

## نقد دادنامه ۹۱۰۹۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ تأثیر عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر صحت قرارداد داوری

دکتر عباس کریمی \*

دکتر سحر کریمی \*\*

### مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۱۳

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۱۱/۲۹

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی

شهید صدر تهران

خواسته: توقیف عملیات اجرایی رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی

### خلاصه پرونده

در پرونده‌ی فوق، خواهان دعوایی به خواسته‌ی بدواً توقیف عملیات اجرایی رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، سپس صدور حکم بر تأیید بی‌اعتباری بند ۹ قرارداد فیما بین با خوانده و لغو شناسایی و اجرای رأی داوری و سایر خسارات دادرسی از جمله حق الوکاله وکیل و متعاقباً دادخواست ابطال رأی دادرسی مذکور را مطرح کرد که در جلسه‌ی اول دادرسی در تبیین خواسته، موضوع خواسته، لغو تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داوری اتاق بازرگانی لندن اعلام گردید.

abkarimi@ut.ac.ir

\* عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید



## مقدمه

در پرونده‌ی فوق، شرکت خواهان طی قرارداد منعقدہ در ایران، مبلغ ۲,۲۰۰,۰۰۰ یورو بابت خرید کالا به شرکت خوانده که یک شرکت دولتی ایرانی است پرداخت نموده ولیکن شرکت خوانده از ایفاء تعهد خودداری نموده است. شرکت خواهان به استناد بند ۹ قرارداد، موضوع را به داوری لندن ICC ارجاع داده و از آن جهت که شرکت خوانده، شرکتی وابسته به دولت ایران است و مجوز هیأت وزیران در خصوص ارجاع به داوری موجود نبوده است، دعوای خود را به لحاظ غیرقانونی بودن شرط داوری مسترد می‌دارد. با این وجود شرکت خوانده دعوی تقابل خود را در مرجع داوری ادامه داده که در نهایت منتهی به صدور رأی داوری گردیده و شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، اجرائیه‌ای بر اساس این رأی داوری با موضوع شناسایی و اجرای رأی داوری بین‌المللی علیه شرکت خواهان صادر می‌نماید.

وکلاي شرکت خواهان با تنظیم دادخواستی در دادگاه عمومی حقوقی تهران، خواستار صدور حکم مبنی بر غیر قابل شناسایی و اجرا بودن رأی داوری موضوع دعوی بر اساس دولتی بودن شرکت خوانده و عدم کسب مجوز لازم برای رجوع به داوری از طریق تصویب هیأت وزیران شدند. در پایان، دادگاه دعوای شرکت خواهان را وارد دانسته و حکم به الغاء تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (موضوع خواسته) به عنوان اصل خواسته و نیز حکم به الزام خوانده به پرداخت هزینه‌ی دادرسی در حق شرکت خواهان صادر می‌کند.

## نقد دادنامه:

۱. «وجه التزام»، مبلغ از پیش تعیین شده در قرارداد را گویند که متعهد ملتزم می‌گردد برای تخلف از انجام تعهدات قراردادی خود پرداخت نماید.
۲. تخلف قراردادی موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی راجع به وجه التزام، اعم است از: «تأخیر در انجام قرارداد» و یا «عدم اجرای قطعی قرارداد».
۳. در موردی که طرفین این وجه را برای عدم اجرای قرارداد مقرر کرده باشند پرداخت وجه، بدل از تعهد اصلی است و با تأدیه آن، ذمه متعهد

نسبت به تعهد اجرای قرارداد بریء می‌گردد و در صورتی که وجه التزام بابت تأخیر در انجام تعهد تعیین شده، باشد پرداخت آن، بدل از تعهد اصلی نیست و به هر حال تعهد باید اجراء شود و چنانچه التزام متعهد به انجام آن میسر نشد علاوه بر وجه التزام، خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد نیز قابل مطالبه است.

۴. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۵۲ سابق قانون مدنی فرانسه ناظر به «شرط جزایی»<sup>۱</sup> اقتباس شده بود و الا چنین بحثی سابقه فقهی مستقلی نداشته و به هیچ وجه، واژه «وجه» در زبان عربی و کتب فقهی به معنای «مبلغ» و «پول» مصطلح نگشته؛ حال آنکه اصطلاح مزبور توسط حقوقدانان ساخته و رایج گردیده است. با این همه، مخالفتی هم با مبانی فقهی نداشته زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم»، شرط وجه التزام را هم دربرمی‌گرفته است.

