرهیز قانونگذار از مداخله در معاملات روزمره اشخاص است. در بند ۲۰ ماده یک این قانون اخلال در رقابت به اعمالی اطلاق شده است که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود. همچنین در بند ۱۵ ماده یک سوءاستفاده از قدرت اقتصادی مسلط که قیدی ضروری در ماده ۴۵ این قانون برای

کنترل شروط غیرمنصفانه است، تعریف شده است: وضعیتی در بازار که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی و یا حقوقی قرار گیرد.

با توجه به قلمرو بسیار مضیق قوانین جدید، می‌بایست با تکیه بر تفسیر قانون یا استفاده از اصول حقوقی به دنبال استخراج قواعدی بود که سوء استفاده از حاکمیت اراده و اصل لزوم قرارداد را به حداقل برساند:

۱.۳. تعدیل شرط غیر متناسب:

در حقوق ایران، به منظور همراهی با تحولات دنیای معاصر و اجتناب از انحراف وجه التزام، از مبنای واقعی مد نظر قانونگذار دو رویکرد اتخاذ شده است. رویکرد اول به دنبال ارائه استنباطی جدید از توافق متعاقدين یا تفسیری بدیع از قانون است و عدم اعمال شروط اجحاف آمیز را موافق قصد مشترک طرفین یا حکم ماده ۲۳۰ ق.م. می‌داند. در این رویکرد، عدم اجرای شرط گزاف یک استثناء یا مانع محسوب نمی‌شود بلکه شرط به دلیل فقدان قصد انشاء یا فقدان عناصر مورد نظر قانونگذار قابلیت اجراء ندارد رویکرد دیگری که برای تعدیل شروط غیر متناسب اتخاذ شده است، اصل اعتبار مطلق وجه التزام را تایید می‌کند. اما با اعمال قواعد ثانویه، از جمله نظم عمومی یا عسر و حرج، یا تمسک به برخی قوانین خاص، مانعی در اجرای شروط غیر متعارف ایجاد می‌کند. در این گفتار رویکرد اول تحت عنوان عدم قابلیت مطالبه شروط غیر متناسب و رویکرد دوم تحت عنوان جهات حقوقی تعدیل وجه التزام مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱.۳. تفسیر اراده متعاقدين: توافق بر وجه التزام و نیز شرایط مطالبه وجه التزام، بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها مبتنی است. اما عدم اجرای شرطی که حاوی مبلغ نامتناسب با "خسارت احتمالی واقعی" است با اصل حاکمیت اراده منافاتی ندارد. می‌توان ادعا کرد که در زمان اندراج شرط، هیچ یک از طرفین واقعاً اجرای آن را قصد نکرده اند و متعهد هرگز قصد نقض قرارداد را ندارد. مقصود اولیه متعهدله نیز زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد است (عابدیان، ۱۳۸۵: ۲۰).

بنابراین استدلال داین از درج وجه التزام غیر متناسب صرفاً وجهه تهدید آمیز و تضمینی آن را در نظر داشته است. بدون اینکه کارکرد دیگر وجه التزام که بعد از وقوع تخلف بروز می‌نماید و همانا جایگزینی خسارت است در قصد طلبکار وارد شود. مدیون نیز صرفاً با این دلیل شرط را می‌پذیرد که اطمینان خاطر دارد قرارداد نقض نمی‌شود و شرط غیر متناسب به مرحله اجراء در نمی‌آید. لذا اجرای شرط مزبور در قصد مشترک متعاقدين وارد نشده است.