۵. وجه التزام، تا زمانی که مورد سوءاستفاده قرار نگیرد سازوکار بسیار مناسبی است زیرا دادرسان را از ارجاع امر تعیین خسارت به کارشناسان که موجب اطاله دادرسی و گسترش فساد می‌شود، باز می‌دارد لیکن چنانچه مورد سوءاستفاده واقع شود، خطر جدی‌ای برای عدالت قضایی به‌شمار می‌آید و مواقعی که این بی‌عدالتی آشکار باشد نباید به بهانه امنیت قراردادی و اصل لزوم قرارداد و شروط قراردادی، چنین شرطی را که با هدف اصلی علم فقه و حقوق (اجرای عدالت) در تعارض است به مرحله اجراء درآید و نباید نظام حقوقی، امکانات حقوقی و قضایی خود را در اختیار اجرای قراردادی قرار دهد که سلامت این نظام را هدف گرفته، در راه نیل به مقصود آن، مانع تراشی کند. چنین امری خلاف مذاق شارع مقدس و نقض غرض قانونگذار خواهد بود.

۶. در حقوق فرانسه شیوه مبارزه با سوءاستفاده از شرط وجه التزام، سخت منجر به اختلاف نظر گردید به گونه‌ای که مقنن ناگزیر شد دو بار به اصلاح

ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی دست یازد: یکبار در سال ۱۹۷۵ میلادی که به دادرسی اجازه دادند اگر وجه التزام را گزاف یا ناچیز یافت، آن را تعدیل کند. و بار دوم در سال ۱۹۸۵ که با درج عبارت «حتی رأساً» وی را مجاز ساختند تا بدون درخواست طرفین اقدام به چنین امری نماید.

۷. قانونگذار فرانسوی در اصلاح مقررات قانون مدنی ناظر به قراردادهای و ادله اثبات دعوی که از اول اکتبر ۲۰۱۶ به اجراء درآمد، ماده ۱۱۵۲ را با دو اصلاح فوق در ماده ۵-۱۲۳۱ جدید گنجانده و در این ماده افزود علاوه بر حق تعدیلی که گذشت، چنانچه قسمتی از تعهد، اجراء شده باشد و بخش اجراء شده برای متعهدله مستقلاً ارزش داشته باشد، دادگاه می تواند حتی رأساً متناسب با بخش اجراء شده، از وجه التزام بکاهد. از طرف دیگر، بنا به تصریح قانون جدید، شرط مغایر با این مقررات، نانوشته (باطل غیرمبطل) قلمداد می شود. مطالبه خسارت بابت تأخیر در اجرای تعهد نیز منوط به ارسال اخطاریه به متعهد شده و از زمان مطالبه کتبی، خسارت مورد محاسبه قرار می گیرد.

۸. غالب کشورهای که ماده ۱۱۵۲ را مورد اقتباس قرار داده بودند، اقدام به پیش بینی حق تعدیل وجه التزام (شرط جزایی) برای قضات نمودند و حتی کشورهای چون عراق که درگیر جنگ و مشکلات داخلی بودند چنین اصلاحی را در قوانین خود گنجاندهد لیکن متأسفانه به رغم کار گسترده و حجیم دکترین و عملی چینی حقی در رویه قضایی، قانونگذار ایرانی همواره در خواب غفلت به سر می برد و با باقی گذاشتن این ماده به وضع اقتباس شده خود از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، راه را برای تشتت آراء و نامنی قضایی و در نتیجه، فساد مفتوح نگه داشته است. در چنین شرایطی نباید ماده ۲۳۰ قانون مدنی به عنوان جزیره ای مستقل از قواعد و سایر قوانین، به اجراء درآید و حکم به اجرای وجه التزام گزاف یا ناچیز داد. فلذا باید برای تعدیل آن، راهی جست،

لیکن اینکه کدام قانون یا قاعده قابلیت انجام این مأموریت را دارد فارغ از هرگونه اجماعی است.

۹. رأی مورد نقد، به منظور تعدیل وجه التزام، به ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی استناد نموده؛ درحالی که ماده ۴ قانون مذکور راجع به خسارت ناشی از ضمان قهری (مسئولیت مدنی) بدون قرارداد است نه ضمان ناشی از عدم اجرای قرارداد. درحقیقت، گرچه «خسارات» مندرج در صدر ماده، مطلق است و اطلاق آن (خسارات) ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن را شامل می‌شود، لیکن چنین اطلاقی قابلیت استناد ندارد چون عنوان قانون، قدر متیقن در مقام مخاطب ایجاد کرده و با وجود چنین قدر متیقنی که نشان می‌دهد همه احکام قانون، حول مسئولیت مدنی انشاء شده نه خسارات قراردادی، اطلاق ماده به علت فراهم نبودن مقدمات حکمت، حجیت نخواهد داشت.

۱۰. دومین مستند رأی، مخالفت وجه التزام گزاف با «اخلاق حسنه»<sup>۱</sup> است. اخلاق حسنه بدون تردید در حقوق غرب از موارد تحدید اصل حاکمیت اراده قلمداد می‌شود و بسیاری از آراء، از مراجع قضایی دارای این نظام حقوقی مستند به مفهوم اخلاق حسنه، صادر می‌شود. با این همه، در نظام حقوقی اسلام، احکام شرعی سختگیرانه‌تر از مقتضیات اخلاق حسنه است و بر فرض که امری در شرع مقدس اسلام مجاز باشد نمی‌توان مجاز شرعی را خلاف اخلاق حسنه، قلمداد سپس به این استناد، ممنوع نمود. اگر در متونی از قبیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی، به اخلاق حسنه و نظم عمومی ارجاع داده شده درحالی که در ماده ۱۰ این قانون که محل اصلی اعلام حکم است از این دو مفهوم اثری نیست، اقتضای قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» اقتضاء می‌کند که پذیرش دو مفهوم مزبور توسط قانون مدنی را ناظر به قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی تحت حاکمیت این قوانین بدانیم به‌ویژه آنکه در ذیل ماده ۹۷۵، بی‌هیچ اشاره‌ای به قراردادهای تنها قوانین ذکر شده است.

۱۱. استناد رأی مورد نقد به «نظم عمومی»<sup>۱</sup> نیز با استدلال پیش گفته مورد پذیرش نمی‌تواند باشد. نظریه «تغلیب» در مقابل «مصلحت متعاقدين» که از زمان شیخ طوسی (ره)، بیش از هزار سال در حقوق بومی ما جاری و ساری است و در عرصه قراردادهای خصوصی، در قالب نظریه «حق و حکم» چند قرن است که اجراء شده، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی جزئی از حقوق ایران می‌باشد و می‌تواند به جای نظریه نظم عمومی مورد استناد واقع شود و هر شرط قرارداد مخالف با حکم (برخلاف شرط مخالف حق محض) را به دلیل غیرمشروع بودن می‌توان باطل اعلام کرد و در صورت وجود مخالفت در بخشی، به همان میزان تعدیل نمود، ولی در اینجا تعدیل حکم الزاماً منوط به اثبات موجودیت آن (حکم) است؛ یعنی تا زمانی که وجود چنین حکمی به اثبات نرسد نمی‌توان بطلان یا تعدیل شرط را مستند به این نظریه معتبر فقهی دانست؛ گویی که استناد به نظم عمومی نیز بر فرض قابلیت استناد، مستلزم حکمی از قانون است که براساس نظم عمومی استوار شده باشد، زیرا در حقوق داخلی، «نظم عمومی قانونی» قابل دفاع است نه «نظم عمومی استنباطی» توسط رویه قضایی. در رأی مورد نقد، باید تصریح می‌شد که نظم عمومی مورد اشاره، چه نوع نظمی است و از کدام مقرر قانونی چنین امری استنباط شده است. بنابراین، نظم عمومی نیز نمی‌تواند مستندی موجه برای تعدیل وجه التزام به حساب آید.