هیچ گونه دلیلی برای انتساب قصد عدم اجرای وجه التزام غیر متناسب به متعهدله وجود ندارد و این استنتاج در نهایت نه تنها وجهه جبران خسارت را نفی می کند بلکه صبغه تهدیدآمیز شرط را نیز زایل می سازد. زیرا که مدیون می داند حتی در فرض وقوع تخلف، شرط اجراء نخواهد شد و داین ناچار خواهد بود مطابق قواعد عمومی به اقامه دعوی خسارت بپردازد به علاوه وجود قصد نقض قرارداد در ذهن متعهد از عناصر تحقق وجه التزام نیست که اکنون به دلیل فقدان قصد اولیه تخلف از قرارداد، رأی بر برائت مدیون از پرداخت وجه التزام صادر شود. به هر حال دیدگاه مزبور به کاوش در نیت باطنی هر یک از متعاقدين می پردازد بدون اینکه قرینه ای برای اثبات مقاصد درونی آنها ارائه کند و بدون اینکه نیت و مقاصد و امیال باطنی که برای تحدید وجد التزام استفاده شده است، در قصد مشترک متعاقدين وارد شود.

نکات قابل انتقاد دیگری درباره اجرای این رویکرد وجود دارد. اولاً با پذیرش چنین تفسیری امکان تعدیل وجه التزام از بین می رود و محکمه ناچار است به دلیل فقدان قصد انشاء رأی بر رد دعوی وجه التزام صادر کند. آثار ناگوار این نتیجه بر احوال داین کاملاً مشهود است. خصوصاً اینکه ثبات در معاملات دچار تزلزل جدی می شود و پیش بینی و محاسبه روابط اقتصادی ممتنع می گردد. ثانیاً نویسنده محترم، دیدگاه خود را نه تنها درباره شروط گزاف، بلکه در مورد هر گونه شرط کیفری غیرمتناسب با خسارت احتمالی واقعی تسری داده است و به این ترتیب در نهایت عنصر مجازات را از شرط کیفری حذف و موجبات مداخله وسیع دستگاه قضایی را فراهم کرده است. ثالثاً خسارت مرتبط با وجه التزام، یا یک خسارت واقعی است که بعد از وقوع تخلف و ارزیابی نتایج ناشی از نقض قرارداد احراز می شود، یا یک خسارت احتمالی است که در زمان انعقاد قرارداد توسط متعاقدين پیش بینی می شود. عبارت "خسارت احتمالی واقعی" که حاصل ترکیب دو مفهوم خسارت است، در هیچ یک از سیستم های حقوقی سابقه ای ندارد.

به نظر می رسد مبتکر این دیدگاه نیز درباره اعمال آن دچار تردید است و با استفاده از واژه "شاید" شک و تردید خود را ابراز نموده است (همان: ۲۰ و ۴۲) در صورت پذیرش این دیدگاه صرفاً در مورد شروط متضمن مبالغ بسیار فوق العاده و غیر معقول که عرفاً هیچ گونه تعهدی از توافق استنباط نگردد (ماده ۲۲۱ قانون مدنی) می توان از این نظریه استفاده نمود.

۲.۱.۳. تفسیر قانون: جبران خسارت یک از عناصر اصلی وجه التزام است. ماده ۲۳۰ قانون مدنی با ذکر "به عنوان خسارت" را در منطوق خود ضرورت چنین قیدی را بیان کرده است. بنابراین، توافق بر پرداخت مبلغ گزافی که هدفی غیر از جبران خسارت متعهدله را دنبال می کند و به انتفاع ناروای وی می انجامد نافذ نیست و حکم ماده ۲۳۰ قانون چنین شروطی را در برنمی گیرد.

لذا قاضی می‌تواند در جایی که "جهت تراضی" جبران خسارت متعهدله نیست، از اجرای توافق طرفین خودداری نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ش ۸۰۸-۲ و ش ۸۳۵).

چنین دیدگاهی تفسیری جدید از قانون مدنی است که در آراء متقدمین از جمله نویسندگان قانون مدنی سابقه‌ای ندارد، اما محققان اخیراً بیشتر به آن پرداخته و قول بطلان شرطی را که هدف جبران خسارت نداشته باشد با عدالت در روابط قراردادی موافق دانسته و بر آن صحه گذاشته‌اند (عابدیان، ۱۳۷۸: ۱۸).