۱۲. قاعده «انصاف»، دیگر مستند رأی مورد نقد است. استناد به انصاف که در کشورهای دارای نظام کامن‌لو کم‌رنگ‌تر شده است در دادگاه‌های داخلی گاهی صریحاً همانند رأی مورد نقد و گاهی به‌طور ضمنی تحت عناوینی چون «نصفت قضایی»، «عدالت» و «اجرای عادلانه قرارداد» مورد ابتناء قرار می‌گیرند. فقهای معاصر نیز قواعد «عدالت» و «انصاف» را در ردیف قواعد فقهی آورده‌اند و در دو قانون «تجارت الکترونیکی» و «نحوه اجرای

اصل ۴۴ قانون اساسی» نیز از «شروط غیرمنصفانه» (به جای شروط تحمیلی پیشنهادی نگارنده) سخن به میان آمده، غافل از اینکه مفهوم انصاف حتی در نظام‌های کامن‌لو با وجود پیشینه‌ای غنی در این خصوص، نیز موجب ناامنی قضایی می‌شود چه رسد به سایر نظام‌ها از قبیل نظام بومی ما که در آنها مطلقاً استناد به قواعد عدالت و انصاف تجویز نشده است. در حقوق داخلی ایران اگر دادگاه، تنها در اثبات امور موضوعی با فقد دلیل روبرو شود می‌توان به جای قاعده کور قرعه، قاعده انصاف را پیشنهاد نمود همانند زمانی که مشخص نیست مال معین، متعلق به کدام یک از خواهان و خوانده است و همچنین مواقعی که اماره قانونی تصرف و امارات قضایی و اصل استصحاب نیز قابل اجراء نباشد که در این صورت تنصیف مال، مورد حکم واقع شده تا به انصاف نزدیک‌تر باشد. در غیر این مورد، استناد به قواعدی همچون عدالت و انصاف محمل شرعی و قانونی ندارد.

۱۳. استناد مستقیم به نظریه حقوقی (دکترین) فاقد وجاهت قانونی است و طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، منابع اصلی حقوق، قانون است و منابع و فتاوی معتبر فقهی. «فتوی» ظهور در نظریات فقهی دارد و چنانچه حقوقدانی توانایی اجتهاد داشته باشد و با استفاده از منابع چهارگانه کتاب، سنت، عقل و اجماع به اظهار نظر فقهی بپردازد، عنوان فتوی بر این نظریه صدق می‌کند، گرچه فتوی در معنای اخص، نظریه مجتهد جامع‌الشرایط قابل تقلید است. به هر حال، نظریه حقوق مبتنی بر مفاهیم حسن‌نیت، انصاف و مصالح اجتماعی، قطعاً نه تنها از مصادیق فتوی نیست بلکه غیرقابل استناد می‌باشد، زیرا - همان‌طور که گذشت - انصاف و رفتار منصفانه، در فقه جایگاهی ندارد و مفهوم حسن‌نیت نیز گرچه نهادهای مشابهی را در فقه دربرمی‌گیرد، ولیکن ریشه فقهی ندارد. افزون بر آن، استناد به شرط ضمنی، با وجود شرط صریح، وجه التزام قابلیت دفاع ندارد. مع‌الوصف نباید فراموش کرد که دکترین نقش بسیار فعال ولی

غیرمستقیمی را ایفاء می‌کند و قضات با ذکر استدلالات حقوقدانان در آراء، نظریه‌های حقوقی را به‌عنوان استدلال شخصی خود ذکر می‌کنند.

۱۴. مرحوم کاتوزیان، شخصاً در زمان تصدی امر قضاء، در اولین رأیی که برای پایش وجه التزام غیرعادلانه صادر نمودند بین «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» تفکیک قائل شدند و دعوای مطالبه وجه التزام را محکوم به رد دانستند با این استدلال که متعهد فقط مکلف بوده وسیله اجرای تعهد را فراهم کند و مراجعه وی به اداره برق برای تقاضای انشعاب در مهلت مقرر و انجام تشریفات، در واقع انجام تعهد تأمین برق ساختمان قلمداد می‌شود و با وجود انجام تعهد، مطالبه وجه التزام موضوعیت ندارد. این رأی به‌عنوان نخستین گام در پیکار با وجه التزام ناعادلانه، جایگاه و ارزش والایی دارد لیکن تفکیک میان «تعهدبه‌وسیله» و «تعهدبه‌نتیجه» مورد قبول همگان نیست. طیف حقوقدانان از جمله ما معتقدیم همه تعهدات قراردادی به نتیجه هستند؛ یعنی تعهدی که برای آن وجه التزام تعیین شده با اراده مشترک طرفین، «تعهد به نتیجه» تلقی می‌شود. وانگهی اعمال این نظریه منجر به عدم پرداخت هرگونه وجهی بابت خسارت خواهد شد و از آن طرف، موجب بی‌عدالتی؛ درحالی که راهی را باید تعقیب نمود که منجر به تعدیل وجه التزام گردد نه منتهی شدن آن.