عبارت به عنوان جبران خسارت (a titre de dommages- in terets) در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه که مراجع اقتباس نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است نیز وجود داشته اما نویسندگان حقوق مدنی و رویه قضایی فرانسه هیچگاه توافق مافوق مقدار خسارت را ولو اینکه تفاوت فاحشی با خسارت واقعی داشته باشد، به دلیل اینکه قید مندرج در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی منطبق نبوده است، باطل نمی‌دانند.

پذیرش این نظریه باعث می‌شود که اهداف و نتایج وجه التزام، از جمله قطعیت در روابط معاملاتی زایل شود و عنصر تضمینی یا تهدید آمیز که همان وجهه کیفری وجه التزام است نابود گردد. بعلاوه دادگاه را ناچار می‌سازد تا به ارزیابی کارشناسی خسارت و مقایسه آن با وجه التزام، که متضمن فرایند طولانی دادرسی است بپردازد و سرعت در رسیدگی منتفی شود. تنها اثری که برای وجه التزام باقی می‌ماند این است که تکالیف اثباتی راجع به مقدار خسارت واقعی بر دوش متعهد متخلف قرار می‌گیرد و اوست که باید به عنوان مدعی بار بینه را تحمل نماید.

نتایج منفی ناشی از این نظریه که موجب انحصار ماهیت وجه التزام به «توافق بر خسارت» می‌شود، موجب شده است که مبتکران این نظریه خود از آن واپس نشینند و با اشاره به اینکه شرط باطل نیاز به تصریح قانون گذار دارد، قید «به عنوان خسارت» را بر پایه غلبه بدانند. به طوری که این قید معنای نفی وجهه کیفری در نهاد وجه التزام نبوده و انتفاع ناروای متعهدله سبب بطلان وجه التزام نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۳۵).

۳.۱.۳. قاعده عسر و حرج: برخی محققان به بند (۱) ماده ۲۳۲ قانون مدنی استناد کرده و اظهار داشته‌اند که اگر متعهد از انجام وجه التزام توافقی ناتوان گردد، دادگاه می‌تواند وی را از شرط برهاند. به زعم ایشان اگر اجرای قرارداد با توجه به موقعیت مالی و اجتماعی متعهد، غیرمعقول، پرهزینه و مشکل آفرین باشد و اجرای شرط او را به فقر و فلاکت کشانده و در عسر و حرج واقعی قرار دهد، شرط غیرمقدور است. در این صورت دادگاه حق ابطال شرط را دارد. اگر شرطی موجب حرج و سختی غیرمتعارف و غیرقابل

تحمل (مالایطاق) مشروط علیه گردد، دادگاه می‌تواند آن را تعدیل نموده و به صورتی در آورد که موجب سختی و فشار غیرمتعارف نشود (عادل، ۱۳۸۰: ۹۹-۹۸).
ملاحظات متعددی بر این نظر وارد است:

نخست اینکه شرط متضمن عسر و حرج، یک شرط غیر مقدور اعلام شده که مشمول بند (۱) ماده (۲۳۲) ق.م. است. در حالی که بین عسر و حرج (تعسر) و کار خارج از قدرت و توان (تعذر) چه از حیث شرایط تحقق و چه از حیث آثار تفاوت وجود دارد. شرط غیر مقدور تحت عنوان «تکلیف مالایطاق» مورد بررسی قرار گرفته و از قاعده لاجرح خارج است (محمدی، ۱۳۸۰: ۲۰۱). در عسر و حرج مکلف عقلاً قدرت انجام آن را دارد ولی عادتاً برای او قابل تحمل نیست. در حالی که تکلیف مالایطاق حکمی است که نه عقلاً مقدور است و نه عادتاً مکلف توان انجام آن را دارد. تشریح تکلیف مالایطاق از طرف شارع امری محال و غیر معقول است. اما تکلیف به امر حرجی از سوی شارع ممکن است (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۸۱). سقوط تکلیف مالایطاق عقلی است و در همه ادیان و اقوام و ملل پذیرفته شده است (بجنوردی، ۱۳۸۹ ه. ق: ۲۱۱/۱؛ به نقل از محمدحسن صادقی مقدم، ۱۳۷۷: ۱۴۵).

به هر حال، اعم از اینکه بین تکلیف مالایطاق و شرط غیرمقدور تفاوت قائل شویم، یا اینکه رابطه منطقی تساوی بین آنها برقرار کنیم، شرط متضمن عسر و حرج در هیچ یک از دو قالب فوق‌الذکر جای نمی‌گیرد. تکلیف مالایطاق و شرط غیر مقدور دارای ملاک نوعی است. زیرا انجام شرط عقلاً و نوعاً امکان پذیر نیست. در حالی که عسر و حرج دارای ضابطه شخصی است و محکمه در هر مورد باید عروض آن حالت را نسبت به شخص خاص در مورد مخصوص با شرایط زمان و مکان معین احراز کند.

در تفاوت میان شرط مالایطاق (غیرمقدور) و شرط متضمن عسر و حرج همگان به غیر از دکتر مرتضی عادل متفق القول هستند و تفکیک میان آنها مورد تأکید نویسندگان فقهی است. نکته قابل توجه این است که شرط غیرمقدور مطابق ماده ۲۴۰ قانون مدنی برای متعهدله ایجاد حق فسخ می‌نماید. در حالی که عسر و حرج به متعهد اجازه می‌دهد تا از ضمانت اجراهای قانونی بهره‌مند شده و عنداللزوم خود را از انجام تعهد معاف سازد.

دوم اینکه ضمانت اجرای وقوع عسر و حرج در معاملات، تعدیل قرارداد یا شرط ضمن قرارداد نیست. برخی نویسندگان نتیجه عسر و حرج را زوال وصف لزوم و امکان فسخ قرارداد دانسته‌اند و این نتیجه را یکی از تفاوت‌های قاعده فقهی مزبور با نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق خارجی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۱۱۰).

سوم آنکه وجه التزام از جمله ضمانات است که جایگزین مسئولیت قراردادی است. قاعده عسر و حرج درباره اعمالی که مردم به واسطه سوء اختیار خود به آن دچار شده اند جاری نمی شود که احکام ضمانات مصداق بارز این موارد است. همچنان که جعل حکم نفی ضرر و نفی حرج از باب امتنان و لطف است جعل احکام ضمانات نیز لطف و امتنانی دیگر است تا از تعدیات صیانت شود (محمدی، ۱۳۸۰: ۲۰۵). بنا به این استدلال قاعده عسر و حرج در وجه التزام راهی ندارد.

به نظر می‌رسد قانونگذار شیوه های اعمال این قاعده فقهی را در چارچوب مسئولیت قراردادی و حتی غیر قراردادی محدود و محصور ساخته است. به طوری که متعهد نمی تواند خارج از قالب مورد نظر مقنن به یک قاعده فراخ فقهی استناده نموده و با در هم شکستن نظام مسئولیت که بر مبنای اصول و قواعد منظم پایه ریزی شده است ذینفع را با وضعیت پیش بینی نشده مواجه ساخته و او را از منافع مورد انتظار محروم سازد.

مجرای اعمال قاعده عسر و حرج در مسئولیت قراردادی، رعایت ماده ۲۷۷ قانون مدنی (صدور مهلت عادلانه یا قرار اقساط) و نیز رعایت مستثنیات دین بر طبق قانون آئین دادرسی مدنی و سایر مقررات مرتبط با اجراء است؛ به نحوی که باعث می شود تا متعهد از بابت اجرای تعهد از ابزارهای اولیه و متعارف زندگی امروز محروم نشده و دچار فقر و فلاکت نگردد.

۲.۳. تعدیل اجرای قسمتی از تعهد:

گاهی متعهد قسمتی از تعهدات خویش را ایفاء می کند و ذینفع از حاصل اقدامات متعهد متمتع می گردد. اما قرارداد به طور کلی وجه التزام را در مقابل تخلف از انجام تعهد در نظر گرفته است. بدون اینکه بین تخلف جزئی و تخلف کلی تفاوتی قایل شود. مثلاً موضوع معامله تحویل ۵۰ دستگاه خودرو است و متعهد بعد از اقباض و تسلیم نیمی از موضوع معامله، از تحویل باقی خودروها باز می ماند، بدون اینکه بتواند علت خارجی مانع ایفای تعهد را مطابق ماده ۲۲۷ قانون مدنی اثبات نماید. یا اینکه موضوع تعهد ساخت یک باب خانه است و معمار متعهد بعد از انجام مراحل مختلف ساخت، به دلایل متعدد، از اجرای مراحل نهایی کار خودداری می کند. در حالی که وجه التزام مندرج در قرارداد متضمن تجزیه بین مراحل مختلف عدم انجام تعهد نیست. به طوری که اگر متعهد حتی یک قسمت از کل را ایفاء نکند، ملزم به پرداخت تمام وجه التزام است.

نویسندگان قانون مدنی، در هنگام ترجمه ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه و درج آن در ماده ۲۳۰ قانون مدنی به طور کلی، نسبت به بخش ششم قانون مدنی فرانسه (تعهدات همراه با شرط جزایی) بی توجه بوده اند و لذا از اقتباس ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه (اجرای قسمتی از تعهد) غافل شده اند. لذا هیچ گاه خلاف آن را اراده نکرده اند و در پی ممنوع کردن قاضی از تعدیل حتی در فرض اجرای قسمتی از تعهد نبوده اند. بنابراین با توجه به اینکه قانون مدنی ایران و قانون مدنی فرانسه از اصول معینی در حقوق تعهدات پیروی می کند، می توان پذیرفت که در صورت تجزیه پذیری تعهد اصلی و انتفاع داین از اجرای جزئی تعهد، در حقوق ایران نیز قاضی از حق تعدیل وجه التزام برخوردار است. اما از آنجا که در حقوق ایران، این دیدگاه بر قصد مشترک طرفین مبتنی است و از حکم مستقیم قانونی نشأت نگرفته است، لذا اعمال تعدیل در جایی مجاز است که متعاقدین برخلاف آن شرط نکرده باشند. برخلاف قانون مدنی فرانسه که طبق اصلاحات سال ۱۹۷۵ شرط خلاف تعدیل در صورت اجرای قسمتی از قرارداد بی اعتبار بوده و نانوشته محسوب می گردد.

قبل از بررسی شرایط سه گانه تعدیل در فرض اجرای قسمتی از تعهد، لازم به تصریح است که بر خلاف نظر برخی نویسندگان، که همچنان بر عدم قابلیت تجزیه وجه التزام پافشاری می کنند و تعدیل را با مفاد ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناسازگار می دانند، (عادل، ۱۳۸۰: ۹۵) رویه قضایی تعدیل مبتنی بر تجزیه وجه التزام را پذیرفته است و با تفسیر غالب نویسندگان حقوق مدنی همراه شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ ج ۴، ش ۲: ۸۰۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۲).

در قراردادی میان سازمان چای و پیمانکار، شخص اخیر متعهد شده بود تا پایان سال، اعیانی ۷ باب خانه روستایی را تخریب کند و عرصه آن را به سازمان چای تحویل دهد و الا باید علاوه بر تحویل مورد معامله برای هر روز تأخیر مبلغ ۳۵۰۰۰ ریال به عنوان وجه التزام به سازمان چای (خریدار) بپردازد.

شعبه ۱۷ دادگاه شهرستان تهران به موجب دادنامه شماره ۵۸۰ پرونده ۱۹۶/۴۵ مورخ ۵۸/۷/۲۹ با احراز تاخیر خواننده در انجام تعهد اعلام نمود که اسناد تقدیمی دلالت دارد که تحویل مورد معامله طی فواصل زمانی متعدد در سال بعد از موعد تعهد انجام شده است، لذا چون اصل بر این است که در ازای هر روز تاخیر در تحویل هر یک از خانه ها خواننده باید مبلغ ۵۰۰ ریال بپردازد، دعوی خواهان در این حدود صحیح تشخیص داده می شود و دعوی زاید بر مبلغ فوق به علت عدم استحقاق وی محکوم به بطلان است

(پایگاه اطلاع رسانی سایت GHAVANIN.IR (معاونت آموزشی دادگستری استان تهران) وجه التزام، رای شماره ۵۳) به این ترتیب اگرچه ظاهراً وجه التزام به طور کلی در قبال تخلف متعهد شرط شده بود و حسب ظاهر با کمک ماده ۲۳۰ قانون مدنی متعهدله می توانست در ازای عدم تحویل یک باب خانه کل وجه التزام را مطالبه کند (ولو اینکه شش باب دیگر تحویل شده باشد). اما دادگاه اصل را بر تجزیه وجه التزام قرار داده، با تعیین تاریخ دقیق تحویل هر یک از ۷ باب خانه، به محاسبه میزان تاخیر و مقدار وجه التزام پرداخته است.

تجزیه پذیری تعهد اصلی، انتفاع متعهدله از اجرای جزئی و فقدان شرط خلاف تعدیل شرایط سه گانه تعدیل در فرض اجرای قسمتی از تعهد است. اگرچه بعضی استادان، به طور مطلق به تقلیل شرط جزایی به نسبت اجرای بخشی از تعهد نظر داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۶۴) اما این استنباط، با تفسیر منطقی از قصد مشترک طرفین سازگار نبوده، سزاوار نیست که متعهد، با در اختیار گرفتن جزئی از موضوع تعهد، که کلید استفاده از سایر اجزاء تعهد است، در مقام ایذاء ذینفع آید و در نهایت در پی دعوای وی صرفاً به تادیه بخشی از وجه التزام محکوم شود.

۱.۲.۳. تجزیه پذیری تعهد اصلی: همانطور که وجه التزام در بقاء یا زوال خود از تعهد اصلی تبعیت می‌کند، امکان تجزیه وجه التزام نیز از قابلیت تجزیه تعهد اصلی پیروی می‌کند. در واقع برای اعمال این فرض از تعدیل وجه التزام، نه تنها لازم است که شرط وجه التزام خود قابل تجزیه باشد، بلکه لازم است تعهد اصلی در اجزاء خود مقصود بالاصاله متعاقدين باشد. این مفهوم از ماده ۵۶۶ قانون مدنی قابل استنباط است که مقرر می‌دارد هر گاه در جعاله، عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است، مستحق خواهد بود.

۲.۲.۳. انتفاع متعهدله: نه تنها لازم است که قرار داد به طور جزئی انجام شده باشد، بلکه برای توجیه تعدیل وجه التزام، ضروری است که جزء انجام شده برای طلبکار مفید بوده (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۸۰۸-۲) و سودی عاید وی گرداند (عابدیان، همان منبع: ۲۲) تعدیل شرط، پاداش زحمات و تلاش‌های متعهد در راه اجرای قرار داد نیست، بلکه ما به ازای منافع است که متعهدله از اجزای قسمتی از قرار داد تحصیل کرده است. به طوری که تملیک تمام وجه التزام به انتفاع ناروای وی منجر می‌شود و این هدف با مقصود متعاقدين از شرط وجه التزام هماهنگ نیست.

به این ترتیب امکان دارد که متعهد بیش از ۹۰ درصد مقدمات حصول نتیجه را انجام داده، فاصله زیادی با ایفاء تعهد نداشته باشد، اما با تخلف او در وفای به عهد، متعهدله صرفاً به میزان ۱۰

درصد از فعالیت سابق او که مشتمل بر اجرای بخشی از قرار داد بوده است، منتفع گردد. دادگاه در مقام تعدیل وجه التزام بعد از احراز سایر شرایط، صرفاً به میزان منافع حاصله توسط متعهدله در مقدار وجه التزام تخفیف می دهد. اصل مقطوع بودن وجه التزام و استثنائی بودن تعدیل مقتضی چنین تفسیری از تعدیل شرط کیفری است. خصوصاً اینکه نباید نتایج تخلف متعهد بر طرف دیگر قرار داد تحمیل شود و متعهد از تعدیل منتفع و متعهدله از آن متضرر گردد. ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه نیز به دادرس اجازه داده است تا شرط کیفری را به نسبت بهره‌ای که اجرای جزئی تعهد، نصیب متعهدله می کند کاهش دهد.

۳.۲.۳. فقدان شرط خلاف: در حقوق ایران تعدیل وجه التزام بر پایه اجرای قسمتی از تعهد مستند به نصوص قانونی، یا اصول حقوقی نیست، بلکه از قصد ضمنی متعاقدین و روح قرار داد استخراج می شود. بنابراین قصد ضمنی مزبور که از اوضاع و احوال قرار داد، از جمله قابلیت تجزیه و انتفاع متعهدله نشأت گرفته است، در مقابل توافق صریح متعاقدین رنگ می بازد و قابلیت استناد خود را از دست می دهد. متعاقدین می توانند صراحتاً کاهش وجه التزام در فرض اجرای قسمتی از تعهد را ممنوع نمایند، یا اینکه بر عدم قابلیت تجزیه تعهد موضوع قرار داد تصریح کنند و به طور غیر مستقیم از تخفیف خسارت در قبال اجرای جزئی جلوگیری کنند.

چنینی قرار دادی مخالف صریح قوانین نیست و رویه قضایی در آن پایه نیست که به بهانه نظم عمومی یا اخلاق حسنه توافق طرفین را نادیده بگیرد، ولو اینکه قاضی توافق طرفین را واجد نتایج غیر منصفانه بداند.

برخی نویسندگان با تکیه بر ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی به طور کلی تعدیل وجه التزام در مقابل اجرای جزئی را نفی کرده اند، مگر اینکه متعاقدین شرط موافق با تعدیل بنمایند. (متین دفتری ۱۳۴۲، ش ۲۴۶) اما دلایل فوق الذکر ما را به این نتیجه می رساند که با اجرای قسمتی از تعهد، وجه التزام قابل تجزیه است، مگر آنکه خلاف آن شرط شود. به عبارت دیگر شرط تعدیل لازمه اعمال تعدیل نیست، بلکه فقط شرط خلاف تعدیل مانع مداخله قضایی و اعمال تعدیل است.

۴. نتیجه گیری:

تحولات کشورهای مختلف درباره وجه التزام، به روشنی مبین آن است که قواعد حقوقی، همگام با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی دچار تغییر دائمی بوده است. در این راه هرگونه جزم‌اندیشی و توقف بر مقررات گذشته، فایده‌ای جز عقب ماندن قانون از تحولات زمانه و متروک گشتن آن به همراه ندارد. شرط وجه التزام در سیر تکامل تاریخی موارد متعددی از مداخلات دولت را تجربه کرده است. دغدغه‌های راجع به سوءاستفاده از سلاح قرارداد برای مجازات دیگران و نابودی طرف

مقابل بسیاری از کشورها را وادار نموده است تا از طریق دستگاه قضایی به کنترل آزادی اراده و تحدید قلمرو توافق پردازند.

این ملاحظات، در محدوده قراردادهای مصرف موجه به نظر می‌رسد. فقدان تعادل در قدرت اقتصادی در این محدوده موجب شده است که از قرارداد جز نامی باقی نماند. به همین دلیل در کشورهای انگلیس و فرانسه اینگونه از قراردادها به طور کلی از قواعد عمومی وجه التزام خارج شده و موضوع حکم خاص قرار گرفته است. فقدان چنین مقرراتی در حقوق ما کاملاً مشهود است و حکم کلی قانون تجارت الکترونیکی گامی ناکافی برای ایجاد چارچوب‌های خاص در حمایت از مصرف‌کننده است.

اما در سایر قراردادهای جز در جایی که سوءاستفاده از قدرت اقتصادی، برای تحمیل وجه التزام، مثلاً از طریق قرارداد الحاقی به اثبات برسد، مداخله قضایی نه تنها منافع اجتماعی را تامین نمی‌کند و موجب برقراری عدالت نمی‌شود، بلکه خود باعث عدم تعادل در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد می‌شود. بدیهی است که مبلغ وجه التزام در سایر مواد قرارداد از جمله مقدار مبیع و میزان ثمن تاثیرگذار بوده است. حذف یا اصلاح وجه التزام، بدون توجه به کل قرارداد باعث مجازات طلبکار، ایجاد بی‌ثباتی در روابط قراردادی و اختلال در نظم عمومی اقتصادی است.

۵. منابع و مأخذ:

الف. فارسی:

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۷۸) **حقوق مدنی**، ج ۱، چاپ بیستم، نشر اسلامیه.
۲. بازگیر، یدالله (۱۳۷۷) **قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور**، عقود و تعهدات، جلد سوم، چاپ دوم، انتشارات فردوسی.
۳. بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۲) **قواعد فقهیه**، چاپ دوم، نشر میعاد.
۴. تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۲) **شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا**، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، سال نهم، ش ۳۵.
۵. _____ (۱۳۸۴) **شرط جزایی در عقود**، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ش ۴۴.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸) **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ اول، گنج دانش.
۷. حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۷۶) **شرح قانون مدنی**، ج یک، چاپ اول، گنج دانش.
۸. صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۷۷) **نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران (۱)**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۲.
۹. صانعی، یوسف (۱۳۸۴) **استفتائات قضایی**، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان.

۱۰. عابدیان، میرحسین (۱۳۷۸) مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (الهیات و حقوق)، ش ۱۹.
۱۱. عادل، مرتضی (۱۳۸۰) توافق بر خسارت در قراردادها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۳.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم و چهارم، شرکت انتشار، چاپ دوم بهمن برنا.
۱۳. _____ (۱۳۷۸) عدالت قضایی: گزیده آراء، چاپ اول، نشر دادگستر.
۱۴. متین دفتری، احمد (۱۳۴۲) آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چاپ دوم، بی نا.
۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱) قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ان چاپ پنجم، انتشارات سمت.
۱۶. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰) قواعد فقه، نشر دادگستر، ۱۳۷۹، چاپ پنجم.

ب. انگلیسی:

1. P.S. Atiah, Stephen A. Smith (2005) **Atiah's Introduction to the Law of Contract**, 6th ed, Clarendon Press, Oxford.
2. **Chitty on Contract** (2004) 29th ed, vol. 1, London, Sweet & Maxwell.
3. Hugh Collins (2003) **The Law of Contract**, 4th ed, Lexis Nexis TM UK.
4. D.J. Ibbetson (2001) **A Historical Introduction to the Law of Obligations**, first published in Paperback, Oxford University Press.
5. Laurence Koffman and Elizabeth Macdonald (1998) **The Law of Contract**, 3th ed, Tolley Publishing.
6. Harvey McGregor (2003) **Damages**, 17th ed, London, Sweet & Maxwell.
7. Ewan McKendrick (2005) **Contract Law**, 2th ed, Oxford University Press.
8. Jill Poole (2006) **Textbook on Contract Law**, 8th ed, Oxford University Press.

ج. فرانسه:

1. Francois Chabas (1998) **Leçons de Droit Civil, Tome II, Obligations**, 9th ed, Delta.
2. Jean Carbonnier (2000) **Droit Civil, Vol. 4, les obligations**, 22th ed, Press Universitaires de France N. 180.
3. Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck (2007) **Les Obligations**, 3th ed, Défrénois.
4. Marcel Planiol, George Ripert (1937) **Droit civil, Tome 2, Paris General de Droit et Jurisprudence**.
5. Boris Stark, Henri Roland, Laurent Boyer (1999) **Droit Civil, Les Obligations**, 3. Regime General, 6th ed, par Henri Roland, edition Litec.
6. Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette (1999) **Droit civil, les Obligations**, 7th ed, Dalloz.
7. Philippe Le Tourneau, Loic Cadie (2002-2003) **Droit de la Responsabilité et des Contrats**, Dalloz.
8. Genevieve Viney, Jacques Ghestin (1988) **Les Obligations, La Responsabilité: Effets**, Paris: L.G.D.G.