۱۵. استناد رأی مورد نقد به اصل ۴۰ قانون اساسی موجه است. این اصل در بخشی که اعلام می‌دارد «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر ... قرار دهد»، مبین قاعده «لاضرر» است که در حقوق غرب تحت عنوان قاعده «سوءاستفاده از حق»<sup>۱</sup> مورد اقتباس واقع شده. براساس قاعده لاضرر که حاکم بر قواعد اولی است، هرگاه اجرای حکم شرعی چه متضمن حق باشد چه تکلیف، منجر به ضرر غیرمتعارف گردد، آن حکم برداشته می‌شود. در اینجا باید ادعان نمود همان‌طور که برداشته شدن حکم وضو و روزه‌ای که برای مکلف ضرر دارد خاص عبادات است و



در حیطه حقوق، بلاوجه، رفع حکم متضمن تکلیف نیز در حقوق جایگاه یا وجهی ندارد، اما رفع حکم متضمن حق، در عالم حقوق بسیار مؤثر و کاربردی و استفاده از قاعده لاضرر در این خصوص برای نظام حقوقی حیاتی است، گویی که استفاده نابجا از این قاعده همانند استفاده از آن برای حکم به پرداخت خسارت مضر می‌باشد. حکم شرعی «المؤمنون عند شروطهم» که حکم اولی مبنای لزوم وفای به شرط وجه التزام است، چنانچه منجر به ضرر غیرمتعارف گردد، زمینه را برای حکومت قاعده لاضرر مهیا می‌کند و وجه التزام گزاف یا ناچیز را که متضمن ضرر غیرمتعارف است تحت شمول این قاعده قرار می‌دهد. ضمانت اجرای قاعده لاضرر، طبیعی است و باید ریشه ضرر را از بین برد و به همین میزان نیز بسنده نمود. بنابراین بی‌آنکه شرط باطل شود تنها در حد استیصال ضرر، مبلغ موضوع شرط تعدیل (کم یا زیاد) می‌شود و مستند اصلی برای تعدیل وجه التزام در حقوق ایران، قاعده لاضرر می‌باشد.

۱۶. برای تعیین خسارات واقعی و نیز مبلغ آن، نه، باید به کارشناسی متوسل شد و نه سلیقه‌ای عمل کرد، زیرا وجه التزام به سبب داشتن جنبه تهدیدی، باید بیشتر از خسارت واقعی باشد تا متعهد تلاش خود را برای اجرای تعهد معمول دارد. در حقوق غرب، چنین شرطی را «شرط جزایی»<sup>۱</sup> نامیده‌اند و معتقدند برای مجازات متخلف، این وجه تعیین می‌شود لذا اینچنین وجه التزامی در بعضی کشورهایی با نظام کامن‌لو را باطل و ناصواب می‌انگارند چون تعیین مجازات را در صلاحیت قانونگذار می‌دانند؛ چنانکه در اصل ۳۶ قانون اساسی ایران نیز آمده است. بنابراین، در تعیین وجه التزام نباید در پی تعیین خسارت واقعی بود. تا زمانی که به صورت نوعی می‌توان وجه التزام تعیین نمود باید به همین منوال عمل کرد. برای نمونه، چنانچه به منظور تعهد تخلیه عین مستأجره، وجه التزام پرداخت دو یا سه برابر اجاره‌بهاء یا اجرت‌المثل تعیین شده، باشد قضات

بهتر است حدود ۱۲۰ تا ۱۳۰ درصد اجرت را بپذیرند تا علاوه بر پرداخت اجاره ماهیانه، حدود یک چهارم آن نیز وجه التزام باشد. در رأی مورد نقد نیز بهتر می‌بود در قبال هر روز تأخیر نسبتی از ثمن تعیین می‌شد و به‌طور مثال، برای تنظیم سند رسمی، یک چهارهزارم ثمن به‌عنوان وجه التزام تعیین می‌گردید و با انتشار آراء، دادگاه‌ها در میزان وجه التزام عادلانه با هم هماهنگ می‌شدند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی