

طی ۱۳۸۰

توسعه یافته و به گونه‌ای که در صورت بروز خسارت ناشی از عدم انجام تعهد امری اجتماعی و حقوقی است که جهت حفظ نظم و تعادل در جامعه و احترام به عهد و پیمان میان طرفین قرارداد برقرار شده است. زمانی که فردی متعهد به امری شد اجرای آن وظیفه قانونی، اجتماعی، اخلاقی و حتی دینی او محسوب می‌شود. این امر کاری پسندیده در همه جوامع و ملل بوده و تخلف از آن به عنوان نوعی خطا و عمل ضد اجتماعی تلقی می‌گردد. به همین منظور و برای جلوگیری از این تخلف، غالب کشورها در قوانین خود ضمانت‌های اجرایی که عمدتاً مالی می‌باشد (جبران خسارت طرف غیرمقصر) پیش‌بینی کرده‌اند. در حقوق ایران نیز این امر به روشنی پیش‌بینی شده است. به منظور جبران ضرر ناشی از تخلف قراردادی راه‌های مختلفی در حقوق ایران پیش‌بینی شده است که مهمترین آن‌ها تعیین صریح ضرر و زیان در هنگام انعقاد عقد اصلی و پیش از ورود خسارت، توسط طرفین است. پرداخت این خسارت یا بوسیله ضرر زنده است که از آن به شرط وجه التزام یاد می‌شود، و یا بوسیله شخص ثالث که از آن به بیمه یاد می‌گردد. مبنای حق تعیین خسارت توسط طرفین یک قرارداد در حقوق ایران ماده ۲۳۰ ق.م.ا است. به علاوه فحوای ماده ۱۰ ق.م.ا نیز می‌توان مبنای مهم دیگری در تأیید آن شرط دانست. در مقاله تلاش شده است که به عنایت به اصل آزادی اراده و قراردادهای به قوانین و مقررات و مبنای فقهی آن نگاه شده و حداکثر حمایت برای توافق طرفین ارائه شود. بدین منظور مطالب در یک مقدمه، ۴ بخش و یک نتیجه ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی:

توافق، خسارت، قرارداد، شرط خسارت توافقی، وجه التزام، آزادی قراردادها، حاکمیت اراده، عقد قانون مدنی، فقه اسلامی

مقدمه

در این مقاله مطالعه‌ای در شرط خسارت توافقی در حقوق ایران در یک مقدمه، چهار بخش و یک نتیجه ارائه خواهد شد. در مقدمه نظری اجمالی به مبانی عقود و قراردادها، شروط قراردادی، و سپس مبحث خسارات قراردادی افکنده و در بخش اول نیز به مطالعه اصل آزادی قراردادها (حاکمیت اراده) خواهیم پرداخت. پس از آن مبحث شرط خسارت توافقی را در ابعاد مختلف در سه بخش بررسی نموده و در آخر نیز به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

نظام جدید حقوقی ایرانی از مصادیق حقوق مدون بوده و در شکل وابسته به نظام حقوقی رومی-ژرمنی است. اگرچه در زمان بنیان‌گذاری این نظام در دهه‌های اول قرن حاضر شمس‌الدین مدونین آن توجه خاصی به این نظام داشته و بالاخص حقوق کشورهای فرانسه، بلژیک و سوئیس را الگوی مناسبی برای پیروی می‌دانستند، ولی نفوذ عمیق اندیشه اسلامی و نظام حقوقی آن که مبتنی بر تعالیم شیعی و فقه امامیه بود در تدوین آن مؤثر گشته و بخشی از مباحث آن را تحت تأثیر تعاریف، مفاهیم و ارزش‌های خود قرار داد. بر همین اساس است که می‌توان حضور این دو سیستم حقوقی را دوشادوش یکدیگر در برخی مباحث حقوق ایران مشاهده کرده و اثر هر یک را در آنها به‌طور مستقل و گاه مشترک یافت. موضوع مورد مطالعه این تحقیق نیز از این قاعده مستثنی نبوده و مطالعه آن این امر را روشن خواهد نمود.

در حقوق ایران مبحث عقد و قرارداد از مباحث مهمی است که قواعد آن در قانون مدنی کشور متمرکز شده است. در این قانون عقد و قرارداد هر دو به یک معنی به‌کار رفته است، ولی همان‌طور که خواهیم دید تمایز ظریفی نیز بین این دو وجود دارد. در قانون مدنی ایران براساس نظریات فقهی کلمه «عقد»^(۱) برای تبیین آن دسته از قراردادهایی که در فقه اسلامی به‌طور خاص و روشن و تحت عنوان‌های مشخص ذکر شده‌اند بکار رفته است که از آنها به «عقود معین» یاد می‌شود مانند بیع و اجاره، در حالی که «قرارداد»^(۲) به عنوان لغتی عام هم‌گروه اخیر و هم هر نوع عقد دیگری که نام آنها در قانون برده نشده ولی مخالفتی هم با آن ندارد را در بر می‌گیرد که به آنها «عقود نامعین» نیز می‌گویند.

بخش دیگری از قانون مدنی به شروط قراردادی اشاره دارد که همچون مبحث قبل، از فقه اسلامی سرچشمه گرفته و به طور دسته‌بندی شده در قانون مدنی ایران گنجانیده شده است. معنای لغوی شرط عبارت است از قرار، پیمان، عهد، و تعلق امری به امر دیگر (۳). در حقوق شرط عبارت است از تعهدی که شخصی به عهده می‌گیرد و در متن قراردادی وارد می‌شود (۴).

در فقه اسلامی نیز به شرط اشاره شده است و در این باره نیز به همین استناد
خسارات قراردادی

الزام به پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد امری اجتماعی و حقوقی است که جهت حفظ نظم و تعادل در جامعه و احترام به عهد و پیمان میان طرفین قرارداد برقرار شده است. زمانی که فردی متعهد به امری شد اجرای آن وظیفه قانونی (۵)، اجتماعی، اخلاقی، و حتی دینی او محسوب می‌شود. این امرکاری پسندیده در همه جوامع و ملل بوده و تخلف از آن به عنوان نوعی خطا و عمل ضد اجتماعی تلقی می‌گردد. به همین منظور و برای جلوگیری از این تخلف، غالب کشورها در قوانین خود ضمانت‌های اجرایی که عمدتاً مالی می‌باشد (جبران خسارت طرف غیرمقصر) پیش‌بینی کرده‌اند. در حقوق ایران نیز این امر به روشنی پیش‌بینی شده است. برای این کار قانون مدنی ابتدا خسارات قراردادی و غیرقراردادی را از یکدیگر جدا کرده و هر یک را به طور مجزا بحث نموده است. در این قانون: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علیت قانونی فسخ شود (۶)». براساس این ماده هر عقد لازمی که مبنای قانونی داشته و یا ایجاد آن مخالف با قانون نباشد الزام‌آور بوده و طرفین موظف هستند کلیه تعهدات مندرج در آن را اجرا کنند. در غیر این صورت متخلف مسئول جبران خسارت طرف مقابل خواهد بود، مشروط بر اینکه این جبران در عقد یا قانون تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد (۷). استثنا این امر موردی است که عدم اجرا به واسطه حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی و یا غیرقابل دفع توسط متعهد باشد (قوه قاهره یا فورس ماژور) (۸).
 به استثنای مورد خسارت توافقی، پرداخت خسارت به آن منظور است که متضرر را در وضعی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌گردید در آن وضع قرار می‌گرفت (۹). با این

حالت استحقاق خسارت در صورتی که موعد قرارداد سپری نگردیده و یا خسارت به عنوان جانشین اجرا تعیین نشده باشد، باعث نخواهد شد که طرف متضرر نتواند درخواست اجرای تعهد را هم‌زمان با درخواست خسارت بنماید. ^{۱۰} به منظور جبران ضرر ناشی از تخلف قراردادی سه راه در حقوق ایران پیش‌بینی شده است:

الف. تعیین صریح ضرر و زیان در هنگام انعقاد عقد اصلی و پیش از ورود خسارت، توسط طرفین (۱۰). پرداخت این خسارت یا به وسیله ضرر زنده است که از آن به شرط وجه التزام یاد می‌شود، و یا به وسیله شخص ثالث که از آن به بیمه یاد می‌گردد.

ب. تعیین راه و نحوه جبران خسارت پس از ورود آن. این حالت روشن‌ترین وضعیت را در حقوق ایران دازا است و هر نوع توافقی برای جبران آن پس از ورود خسارت مادام که مخالف قانون نباشد، صحیح و معتبر بوده (۱۱) و در صورت عدم توافق، دادرسی گره‌گشای مشکل خواهد بود. ^{۱۱} تعیین میزان و نحوه جبران خسارت توسط قانون (مانند حکم دادگاه)، و یا عرف (تعیین ضمنی طرفین) (۱۲).

با دانستن این مقدمات نوبت آن است که به بررسی موضوع اصلی تحقیق در حقوق ایران پردازیم و ابتدا به مبانی آن اشاره می‌کنیم.

بخش اول

۱. آزادی قراردادها

مبنای حقوق خصوصی ایران آزادی اراده است. این امر با یک جستجوی سطحی در قوانین مربوط و مبانی فقهی آن قابل ملاحظه می‌باشد، اگرچه نظارت و کنترل قانون‌گذار نیز در امور مربوط به نظم عمومی و حاکمیتی و حمایت از اقشار ضعیف بدون توجه نمانده است.

در حقوق اسلامی از آزادی اراده به «اصل اباحه» تعبیر گردیده است. یعنی هر امری حلال و آزاد است مگر خلاف آن تصریح شده باشد (۱۳). قانون مدنی ایران نیز به عنوان قانون مادر در حقوق خصوصی کشور، پرچمدان این دعوی بوده و در مراحل مختلف آن

را اعلام داشته است. براساس ماده ۱۰ این قانون که اصلی‌ترین حامی آزادی قراردادها است «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف قانون نباشد نافذ است.» ویژگی این ماده اطمینانی است که در طرفین یک قرارداد ایجاد می‌کند و آنان مادام که تصمیمی مخالف قانون اتخاذ ننموده باشند می‌توانند در خصوص قرارداد آتی خود تصمیم گرفته و شروط آن را انتخاب و یا محتوای آن را تغییر دهند، بدون اینکه واهمه‌ای از سرنوشت آن در مرحله دادرسی داشته باشند.

اگرچه عبارت ماده فوق ارزش آزادی قراردادها را در حقوق ایران به خوبی بیان کرده و جایگاه آن را در حقوق قراردادها می‌رساند، ولی مفهوم آن با آنچه در نظریه‌های فردگرایانه^۱ موجود است متفاوت بوده و از آن به هیچ وجه بی‌نظمی، اجحاف و استعمار به ذهن متبادر نمی‌شود. این بدان دلیل است که همواره عنصری فراتر از آن، که همان قانون است، وجود دارد که هر جا ضرورت داشت مانع آن شده و از تحقق نتایج غیر معقول و مخالف عدالت و امنیت جلوگیری می‌نماید. همین امر نیز سبب شده برخی حکومت واقعی را در حقوق ایران از آن قانون بدانند تا حاکمیت اراده طرفین (۱۴).

۲. عوامل محدودکننده آزادی قراردادها

با توجه به مواد قانون مدنی و قوانین دیگر می‌توان موانع اصل آزادی قراردادها را در حقوق ایران به شرح ذیل بیان داشت:

الف. قانون

در آنچه در اینجا از قانون مدنظر است معنی خاص آن یعنی مصوبات مجلس و یا کمیسیون‌های آن به ترتیبی که در اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده می‌باشد. به طور قطع این معنی از قانون با آنچه که در ماده ۱۰ ق.م. آمده متفاوت است. قانون در این ماده دارای معنایی عام است که نه تنها قانون به معنای اخص را شامل

می‌گردد، بلکه امور مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز در بر می‌گیرد. در غیر این صورت لازم می‌بود که در متن ماده فوق از این دو عنصر نیز در کنار عنصر قانون نام برده می‌شد، همان‌طور که در برخی مواد دیگر چنین شده است. ^۱ اما آیا باید دید که آیا هر قانونی می‌تواند محدودکننده آزادی قراردادها بشود یا خیر؟ پاسخ به این سؤال تأکید مجددی است بر اعتبار اصل آزادی قراردادها، چرا که هر قانونی توان مقابله با این اصل را نداشته بلکه تنها قانونی این قابلیت را دارد که جنبه اجتماعی آن بر جنبه‌های دیگر غلبه داشته و حاوی عوامل مرتبط با نظم عمومی باشد به طوری که امکان تراضی برخلاف آن را غیرممکن سازد (قانون امری)،^۱ و نه قوانینی که این جنبه آن ضعیف‌تر است (قانون تکمیلی).^۲ لذا فقط تعدادی از قوانین این قابلیت را دارند. مشابه همین دسته‌بندی را در فقه امامیه نیز می‌توان یافت. زیرا فقها احکام و قوانین دینی را به دو گروه «حکم» (آنچه که توافق بر علیه آن جایز نیست) مانند حرمت ربا و تبعیت ولد از فرارش، و «حق» (آنچه توافق بر علیه آن جایز است) مانند مبحث خیارات در بیع، تقسیم می‌کنند. (۱۵) «حکم» نیز خود بر دو دسته تقسیم می‌شود؛ «عزیمت» که اراده افراد به هیچ وجه برخلاف آن اعتبار ندارد مثل حرمت ربا، و «رخصت» که در صورت اضطرار می‌توان برخلاف آن عمل نمود مانند حرمت شرب مشروبات الکلی و مورد ماده ۲۷۶ ق. امور حسبی. دلیل این نظر نیز آیات ذیل ذکر شده است: «یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم العسر» (۱۶)، «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (۱۷) و «یرید الله ان یخفف عنکم و خلق الانسان ضعیفا» (۱۸).

سؤالی که در این مرحله ممکن است مطرح شود نحوه و ملاک تشخیص قوانین امری از تکمیلی است. چگونه و با چه معیار و ملاکی می‌توان این دو را از هم تشخیص و تمیز داد؟ توجه به پیشینه اصل آزادی قراردادها و اثرات اجتماعی و اقتصادی آن، و طرق گسترش عوامل محدودکننده زندگی، ما را به این دلالت می‌نماید که برای هر قانون امری به دنبال دلیل باشیم و اصل اولیه را در قوانین تکمیلی و موافق آزادی قراردادها بودن بدانیم و اجازه ندهیم که احياناً تمایلات غیرحقوقی (از قبیل تمایلات اقتصادی،

1. Jus Cogens.

2. Jus Dispositivum.

اجتماعی، سیاسی و غیر آن) بر این نظر غلبه یافته و ما را به راه مخالف بکشاند. این استنباط با قانون مدنی ایران و مقررات اسلامی هم منطبق بوده و نتایج اجتماعی و حقوقی و اقتصادی مثبتی نیز به دنبال دارد (۱۹).

ب. نظم عمومی

نظم عمومی مفهوم گسترده و قابل تفسیری است که به راحتی می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. براساس ماده ۹۷۵ ق.م. «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا... مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد...» این ماده موانع دیگر آزادی قراردادها را دو عنصر اخلاق حسنه و نظم عمومی اعلام داشته است. نظم عمومی در معنایی که در این مبحث به کار می‌رود در واقع ارتباطی دوجانبه با قانون امری دارد، چرا که قوانین امری قوانینی هستند که برای حفظ نظم عمومی تدوین شده‌اند. مع الوصف این طور نیست که همه امور مربوط به نظم عمومی در قالب قوانین امری درآمده باشند.

ج. اخلاق حسنه

چنانچه ماده فوق نشان می‌دهد اخلاق حسنه نیز می‌تواند مانعی برای آزادی قراردادها باشد. اخلاق حسنه عاملی است مستقل در محدودیت آزادی قراردادها، و نه آن طور که برخی ادعا کرده‌اند (۲۰). یکی از مصادیق نظم عمومی. وجود این مانع برای آزادی قراردادها در جامعه ایران به راحتی پذیرفته شده و حکم قانون چیزی جز امضاء رویه موجود در جامعه نبوده است. به همین دلیل قانون ضمن این پذیرش قراردادی را که مخالف آن باشد (مثل اینکه متضمن دروغگویی، خیانت در امانت، و یا منافی عفت و نجابت باشد مانند قرارداد تکثیر و فروش فیلم‌ها و نشریات مبتذل و یا قراردادهای صوری به منظور نپرداختن دین اشخاص) بی‌اثر و باطل اعلام نموده است. اگرچه می‌شود اخلاق حسنه را نیز یکی از مصادیق نظم عمومی دانست، ولی به دلیل اهمیت خاص آن در جامعه ایران قانون‌گذار ترجیح داده است که آن را مستقلاً ذکر کرده

و مطرح نماید. شناختن این معیارها در کنار شناختن ماهیت قراردادها و شرایط انعقاد آنها، می‌تواند به تشخیص اینکه آیا یک قرارداد از نظر ماهیت و شرایط انعقاد، دارای ماهیت قراردادی است یا نه، کمک کند.

۳. آثار آزادی قراردادها

وقتی طرفین با رعایت قانون و به طور آزاد قراردادی را منعقد کردند باید به آثار و لوازم آن نیز ملزم باشند. این آثار عبارتند از:

الف. اشخاص آزادند تا هر قراردادی را تحت هر عنوان و با هر شرایطی انتخاب و منعقد و از انعقاد هر قراردادی نیز که تمایل ندارند خودداری نمایند، مشروط بر اینکه مخالف قانون نباشد. این امر نه تنها شامل عقود و قراردادهای معین است، بلکه در مورد عقود غیرمعین نیز صادق می‌باشد.^{۲۱}

ب. وقتی طرفین با تراضی و طیب خاطر عقدی را منعقد کردند به آثار آن ملزم و پای‌بند می‌باشند و حق ندارند به دلایل واهی و شخصی از اجرای آن خودداری کرده و یا بدون دلیل برای رهایی از اجرای قرارداد به دستگاه قضایی متوسل شوند (۲۱). این اصل در فقه اسلامی هم به شدت حمایت شده و لزوم اجرای تعهدات و وفای به عهد به کرات مورد تأکید قرار گرفته است.

ج. داشتن آزادی به این معنی است که اشخاص می‌توانند در عقود غیرمعین بدون رعایت تشریفات و یا عناوین مشخص قرارداد خود را انتخاب و منعقد نمایند و در عقود معین نیز پس از رعایت تشریفات شکلی آن (۲۲) به همان صورت رفتار کنند.

د. اشخاص در انتخاب طرف قرارداد خود نیز آزادی دارند و ملزم به عقد قرارداد با اشخاص معینی نیستند مگر در موارد خاص و استثنائی.^{۲۳}

ه. آزادی افراد در ایجاد الزام قراردادی فقط مربوط به شخص ایشان است و به هیچ وجه به معنی آزادی ایشان در ملزم کردن اشخاص ثالث نیست. به همین جهت ماده ۲۱۹ ق.م.م. هر عقدی را فقط بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع می‌داند.^{۲۴}

بخش دوم. مبانی حقوقی پذیرش اصل توافق بر خسارت

مبانی قبول اعتبار شرط خسارت توافقی متعدد است. در یک عبارت این مبانی الهام قانونگذار از نظام حقوقی فرانسه، و عدم تغایر آن با حقوق اسلام است. اصول ذیل را

می‌توان به عنوان مهم‌ترین مبانی اعتبار شرط خسارت توافقی در حقوق ایران ذکر کرد:

۱. قانون (ماده ۲۳۰ قانون مدنی)

اولین مبانی حق تعیین خسارت توسط طرفین یک قرارداد قانون است. در حقوق ایران ماده ۲۳۰ ق.م. اولین متن قانونی در این زمینه است. ماده فوق بیان می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر و یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.» اگرچه این ماده ترجمه‌ای از قسمت اول ماده ۱۱۵۲ ق.م. فرانسه است که مقرر می‌دارد: «زمانی که در قراردادی مقرر شود که طرفی که تعهد خود را انجام نمی‌دهد باید به طرف مقابل مبلغ معینی به عنوان خسارت بپردازد، بیشتر و یا کمتر از این مبلغ را نمی‌توان به نفع وی رأی داد» (۲۳).

ولی عدم مخالفت حقوق ایران با آن، و تأیید و تنفیذ آن توسط مقررات اسلامی مسلم به نظر می‌رسد. به علاوه در هیچیک از نوشته‌های حقوقی بحثی مخالف آن توسط حقوقدانان مطرح نشده، و همچنین توجهی نیز به بخش دوم ماده ۱۱۵۲ ق.م. فرانسه که در سال ۱۹۷۵ به بخش اول اضافه گردید نشده است که بیان می‌دارد: «با این حال قاضی محکمه می‌تواند با صلاحدید و تشخیص خود و یا به هر دلیل دیگر، خسارت مورد توافق را اگر به‌طور مشهودی زیاد بوده و یا به‌طور نامناسبی کم باشد، کاهش و یا افزایش بدهد. هر تصمیمی که در قرارداد برخلاف این امر گرفته شده باشد فرض بر عدم وجود آن خواهد بود» (۲۴).

نگردیده است. این اعتبار با مثال‌های ذیل نیز تقویت می‌گردد:

یکی از فقهاء اسلامی در سئوالی که از ایشان در مورد شرط خسارت توافقی شد مبنی بر اینکه: فردی «در ضمن عقد لازم (بیع) شرط می‌کند که هرگاه مستحقاً للغير برآید میبای که در عقد سابق به او منتقل نموده، الی پنجاه سال پنجاه تومان مثلاً مشغول ذمه باشد از برای مشتری و مجاناً به او بدهد. آیا با ظهور استحقاق غیر در مبیع در مدت مزبوره مشروط‌علیه مشغول ذمه می‌شود یا خیر؟» در جواب اظهار داشت: «بلی، ظاهر

صحت شرط مذکور است (۲۵). همچنین در سئوالی که از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی وقت کشور در سال ۱۳۶۲ به شکل زیر به عمل آمد: «مطالبه و وصول وجه التزام در قراردادها که شرط عدم انجام تعهد بوده است دارای جنبه شرعی بوده و می‌توان وجه التزام را از کسی که تعهدی داشته و بدان عمل ننموده صرف نظر از علل، مطالبه نمود یا خیر؟» پاسخ داده شد که: «اگر این شرط در ضمن معامله‌ای شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، مطالبه چنین وجه تخطی با توجه به ماده ۲۳۰ ق.م. بلاشکال است (۲۶)».

تا حدودی شبیه همین مفهوم در ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران نیز مندرج است و وقتی مقرر می‌دارد: «اگر مال التجاره تلفت یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود... قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر و یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.»

۲. اصل تسلیط
براساس این اصل مردم بر مال و دارایی خود تسلط داشته و می‌توانند هرگونه تصرفی که مایل هستند و مخالف قانون نباشد در آن نموده و مال خود را به مصرف برسانند (۲۷). بنابراین آنها می‌توانند هر نوع قرارداد مجازی را منعقد کرده و هر نوع شرط صحیحی، از جمله شرط خسارت توافقی را در آن بگنجانند.

۳. لزوم وفای به عهد
فحوی ماده ۱۰ ق.م. را می‌توان مبنای مهم دیگری در تأیید این شرط دانست. براساس مفهوم این ماده طرفین قرارداد می‌توانند هرگونه شرطی را که مایل باشند به منظور جبران خسارت احتمالی آتی در قرارداد خود درج نمایند و بر همین اساس نیز ملزم به اجرای آن هستند، به شرط آنکه مخالف قانون نباشد، و الا شرط و (نه عقد) باطل است. همچنین طبق ماده ۲۱۹ ق.م. اگر عقدی متضمن چنین شرطی باشد بین طرفین لازم‌الاتباع است و فقط به رضای آنان یا به علت قانونی قابل فسخ می‌باشد.

در اسلام نیز وفای به عهد از اهمیت خاصی برخوردار است و توصیه‌های دینی آن را از سطح یک تکلیف اخلاقی بالاتر برده و یک تکلیف دینی و حقوقی به شمار آورده است. در این رابطه آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (۲۸) مؤمنین را امر به اجزای تعهدات خویش می‌نماید. همچنین حدیث امام جعفر صادق (ع) نیز مؤمنین را پای‌بند به تعهدات خویش می‌داند مگر اینکه شرطی باشد که برخلاف حکم خداوند بوده و حلالی را حرام و یا حرامی را حلال نماید. (۲۹) بدین ترتیب دیگر عذری برای مؤمنین در عدم اجرای تعهدات خویش باقی نمی‌ماند مگر آنکه شرط نامشروع و خلاف قانون باشد که مجاز به نقض آن می‌باشند.

۴. لزوم جبران خسارت متضرری تقصیر

قاعده عقلی و حقوقی دیگری نیز پشتیبان این شرط است. هرگاه کسی به عمد و یا به تقصیر موجب خسارت فرد دیگری شد نظام اجتماعی و حقوقی و همین‌طور رویه و منش عقلا ایجاب می‌کند که آن ضرر بدون جبران نمانده و ضرر زنده به عنوان نزدیک‌ترین فرد و عامل ایراد خسارت مسئول جبران آن باشد. مسئولیت قراردادی افراد برای این پرداخت نیز تحت همین قاعده بوده و تعهدی فرعی بر اصل قرارداد محسوب می‌شود که به صرف عهدشکنی و گاهی وقوع ضرر لازم‌الاجرا می‌گردد (۳۰). بنابراین، هر نوع توافق و شرطی که اجرای این قاعده را تضمین نماید مورد احترام و پذیرش جامعه و حقوق بوده و نافذ است.

قاعده «لاضرر» در اسلام که براساس آن وجود هرگونه حکم ضرری (۳۱) و یا هر نوع ضرر بدون جبران (۳۲) در اسلام نهی شده و فرد خاطی مسئول جبران ضرر وارده شناخته شده است نیز مؤید همین مطلب می‌باشد.

۵. اصل صحت

در حقوق ایران اصلی وجود دارد که منشأ آن در فقه اسلام بوده و در مباحث مختلف حقوقی در تفسیر و یا استنباط احکام به حقوقدان کمک می‌کند (۳۳). این اصل که پشتیبان صحت شرط خسارت توافقی می‌باشد «اصل صحت» است؛ براساس این اصل هر عقد

و یا شرطی که در درستی و اعتبار آن از یک طرف و یا بطلان و بی اعتباری آن از طرف دیگر تردید شود نظر بر درستی و صحت آن داده می شود. این در واقع تأییدی است بر مشروعیت و اعتبار شرط خسارت توافقی وقتی که مخالفت آن با قانون یا رویه قضایی به تردید افتد. اثر دیگر این اصل آن است که مدعی فساد عقد یا شرط را موظف به اقامه دلیل و اثبات آن می نماید (۳۴).

بخش سوم. ویژگی ها و عملکرد شرط خسارت توافقی

بعد از مطالعه مبانی صحت شرط خسارت توافقی اکنون به بررسی ماهیت این شرط می پردازیم. برای این کار به مفاد ماده ۲۳۰ ق.م.م. مراجعه و ضمن بررسی آن ماهیت و ویژگی های این شرط را مطالعه می کنیم. لازم به ذکر است در حقوق ایران از شرط خسارت توافقی در برخی مواقع به «وجه التزام» نیز یاد شده است.

۱. تعریف خسارت توافقی

بر اساس ماده فوق خسارت توافقی مبلغی است که هر دو طرف یک قرارداد (که تعهد اصلی آن پرداخت وجه نقد نباشد) (۳۵) در حین مذاکرات قراردادی خویش به عنوان خسارت قطعی متضرر، ناشی از تخلف طرف مقابل، تعیین کرده و به صورتی که مخالف قانون نباشد در قرارداد درج می کنند (وجه التزام). نکته قابل توجه آن است که باید میان این مبلغ «وجه التزام قراردادی» با «وجه التزام قضایی» (۳۶) که دادگاه در مرحله رسیدگی به اختلاف طرفین برای تأخیر در انجام تعهدی که جز توسط متعهد انجام پذیر نیست تعیین می نماید و قابل کاهش و یا افزایش هم هست، و «وجه التزام غیر قراردادی» که قانون در موارد خاصی مشخص می کند، تفاوت گذارد. چه در دو نوع آخر به هیچ وجه عنصر اراده و توافق طرفین وجود نداشته و در نتیجه از موضوع این مطالعه خارج است. استثناء قراردادهایی که تعهد اصلی آن پرداخت وجه نقد است از قاعده کلی مندرج در ماده ۲۳۰ دو مورد است که یکی ریشه در قبل از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران داشته و دیگری به بعد از آن مربوط می شود و هیچ یک در خود قانون مدنی ذکر نشده و هر دو نیز ریشه در نظر اسلام به بهره پول (ریا) دارد. مشروح این بحث در بخش چهارم

(۲-۴) خواهد آمد.

۲. ماهیت شرط خسارت توافقی

آنچه از مفاد ماده ۲۳۰ ق.م. به عنوان عناصر ضروری تشکیل دهنده شرط خسارت توافقی در حقوق ایران استنباط می شود عبارتند از:

الف. خسارت تعیین شده باید به صورت مبلغی پول باشد اگرچه تعیین مال دیگری به جای آن نیز ممکن است. پرداخت این مبلغ می تواند به صورت نقد باشد و یا در برخی قراردادها از قبیل قرارداد حمل و نقل و مقاطعه کاری به صورت کسر از مبلغ استحقاقی متعهد، مثل مال الاجاره حیوان و یا ماشین آلاتی که به اجاره گرفته شده است (۳۷).

ب. مبلغ فوق باید به صورت مقطوع و غیر قابل تغییر تعیین شود. بدین منظور لازم است که طرفین در طول مذاکرات قراردادی احتمال وقوع خسارت و میزان آن را به دقیق ترین وجه بررسی و پیش بینی کرده و مبلغی را که جبران کننده آن باشد در قرارداد ذکر نمایند. چرا که در غیر این صورت و به علت غیر قابل تغییر بودن آن در مرحله اجرا ممکن است یکی از دو طرف مورد اجحاف قرار گرفته و خسارت تماماً جبران نشود. این استنباطی است که از قانون می شود اگرچه ادعای مخالف آن نیز شده است. در نظر آقای دکتر کاتوزیان: «اگر مبلغ توافقی بر اساس تزویر و حيله ای که یک طرف قرارداد به کار می برد چنان کم باشد که به نظر مسخره و بی معنی آید، در واقع چنان رفتار می شود که گویی اصولاً مبلغی تعیین نشده و شرط فوق به «شرط عدم مسئولیت» تبدیل می شود. و یا اگر مبلغ بسیار گزاف باشد، به علت استیفاء ناروای طلبکار شرط نافذ نخواهد بود» (۳۸).

این تحلیل با ماده ۲۳۰ قانون مدنی و مبانی حقوقی این ماده مندرج در قبل منطبق به نظر نمی رسد و بیشتر ملهم از افکار عدالت خواهانه و روش دادگاه های انصاف است، در حالی که نفوذ شرط در هر دو حالت مذکور در فوق قانونی می باشد و اگر رفتار فریبکارانه یک طرف قرارداد در دادگاه اثبات گردد این رفتار می تواند مبنای فسخ معامله و ابطال شرط به علت تدلیس و رفتار غیرقانونی باشد و نه به علت زیاد یا کم بودن مبلغ توافقی (۳۹).

ج. زمان تعیین این مبلغ و تکمیل شرط، براساس نص ماده فوق در ضمن معامله است که منظور در طول مذاکرات قراردادی و هم زمان با انعقاد عقد است و نه پس از آن. با این حال به نظر می‌رسد هر توافقی که قبل از وقوع تخلف بدین منظور صورت پذیرد (به صورت الحاقیه قرارداد) نیز می‌تواند دارای اعتبار بوده و قابل مطالبه تلقی گردد. به علاوه می‌توان شرط خسارت را در قرارداد لازم جداگانه دیگری نیز توافق و وارد نمود (۴۰).
 د. امکان مطالبه این خسارت توسط طرف متضرر بسته به شرایط توافق طرفین است. اگر نوع خاصی از تخلف قراردادی (فعل یا ترک) سبب استحقاق متضرر به این مبلغ گردد فقط در همان زمان وی می‌تواند درخواست آن را بنماید و در سایر تخلفات چنین حقی نخواهد داشت؛ ولیکن اگر توافق خاصی در این زمینه صورت پذیرفته، ارتکاب هر نوع تخلفی که سبب تأخیر در اجرا و یا عدم اجرای تعهدات گردد به متضرر حق خواهد داد این مبلغ را مطالبه کند؛ و در صورتی که خسارت در زمان وقوع تخلف و یا در زمان وقوع شرط خسارت توافق شده باشد، باید ضمن یک عقد لازم آمده باشد. در این صورت اگر شرط باطل شود عقد لطمه‌ای نمی‌بیند، اما اگر عقد باطل شود شرط ضمن آن نیز باطل خواهد گردید. اگر شرط ضمن یک عقد جایز آمده باشد، در صورت توافق طرفین بزرگ فسخ عقد شرط می‌تواند همچنان نافذ بوده و طرف متضرر را مستحق دریافت مبلغ آن ناشی از تخلفات قراردادی بنماید.
۳. ویژگی‌های شرط خسارت توافقی
 آنچه از ویژگی‌های این شرط می‌توان گفت ویژگی‌های اختصاصی‌ای است که این پدیده در حقوق ایران دارا است. این ویژگی‌ها عبارتند از:
 الف. اولین ویژگی مقطوع بودن مبلغ شرط است. بدین معنی که به هیچ وجه دادگاه حق نخواهد داشت دخالتی در آن کرده و مبلغ را کاهش و یا افزایش دهد. به قولی «شرط وجه التزام هر نوع بازرسی را در این بازه ممنوع می‌داند» (۴۱). به عبارت دیگر، این مبلغ در همه حال در حقوق ایران خسارت تلقی شده و بوی اجحاف و ایذا از آن استشمام نمی‌شود تا نیاز به مداخله دادگاه در تعدیل آن داشته باشد. بنابراین اگر مبلغ توافقی بسیار کمتر و یا بیشتر از خسارت واقعی هم باشد باز متضرر فقط استحقاق آن را خواهد

داشت، نه مبلغ خسارت واقعی را، چرا که هیچ ارتباطی بین این دو وجود ندارد و مبلغ شرط می‌تواند متفاوت از میزان خسارت واقعی هم باشد.

ب. این مبلغ خسارت است و نه جریمه، و به محض وقوع تخلف جانشین خسارت قراردادی شده و باید دارای کلیه شرایط مربوط به خسارت قراردادی به استثناء آنچه که از ویژگی‌های خاص خسارت توافقی است باشد (۴۲) و دادگاه نمی‌تواند خسارت دیگری را به جای آن تعیین کند. با این توجیه استدلال آنانی که این مبلغ را نوعی جریمه تخلف خصوصاً در موردی که در اثر تخلف خسارتی به متعهدله وارد نشده دانسته‌اند رد می‌شود (۴۳).

ج. ویژگی دیگر این شرط آن است که متضرر به محض وقوع تخلف استحقاق دریافت مبلغ مندرج در آن را پیدا می‌کند. در واقع تعهد به پرداخت خسارت توافقی یک تعهد فرعی است که بنا بر قولی به محض وقوع تخلف جانشین تعهد اصلی می‌شود (۴۴). به علاوه، برخلاف قاعده عمومی خسارات (مسئولیت) قراردادی که نیاز به اثبات ورود خسارت دارد (۴۵)، در اینجا متضرر نیازی به اثبات ورود خسارت به خویش را نداشته و صرف اثبات تخلف او را کفایت می‌کند.

د. علاوه بر عدم لزوم اثبات ورود خسارت، اثبات میزان خسارت وارده نیز لزومی ندارد و مطالبه مبلغ شرط، تکلیفی را در این جهت برای متضرر ایجاد نمی‌نماید. هر اگر در قراردادی شرط خسارت وجود داشته باشد دیگر نمی‌توان با وقوع تخلف آن را نادیده گرفته و به سراغ خسارت غیر معین قراردادی رفته و از دادگاه خواست که میزان آن را تعیین نماید.

۴. شرایط اعتبار و استحقاق خسارت توافقی

اگرچه ماده ۲۳۰ اعتبار شرط خسارت توافقی را اعلام نموده، ولی ذکری از تخلفی که ارتکاب آن متضرر را مستحق دریافت مبلغ آن می‌نماید ننموده است. اعمال و اجرای شرط خسارت توافقی در حقوق ایران در موارد و قراردادهای مختلف متفاوت بوده و تنها بستگی به توافق طرفین نداشته بلکه به ماهیت قرارداد نیز ارتباط دارد. شرط خسارت توافقی ممکن است در هر یک از دو حالت عدم انجام تعهد و تأخیر در انجام

تعهد قابل اجرا باشد:

«... در صورتی که طرفین در قرارداد، شرط خسارت را تعیین کرده باشند، طرفین می‌توانند از اجرای تعهد خود استنادهای لازم را برای اثبات خسارت خود در دادگاه ارائه دهند».

الف. عدم انجام تعهد

هدف اولیه طرفین از انعقاد هر قراردادی اجرای آن است و هیچ امری جایگزین واقعی آن نمی‌گردد. در نتیجه، همیشه در اختلافات باید ابتدا درخواست اجرای قرارداد را نمود و اگر نشد خسارت را مطالبه کرد. در برخی قراردادها زمان اجرای قرارداد عامل مهمی است و تخلف از اجرا در زمان مقرر سبب می‌گردد که دیگر متعهدله تمایلی به اجرای آن در خارج از زمان مقرر نداشته باشد. در این صورت تنها راه جایگزین جبران خسارت وی است. اما در مواقع دیگر علی‌رغم گذشتن زمان اجرای قرارداد، هنوز هم متعهدله خواستار اجرای آن است. در اینکه آیا پس از وقوع چنین حالتی متعهدله می‌تواند الزام متعهد به اجرای قرارداد را بخواهد یا اینکه فقط حق مطالبه خسارت توافقی را دارد تردید است. به عبارت دیگر، آیا حق انتخاب اجرا و یا خسارت با متعهدله است یا با متعهد؟ در حقوق ایران پاسخ این سؤال روشن نیست و صحت هر یک از این دو حالت مورد تردید است. به این تردید برخی آراء صادره از دادگاه‌های کشور نیز دامن زده‌اند.

گروهی معتقدند با تعیین خسارت، طرفین جایگزینی برای عدم اجرای تعهد قراردادی تعیین کرده‌اند و به محض عدم اجرا، شرط خسارت فعال شده و جایگزین موضوع اصلی تعهد می‌شود (اصل جایگزینی خسارت). این گروه برای نظر خویش به برخی آراء استناد می‌کنند از قبیل:

۱. رأی شماره ۲۹۰۷-۲۱/۹/۲۵- شعبه ۶ دیوان عالی کشور که در آن اعلام داشت: «... نظر به اینکه در ضمن تعهد خسارت متصوره از عدم انجام تعهد پیش‌بینی و تعیین گردیده، دیگر حقی برای متعهدله جز وجه التزام مقرر موجود نخواهد بود...».
۲. رأی شماره ۹۶-۶۸/۹/۷- هیأت عمومی دیوان عالی کشور در قرارداد انتقال یک باب مغازه (سرقفلی) که چنین بیان می‌دارد: «... در بند ۴ قرارداد استنادی مورخ ۶۰/۱۰/۲۲ تصریح شده در صورت انصراف هر یک از طرفین قرارداد، طرف منصرف شده مبلغ ۵۰٪ را که ردویدل شده به عنوان ضرر به طرف دیگر بپردازد. بنابراین

ضمانت اجرای انصراف از قرارداد، معین گردیده و تعهد دیگری برای طرفین قید نشده و با این ترتیب دعوی الزام به انتقال رسمی یک باب مغازه (سرقفلی) مورد پیدا نمی‌کند...» با پذیرش استدلال این گروه می‌توان چنین فهمید که در نظر این گروه اعتبار و اصالت به متخلف داده شده است و نه متضرر، چرا که به نوعی با خواست و تمایل وی که همان عدم اجرای تعهد است همزاه می‌کنند.

به نظر می‌رسد تمایل حقوق ایران، برخلاف این نظر باشد و آن را می‌توان از عبارت ماده ۲۳۷ ق.م. نیز استنباط کرد. بر همین اساس گروه دیگری معتقدند الزام به اجراء بر اعمال مقررات شرط خسارت اولویت دارد و باید ابتدا به دنبال اجرای تعهد اصلی قرارداد بود تا شرط خسارت (اصل اولویت اجراء). دلیل اینان نیز آراء ذیل است:

۱. در رأی شماره ۲۵۴۴-۲۱/۸/۱۲-شعبه ۷ دیوان عالی کشور اعلام داشته است که: «اگر طرفین تعهد مقرر دازند که در مدت معین در دفترخانه رسمی برای تنظیم سند و ثبت در دفترخانه حاضر شوند و متعهد شوند که در صورت تخلف هر یک از آنها، متخلف مبلغی به طرف دیگر بدهد... تعیین این وجه التزام مانع الزام به اجرای قرارداد و تنظیم سند رسمی معامله نخواهد بود.»
۲. همچنین در رأی اصراری شماره ۱۱-۵۲/۳/۳-ردیف ۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، آن دیوان رأی دادگاه استان را که گفته بود: «ضمانت عدم انجام معامله مطالبه وجه التزام است نه درخواست الزام طرف به انجام معامله» نقض کرده و الزام متعهد به انجام معامله را به اکثریت منجاس شمرد.
۳. در رأی نسبتاً جدید شماره ۲۴۴-۲۴۳-۶۸/۸/۸-شعبه ۲۷ حقوقی یک تهران در مورد حق انتخاب متعهد بین اجرای تعهد و یا انتخاب پرداخت مبلغ وجه التزام، نظر شعبه بر آن قرار گرفت که: «تعیین وجه التزام عدم انجام تعهد به معنای تأخیر فروشنده در انجام و یا عدم انجام اصل تعهد نمی‌باشد بلکه به معنای بدل انجام تعهد، و شرطی به نفع متعهدله است تا در صورتی که انجام تعهد اصلی مقدور نباشد از این حق و شرط استفاده نماید. ولی در حالتی که انجام تعهد اصلی امکان‌پذیر بوده و متعهدله درخواست اجرای اصل را داشته ولی متعهد از اجرای آن خودداری ورزد درخواست الزام متعهد به انجام تعهد (اجرای تعهد اصلی) مستفاد از مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ ق.م. دارای مجوز قانونی و حق

متعهدله می‌باشد.»^{۴۶} رأی اخیر بیشتر منطبق با موازین حقوقی به نظر می‌آید و می‌توان در صورت تخلف متعهد، متعهدله را در انتخاب بین این دو آزاد گذارد. در نتیجه، به عنوان مثال خریدار می‌تواند یا الزام فروشنده به تسلیم مبیع و پرداخت زیان‌های ناشی از تأخیر را از دادگاه بخواهد، و یا خسارت پیش‌بینی شده برای عدم انجام تعهد را مطالبه نماید (۴۶).^{۴۷} اگر تعهد شخصی باشد، در صورت امتناع متعهد از انجام آن متعهدله حق خواهد داشت اجبار او را بر اساس مواد قانون مدنی درخواست نماید. در چنین حالتی قاضی می‌تواند به طریقی (مثل تعیین خسارت تأخیر) متعهد را موظف به انجام تعهد نماید. اگر به هیچ وجه امکان اجبار نبود، طرف مقابل حق فسخ و حق درخواست خسارت را خواهد داشت (۴۷).

در هر حال اگر متعهدله یکی از دو امر الزام به انجام تعهد و یا دریافت خسارت را انتخاب نمود، حق دیگر خود به خود ساقط می‌گردد (۴۸) و او دیگر نمی‌تواند از تصمیم خود منصرف شود چرا که حق دوم اسقاط شده و دیگر وجود ندارد تا گزینش گردد (۴۹). برخلاف این نظر، برخی ادعا کرده‌اند که در حقوق ایران تا زمانی که حق انتخابی اجرا نشده متعهدله می‌تواند تصمیم خود را تغییر دهد (۵۰). این استنباط نیز صحیح به نظر نمی‌رسد، چرا که طبق موازین حقوقی پس از وقوع تخلف متعهدله حق انتخاب دارد و این حق با یک‌بار انتخاب اعمال و اجرا شده و دیگر مبنایی برای دادن حق انتخاب مجدد وجود ندارد تا وی بتواند آن را اعمال کند (۵۱). به علاوه، ترویج این امر سبب ایجاد عدم اطمینان در قراردادها و تزلزل در دادرسی خواهد گردید.

ب. تأخیر در اجرا
اگر زمان اجرای قراردادی اهمیت خاصی نداشته باشد و متعهد در اجرای تعهد بر اساس آنچه در قرارداد پیش‌بینی شده و یا عرف برای آن منظور می‌دارد، ولو در عقد تصریح نشده باشد، تأخیر کند، آیا می‌توان به متعهدله حق داد تا هم از متعهد درخواست اجرای تعهد را بکند و هم مطالبه خسارت را بنماید؟ (۵۲) به عبارت دیگر، آیا امکان جمع بین اجرای تعهد و دریافت خسارت وجود دارد و متعهدله می‌تواند هم خسارت را

درخواست کند و هم پس از آن اجرای قرارداد را؟ پاسخ این سؤال در رابطه با تخلف عدم انجام تعهد و تأخیر در اجرا متفاوت است. قطعاً اگر تعیین خسارت برای تأخیر در اجرا باشد، متعهده مستحق اجرا نیز خواهد بود. ولی اگر دریافت خسارت برای عدم اجرا باشد الزام به اجرا دیگر ممکن نیست، چرا که اعمال شرط خسارت بدلی است برای اجرا و رویه آن است که آن را عوض اجرای تعهدی که زمان انجام آن سپری شده قرار می دهند و جمع بین این دو امکان پذیر نیست، مگر اینکه در قرارداد توافق بر جمع شده باشد که در این صورت دیگر نام تخلف، عدم اجرا نیست بلکه تأخیر در اجرا است. گاه ممکن است قرارداد اصلی متشکل از چند قرارداد فرعی باشد؛ در این صورت اگر عدم اجرای هر یک از تعهدات فرعی شرط درخواست خسارت توافقی باشد، متعهده علاوه بر درخواست خسارت حق درخواست اجرای تعهدات دیگر را نیز خواهد داشت و درخواست خسارت لطمه‌ای به آن نمی زند (۵۳).

اگر اجرای یک قرارداد در بخش‌های متعدد امکان پذیر باشد و متعهد بخشی از تعهد را اجرا کند و در اجرای بقیه تخلف نماید (اعم از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا) باید دید آیا متعهده حق مطالبه خسارت توافقی را دارد یا خیر، و اگر پاسخ مثبت است آیا این استحقاق بر کل مبلغ شرط خسارت توافقی تعلق می گیرد یا اینکه مبلغ فوق به نسبت میزان تعهد اجرا شده تعیین گردیده و وی مبلغ خسارت معادل عدم اجرا را مستحق می گردد؟ در پاسخ برخی از حقوقدانان روش دوم را پذیرفته اند (۵۴)، که به نظر می رسد مبتنی بر انصاف بوده و با مفاد ماده ۲۳۰ ق.م. و مقررات مربوط دیگر سازگاری ندارد؛ در حالی که روش اول (عدم قابلیت تجزیه) صحیح تر به نظر می رسد (۵۵)، چرا که این مبلغ از ابتدا خسارت تخلف در اجرا بوده و تخلف در اجرا نیز اعم است از تخلف در اجرای کل یا جزء. مهم آن است که در هر دو حال قرارداد به طور کامل اجراء نشده و متعهد نیز تخلف نموده است، لذا متعهده استحقاق دریافت کل مبلغ خسارت را خواهد داشت.

نویسنده مقاله

۵. تمایل دادگاه‌ها به مداخله در بخش‌های مختلف قراردادها در صورتی که در آن توافق بر خسارت توافقی توسط دادگاه‌ها، علی‌رغم صراحت ماده ۲۳۰ ق.م. در تنفیذ شرط خسارت توافقی توسط دادگاه‌ها، کم و بیش بین حقوقدانان بحث ضرورت تجدیدنظر در این روش مطرح شده و برخی

پیشنهاد اعطاء حق مداخله به دادگاه‌ها در مواردی که مبلغ توافقی زیاد بوده و اسبب اجحاف بر یک طرف می‌باشد را داده‌اند. به عبارت دیگر، ایشان تفوق انصاف و عدالت را بر مقررات قانون ترجیح می‌دهند (۵۶). به اعتقاد اینان اعمال مفاد ماده ۲۳۰ در برخی مواقع ممکن است منتج به بی‌عدالتی گردد و دادگاه‌ها بایستی اختیار مداخله داشته باشند تا رابطه دو طرف را تعدیل نمایند. با این حال، تاکنون هیچ‌یک از آنان پیشنهاد یا معیار خاصی برای تمیز موارد بی‌عدالتی از موارد قابل قبول نداده و جملگی اختیار تشخیص و تمیز را به دادگاه داده‌اند. در یکی از این نظرات می‌خوانیم: «ادرس می‌تواند آنچه را رفتار انسانی با حسن نیت و منصفانه می‌بیند زیر عنوان شرط ضمنی و شرط بنائی، در عقد اجرا کند و از اتهام تحریف قرارداد نیز دور بماند» (۵۷).

به نظر می‌رسد اگر همان‌طور که در قبل گفته شد خسارت توافقی را خسارت تخلف بدانیم و نه جبران زیان وارده، دیگر نیازی به مداخله دادگاه‌ها و تغییر مبلغ توافقی نخواهد بود؛ با این حال و در صورت نیاز می‌توان دوره برای تجویز دخالت دادگاه‌ها در این شروط یافت.

الف. استناد به قاعده عدل و انصاف

اجرای این قاعده بیشترین مبنای توصیه نویسندگان حقوقی کشور برای تعدیل مفاد شرط خسارت توافقی بوده و آن را در اختیار دادگاه قرار داده‌اند تا براساس مفاد این قاعده (که در واقع تشخیص شخص قاضی از انصاف است) رفتار نماید. اینان حتی مبنای اسلامی نیز برای آن طرح کرده و توسل به قاعده عدل و انصاف در موارد سکوت قانون و یا عدم وجود دلیل مخالف را با استناد به گفته ابن‌قیم در الطرق الحکمیة، که هر عدل و انصاف را شرع دانسته و گفته است: «هرگاه به نفع حمل وصیتی شد و حمل دو قلو ظاهر شد باید موصی به را نصف کرد ولو اینکه یکی پسر و یکی دختر باشد» مجاز دانسته‌اند (۵۸).

توصیه به اعمال قاعده انصاف در برخی موارد چنان عمیق گشته که برای توجیه حقوقی آن برخی نویسندگان دچار اشتباهاتی نیز گردیده‌اند. به عنوان مثال در یک مورد اعمال ماده (۲) ق. مسئولیت مدنی را که می‌گوید: «دادگاه می‌تواند میزان خسارت را

در موارد زیر تخفیف دهد: ... ۲. هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلت بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان شود»، قابل تسری در مسئولیت‌های قراردادی نیز دانسته و آن را حتی در موارد خسارت توافقی قراردادی نیز قابل اعمال دانسته‌اند (۵۹).

اگرچه این توجیه به نظر معقول و منصفانه می‌آید، ولی نه تنها با ماده ۲۳۰ ق.م.ا.، بلکه با ماده فوق‌الاشاره ق.م.ا. نیز منافات دارد و به هیچ وجه قابل اعمال در مسئولیت‌های قراردادی نمی‌باشد. چرا که اصل ماده مربوط به مسئولیت‌های غیرقراردادی است و به دنبال ماده ۲ همان قانون آمده که راجع به خسارت وارده ناشی از عمل بدون مجوز قانونی افراد به دیگران است.

در جای دیگر برای توجیه این پیشنهاد به رأی شماره ۳۵-۱۰۶ شعبه ۴ دادگاه بخش تهران استناد شده و آن را دلیل وجود رویه مشابهی در سیستم قضایی کشور ولو تحت نام اعمال «قصد مشترک طرفین» و «مفاد عقد» دانسته‌اند (۶۰). این نیز صحیح به نظر نمی‌رسد. مطالعه این رأی نشان می‌دهد که آنچه دادگاه انجام داده نه اعمال قاعده انصاف بلکه اعمال قصد مشترک طرفین بوده و براساس مفاد قرارداد و محتوای شرط خسارت رأی صادره شده و آنچه در قرارداد بوده اجرا گردیده است. در این قرارداد که مربوط به فروش یک دستگاه منزل مسکونی بوده، فروشنده ضمن سند رسمی متعهد می‌گردد که ظرف یک ماه برق خانه را وصل نماید و الا مبلغی به عنوان خسارت بپردازد که به تقریب معادل بهای خانه بود. در طول این یک ماه فروشنده به تعهد خود عمل کرده و کلیه تشریفات و اقدامات اداری مربوط به خرید و وصل برق را انجام می‌دهد (یعنی در واقع آنچه که برعهده وی بوده و تعهد نموده بود را انجام می‌دهد)، ولی اداره برق به دلایلی که خارج از اختیار فروشنده بود برق را دیرتر از موعد مقرر وصل می‌نماید. خریدار نیز به علت تخلف فروشنده طرح دعوی کرده و اجرای شرط خسارت را درخواست می‌کند. دادگاه ضمن رد دعوی وی چنین اعلام نظر می‌کند: «نظر به اینکه تبصره ذیل سند رسمی شماره ... دفتر ... چنانکه از عبارات سند مزبور عرفاً مستفاد می‌شود حاوی شرط فعلی است که طبق ماده ۲۳۷ ق.م.ا. خوانده متعهد شده است. اقدامات لازمه را برای روشنایی برق مورد معامله ظرف یک ماه معمول دارد، و نظر به

اینکه به موجب نامه شماره... در تاریخ ۳۴/۷/۸ یعنی ظرف مهلت مقرر بین طرفین برای وصل جریان برق اقدام و به تعهد خود عمل نموده است و تأخیر در روشنایی را نمی‌توان ناشی از مسامحه و تخلف خواننده دانست، چنانکه مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ نیز منطاً مزید این مطلب می‌باشد، لذا خواهان در مطالبه وجه التزام خواسته شده محکوم به بنی‌حقی می‌گردد.» این رأی بر اساس پژوهش خواهان به دیوان عالی کشور نیز رسید که در آنجا نیز تأیید شد.

بنابراین ملاحظه می‌شود که به هیچ وجه نظر دادگاه بهره‌برداری از قاعده انصاف نبوده و آنچه وی را به این رأی رسانیده، ملاحظه شرایط قرارداد و توافق طرفین از یک سو، و احراز اجرای تعهد و عدم تخلف خواننده از سوی دیگر است.

باب. استناد به قوانین و مقررات

به نظر می‌رسد علی‌رغم تلاش‌های فوق، عدم تجویز اعمال قاعده انصاف به صورت بالا مناسب‌تر بوده و تکیه بر مقررات موجود در موارد نیاز کمک بیشتری به رعایت انصاف و عدالت بنماید. تردیدی نیست در مواردی که به لحاظ سوء استفاده از قانون و اعمال اجبار، تدلیس، فریب و غیره یک طرف به پذیرش شرط خسارت توافقی ملزم و مجبور شده باشد، وی حق خواهد داشت به استناد مقررات موجود درخواست ابطال شرط و آثار آن را بنماید. به علاوه، اگر چه امکان کم و یا زیاد کردن مبلغ خسارت توافقی در قانون ایران پیش‌بینی نشده، ولی می‌توان چنین استدلال کرد که همین قانون قاضی را مجاز نموده تا اگر تشخیص داد باید به کمک متعهد بیاید، بتواند نظر به وضعیت وی و سایر شرایط و اوضاع و احوال، یا مهلت عادلانه برای پرداخت کل مبلغ شرط به وی بدهد، و یا اینکه قرار اقساط صادر کند تا وی بتواند مبلغ شرط را در اقساط متعدد بپردازد (۶۱). اگر چه همه این موارد کمکی به متعهد است، ولی دخالتی در مبلغ توافقی ننموده و شرط و توافق طرفین معتبر تلقی شده است.

به علاوه، شاید بتوان استدلال کرد که اگر متعهد از انجام شرط خسارت توافقی، که نوعی شرط فعل است در موعد مقرر ناتوان گردد (۶۲)، دادگاه می‌تواند با استناد به بند ۱ ماده ۲۳۲ ق.م. آن را باطل اعلام کرده و مشروط علیه را از قید آن آزاد نماید (۶۳). البته باید

در معنی «غیرمقدور» به چند نکته توجه کرد، اول اینکه شرط غیرمقدور باید شرط فعل باشد و نه شرط صفت. دیگر اینکه مقصود از غیرمقدور بودن آن نیست که مشروط علیه بتواند به هیچ وجه و در هیچ زمانی آن را انجام دهد، بلکه حتی اگر اجرای قرارداد برای وی با توجه به موقعیت مالی، اجتماعی و حقوقی او غیرمعقول، پرهزینه و مشکل آفرین باشد، به طوری که هیچ عقل سلیمی آن را درست ندانسته و خارج از اقتدار وی بداند، مثل اینکه پرداخت موضوع شرط خود وی را به فقر و فلاکت کشانده و در عسر و حرج واقعی قرار دهد. اگر این دو نکته حاصل شد، مورد از مصادیق بند ۱۲ ماده فوق بوده و دادگاه حق ابطال شرط را پیدا کرده و می شود از دادگاه خواست که ذمه متعهد را با استناد به این ماده ببری نماید (۶۴).

در حقوق اسلام نیز قاعده‌ای به نام «لا حرج» وجود دارد که بر طبق آن گفته می شود احکامی که اشخاص را به سختی و مشقت شدید بیندازد در اسلام وجود ندارد. این قاعده هم که در حقوق ایران پذیرفته شده و در مقررات مختلف سنایه افکننده (۶۵) می تواند در مواقع لزوم تعدیلی در محتوای شرط خسارت توافقی ایجاد کند. با الهام از این قاعده می توان گفت که اگر شرطی موجب حرج و سختی غیر متعارف و غیر قابل تحمل (مالایطاق) مشروط علیه شود، دادگاه حق خواهد داشت که در آن تعدیل نموده و آن را به صورتی درآورد که موجب سختی و فشار غیر متعارف بر وی نگردد (۶۶). مثال اعمال این قاعده در حقوق ایران ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۶۲/۲/۱۳ است که مقرر می دارد: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد می تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد.»

با این حال تردیدی نیست که مقررات فعلی کشور برای برخورد مناسب تر با شروط خسارت توافقی اجحاف آمیز نیاز به اصلاح دارد تا بتواند موارد عادلانه از غیر عادلانه را بهتر تمیز داده و روش برخورد با آنها را روشن نماید. (۶۷)

بخش چهارم. انواع توافق بر خسارت

در حقوق ایران مبلغی را که دو طرف یک قرارداد در هنگام عقد تعیین می کنند تا در

صورت تخلف، یک طرف به طرف دیگر پردازد تنها وجه التزام نبوده بلکه انواع دیگری نیز دارد که در ذیل ذکر می‌گردد.

۱. وثیقه و بیعانه

وثیقه و بیعانه شروطی هستند که برخی مواقع به عنوان مقدمه عقد میان طرفین استفاده می‌شوند. وثیقه مبلغی است که توسط یک طرف قرارداد (مستری، مستأجر، ...) به طرف مقابل پرداخت می‌شود تا وی را از عزم پرداخت‌کننده در اجرای قرارداد مطمئن ساخته و همچنین تضمینی برای پرداخت‌های بعدی باشد. حال اگر به دلیلی این قرارداد ادامه پیدا نکرد دریافت‌کننده وثیقه ملزم به استرداد آن است مگر خلاف آن توافق شده و یا عرف چنین باشد که در صورت تخلف پرداخت‌کننده، وثیقه توسط دریافت‌کننده ضبط گردد. با این حال ضبط وثیقه بخشی از نهاد حقوقی وثیقه نیست و باید بر آن در قرارداد تصریح گردد (۶۸) و همین امر تفاوت ماهوی وثیقه با هزینه عدول است.

بیعانه در عقد بیع (منقول و یا غیرمنقول) پرداخت می‌گردد؛ وقتی که خریدار به درخواست فروشنده و یا به دلیل دیگر مایل باشد از قصد خویش بر تحقق قطعی عقد و انتقال عوضین اطمینان ایجاد کرده و در نتیجه مبلغی را پیش و یا هم‌زمان با عقد به عنوان بخشی از ثمن به فروشنده پردازد که تعهد می‌کند بقیه را در موعد مقرر (معمولاً در زمان تسلیم مبیع) در اقساط معین و یا نقداً پرداخت نماید، و اگر عقد به دلیلی محقق نشد فروشنده آن را به وی مسترد دارد. بیعانه در حقوق ایران مقررات مخصوصی نداشته و بیشتر مبتنی بر عرف و رویه بازار بوده که مورد مخالفت قرار نگرفته است.

در بیعانه نیز اگرچه روش معمول آن است که در صورت تخلف خریدار از تعهد خویش در پرداخت بقیه ثمن بیعانه توسط فروشنده ضبط شود، ولی این جزء ذات بیعانه نبوده و باید در عقد پیش‌بینی شود.

در عقود اسلامی نیز وجود پدیده مشابهی تحت عنوان «عربون یا آزبون» و یا «بیع عربون» ادعا شده است (۶۹).

۲. هزینه (حق) عدول

هزینه عدول مبلغی است که یک طرف قرارداد (اعم از بیع) در هنگام عقد به طرف دیگر (مانند فروشنده یا موجر) می‌پردازد تا علاوه بر اطمینان دادن به او از جدیت و تصمیم خویش در عقد، رضایت وی را نیز در فسخ احتمالی آتی قرارداد جلب نماید و اگر بعد از آن به هر دلیلی از ادامه قرارداد سرباز زند حق استرداد آن را نداشته باشد. هزینه عدول جزئی از قیمت قرارداد نبوده و در صورت ادامه قرارداد حقی برای دریافت‌کننده آن ایجاد نمی‌کند، اما اگر قرارداد ادامه نیافت این مبلغ تنها خسارت دریافت‌کننده است و حق مطالبه بیشتر ندارد.

تعیین حق عدول نوعی اکتساب اختیار فسخ قرارداد با پرداخت هزینه عدول به عنوان خسارت ناشی از فسخ می‌باشد. در قانون مدنی مبنای این حق در عقد بیع را می‌توان در مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ یافت. در این مواد اگرچه ذکری از پرداخت مال به عنوان عوض نشده ولی بدیهی است که چون ایجاد این حق به توافق طرفین بستگی دارد، این رضایت را می‌توان با پرداخت مبلغی پول کسب نمود. برای سایر عقود نیز می‌توان مبنای این حق را در عدم منع آن در حقوق ایران از یک طرف، و مواد ۱۰ و ۲۳۰ ق.م. از طرف دیگر یافت مشروط بر آنکه تعارضی با مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. نداشته باشد.

اگرچه حق عدول، وثیقه و بیعانه به پرداختی در ابتدای عقد اشاره دارند، ولی حق عدول نوعی جبران فسخ قرارداد است در حالی که در وثیقه و بیعانه این امر اساس پرداخت نیست و توافق دو طرف مبنای آن را تعیین می‌کند. به علاوه بیعانه فقط مخصوص عقد بیع است و دو پرداخت دیگر در سایر عقود هم قابل استفاده هستند.

نکته دیگر مربوط به تفاوت وجه التزام با حق عدول است. در حقوق ایران می‌توان هر دو و یا یکی از این دو حق را به نفع طرفین یک قرارداد پیش‌بینی کرد. دیگر اینکه در حق عدول هم مبلغ شرط باید در ابتدا پرداخت و یا تعهد به پرداخت آن بشود، و هم اینکه در نتیجه اعمال شرط عقد فسخ شده و معامله از بین می‌رود. به علاوه پولی که برای این منظور پرداخت می‌شود خسارت نبوده بلکه پرداختی است اختیاری که فرد خود آن را انتخاب می‌نماید. در حالی که در وجه التزام چنین نیست، نه پرداختی در ابتدا صورت می‌گیرد و نه همیشه اعمال شرط سبب فسخ و ختم قرارداد می‌گردد.

۳. خسارت از خسارت

اصولاً پرداختی تحت عنوان خسارت از خسارت در حقوق ایران به رسمیت شناخته نشده و هرگونه توافقی در این زمینه باطل و بلااثر است. این نوع خسارت در واقع از موارد بارز ربا است که در حقوق اسلام نهی و در حقوق موضوعه نیز بر همین اساس و سایر مضرات اقتصادی و اجتماعی آن پذیرفته نشده است.

۴. وجه التزام

همان‌طور که در پیش آمد، در حقوق ایران وضعیت شرط خسارت توافقی در قراردادهایی که تخلف در آنها پرداختن وجه نقد است تفاوت زیادی با وضعیت آن در قراردادهایی که تخلف در آن امری غیر از پرداختن وجه نقد است دازد و مناسب است بحث شرط خسارت توافقی را در این دو نوع معامله به‌طور مجزا بررسی نماییم:

۱-۴. وجه التزام در معاملاتی که موضوع تعهد در آنها پرداخت وجه نقد نیست
این همان نوع مرسوم و متداول خسارت توافقی است که طرفین یک عقد در مذاکرات خویش آن را پیش‌بینی کرده و استحقاق آن را مشروط به وقوع تخلف می‌نمایند. در حقوق ایران به این نوع شرط، شرط وجه التزام می‌گویند که در آن هیچ پرداختی قبل از تخلف وجود نداشته و مقررات ماده ۲۳۰ ق.م.خاکم بر آن بوده و اختیار انتخاب مبلغ نیز به عهده طرفین گذاشته شده است. به علاوه، این نوع شرط روشن‌ترین وضع را در حقوق ایران دازا است.

۲-۴. خسارت توافقی در معاملاتی که موضوع تعهد در آنها پرداخت وجه نقد است (خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد)

در حقوق ایران وضعیت قراردادی که تخلف در آن پرداختن وجه نقد باشد از اهمیت خاصی برخوردار است و مبنای آن نیز به نفعی ربا باز می‌گردد. دلیل خسارت تأخیر تأدیه نام‌گذاردن این پرداخت آن است که اصولاً در این‌گونه معاملات دادن خسارت برای عدم انجام تعهد (که پرداخت وجه نقد است) شباهت زیادی به اجرای

تعهد (که همان پرداخت مبلغی پول می‌باشد) دارد، لذا از آن نه به خسارت عدم انجام تعهد بلکه به خسارت تأخیر در انجام تعهد تعبیر می‌شود. در قانون مدنی ماده ۲۳۸ مجوز پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است و تعیین خسارت نیز بر عهده قاضی دادگاه و نه طرفین قرارداد قرار داده شده تا براساس مشخصات هر پرونده آن را انجام دهد. در کنار این ماده مقررات دیگری در قوانین آئین دادرسی مدنی سابق و ثبت اسناد و املاک وجود داشته و دارد که به این امر پرداخته و نرخ‌هایی را به عنوان حداکثر خسارت تأخیر تأدیه قابل وصول معین کرده‌اند. نحوه برخورد با این مقررات پیش و پس از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار جمهوری اسلامی متفاوت بوده است. در قانون آئین دادرسی مدنی سابق ایران (۷۰) ماده‌ای وجود داشت که بیان می‌داشت: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است... خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده محکوم به در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی به عنوان وجه التزام یا... شده باشد در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد. لیکن اگر میزان خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود (۷۱)».

آنچه از جمع این ماده با ماده ۲۳۰ ق.م. به دست می‌آمد آن بود که اگر تعهد اصلی قراردادی پرداخت وجه نقد باشد (مانند قرض مبلغی پول) و در آن طرفین شرط خسارتی را درج و برای تأخیر در پرداخت اصل مبلغ خسارتی بیش از دوازده درصد پیش‌بینی نموده باشند، مثلاً ۱۸ درصد، دادگاه به هیچ وجه این شرط را تنفیذ ننموده و آن را به ۱۲ درصد کاهش می‌داد، اما اگر مبلغ وجه التزام کمتر از ۱۲ درصد می‌بود دادگاه آن را به همان صورت تنفیذ می‌کرد. این ماده تکمله‌ای بود بر تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، که طبق آن دادگاه‌ها مجاز بودند در صورت تأخیر بدهکار در پرداخت وجه نقد، حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه داده و اگر شرط خسارت توافقی وجود می‌داشت به پرداخت مبلغ آن شرط (وجه التزام) رأی دهند. به علاوه ماده ۳۵ همان قانون، تعیین مبلغ خسارت تأخیر توسط دادگاه‌ها تا سقف ۱۵٪ در قزازادهای مربوط به استرداد وجه نقد دارای شرط وجه التزام، و تا ۱۲٪ توسط ادارات ثبت را در موضوعات ثبتی مجاز کرده بود.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تقویت اثرگذاری مقررات اسلامی در همه بخشهای جامعه این نوع پرداخت نیز ممنوع شده و نوعی ربا تلقی گردید. از انواع ربا آنچه ممکن است با موضوع این نوشتار ارتباط پیدا کند ربای قرضی است. یعنی مدیونی که متعهد به پرداخت مبلغی در وجه متعهدله می باشد ملزم شود بر روی آن مبلغ، مبلغی اضافه نیز بپردازد. بر مبنای نظر اسلام (۷۲) و با استناد به مفاد اصل ۴۹ قانون اساسی ج.ا.ا، شورای نگهبان قانون اساسی به طور عموم کلیه مواد مربوط به دریافت بهره پول را در مقررات کشور مخالف شرع دانسته و ابطال نمود. به نظر این شورا شرط خسارت توافقی در معاملات مربوط به وجه نقد (مانند قرض) که در آن برای تأخیر در پرداخت اصل، خسارت تعیین شده باشد از مصادیق ربا بوده و بی اثر و باطل می باشد و دادگاه ها حق خواهند داشت در دعاوی مربوط به آنها شرط را نادیده بگیرند، به استثنای معاملات بانکی که طبق نظر شورای نگهبان مذکور در ذیل، حداکثر تا ۱۲ درصد مجاز شمرده شد.

منشأ این استثناء نظرات مختلف شورای نگهبان قانون اساسی ج.ا.ا. در موازد متعدد است که اگرچه در ابتدا قاطع و محکم هر نوع پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را ممنوع اعلام داشته بود، ولی در مکاتبات بعدی به تدریج از قدرت این ممنوعیت کاسته و در برخی معاملات (مانند معاملات سیستم بانکی کشور) با داشتن شرایط خاص پرداخت آن را مجاز اعلام نمود.

اولین نظر شورای نگهبان در تاریخ ۱۱/۱۲/۶۱ به شماره ۷۷۴۲ صادر شد که در پاسخ به سؤال رئیس کل بانک مرکزی بود. در این سؤال ضمن طرح شرطی که در نظر بود در قراردادهای تسهیلات اعتباری بانکها وارد شود نظر شورا درباره مفاد آن شرط که به شرح ذیل است استعمال شده بود: «در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، مبلغی به ذمه امضاءکننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت. از این رو، وام یا اعتبارگیرنده با امضای این قرارداد ملزم و متعهد می شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدیه نشده، مبلغی معادل ۱۲ درصد مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور بر حسب قرارداد به بانک

پرداخت نماید. به همین منظور وام و یا اعتبار گیرنده ضمن امضاء این قرارداد، به طور غیر قابل برگشت به بانک اختیار داد که از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی مبلغ مورد قرارداد را از حساب های وام و یا اعتبار گیرنده برداشت و یا به همان میزان از سایر دارایی های آن تملک نماید. اخذ مبلغ مقرر موضوع این ماده مانع تعقیب عملیات اجرایی برای وصول مطالبات بانک نخواهد شد.»

نظر شورای نگهبان در این مورد چنین بود: «عمل به ترتیبی که در چهارصد و هفتاد و نهمین جلسه شورای پول و اعتبار گرفته شده و ضمیمه نامه فوق الذکر ارسال داشته اند با اصلاح عبارت (تسویه کامل بدهی) به عبارت (تسویه کامل اصل بدهی) اشکالی نداشت و مغایر با موازین شرعی نمی باشد.»

علی رغم برداشت فوق، به نظر می رسد که نظر شورا چنان عام که فرض می شد نبود و تنها بر اساس رعایت مصالح جامعه و حفظ منافع عموم نظر به قراردادهای بانکی (که دولتی بودند) داشته است. این استنباط با دیدن نظر بعدی شورا که گویا از برداشت گسترده بالا مطلع شده بود نمودار می شود وقتی که در نظریه شماره ۳۸۴۵-۱۲/۴/۶۴ چنین ابراز می دارد: «مطالبهٔ مازاد بر بدهی بدهکار به عنوان خسارت تأخیر تأدیه چنانچه حضرت امام مدظله نیز صریحاً به این عبارت (آنچه به حساب دیرکرد تأدیه بدهی گرفته می شود ربا و حرام است) اعلام نموده اند جایز نیست و احکام صادره بر این مبنا شرعی نمی باشد؛ بنابراین مواد ۷۱۹ تا ۷۲۳ ق.آ.د.م. و سایر موادی که به طور متفرق در این قوانین در این رابطه موجود می باشد خلاف شرع انور است و قابل اجرا نیست.»

به لحاظ تغایر این دو نظریه شورا و تردیدی که در اذهان ایجاد شد، و از آنجا که در آن فقط اشاره به ق.آ.د.م. شده بود، مقامات ثبتی کشور که احتمال شمول این نظریه به قانون ثبت اسناد و املاک (به خصوص مواد ۳۴ به بعد) را می دادند جهت حصول اطمینان به طور جداگانه از شورای نگهبان نظرخواهی کردند که پاسخ شورا بدین شرح اعلام گردید: «با اینکه نیازی به اظهار نظر مجدد نیست و تمام مواد و تبصره های موجود در قوانین و آئین نامه ها و مقرراتی که اجازه اخذ مبلغی را به عنوان خسارت تأخیر تأدیه می دهد (که حقیقت آن اخذ مازاد بر بدهی بدهکار است) باطل است، مع ذلک به لحاظ اینکه بعضی مقامات ثبتی هنوز هم تردید دارند فلذا نظر شورای نگهبان به شرح ذیل

اعلام می‌شود: آن قسمت از ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره‌های ۴ و ۵ آن و ماده ۳۶ و ۳۷ آئین‌نامه اجزای ثبت که اخذ مازاد بر بدهی بدهکار را به عنوان خسارت تأخیر تأدیه مجاز شمرده است خلاف موازین شرع و باطل اعلام می‌شود. لازم به تذکر است تأخیر اداء دین حال پس از مطالبه طلبکار برای شخص متمکن شرعاً جرم و قابل تعزیر است. این رویه تا پایان دوره حکومت قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ همچنان ادامه داشت. در ۱۳۷۹/۱/۲۱ قانون فوق ملغی و قانون آئین دادرسی مدنی جدید تحت عنوان «قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب - در امور مدنی» در ۵۲۹ ماده و ۷۲ تبصره به تصویب رسید. در این قانون در نحوه برخورد با خسارت تأخیر تأدیه و توافق بر خسارت در قراردادهایی که موضوع تعهد پرداخت وجه نقد می‌باشد تحولی اساسی پیش آمد و یک گام به جلو برداشته شد. در این قانون به منظور رعایت قواعد اول اینکه پذیرفته شد که شخص بتواند به عنوان خواهان یک دعوی و بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، خسارت «تأخیر انجام تعهد» و یا «عدم انجام تعهد» را مطالبه نماید (۷۳). برای جزئیات این امر، هم طرفین می‌توانند قراردادی میان خود منعقد کرده و نحوه جبران خسارت را تعیین نمایند، و هم در صورت نبودن قرارداد آن را به دادگاه محول نمایند تا حسب قوانین میزان آن را معین کند. در صورت انعقاد قرارداد خسارت تأخیر انجام تعهد می‌تواند تأخیر در تأدیه دین (قراردادی که موضوع تعهد آن پرداخت وجه نقد است) باشد که حسب تصریح تبصره ۲ ماده ۵۱۵، مطالبه خسارت آن «در موارد قانونی» امکان‌پذیر است. البته در این قانون ذکری از «موارد قانونی» نشده است ولی با توجه به نکات پیش گفته شده، می‌توان نتیجه گرفت که روشن‌ترین «مورد قانونی» برای این مطالبه موضوع ماده ۲۲۸ ق.م. است. یعنی موردی که دادگاه شخصی را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه محکوم نماید. همچنین در این ماده اشاره‌ای به میزان و سقف این خسارت نشده و روشن نیست که با توجه به الغاء مواد ۷۱۹ لغایت ۷۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق، دادگاه چه روش و میزانی را باید برای این خسارت به کار گیرد. در مقابل، ماده ۵۲۲ همین قانون جهت مطالبه خسارت در دوره تورم اقتصادی و کاهش ارزش پول، ملاکی برای محاسبه خسارت ارائه نموده که از سه بخش تشکیل می‌شود: تمکن مدیون - مطالبه دین - و تغییر فاحش شاخص قیمت‌ها بین زمان سررسید

تا زمان مطالبه. در صورتی که این سه شرط تحقق یابد دادگاه می تواند با مراجعه به شاخص قیمت های منتشره توسط بانک مرکزی میزان خسارت تأخیر تأدیه را محاسبه و خواننده را به پرداخت آن به همراه استرداد اصل محکوم نماید.

با توجه به تصریح بخش آخر ماده ۵۱۵ مبنی بر امکان توافق بر خسارت میان طرفین، مشخص نیست که این عبارت را می توان به خسارت تأخیر تأدیه هم تسری داد و با جمع این بخش از ماده ۵۱۵ با ماده ۲۳۰ ق.م. توافق بر خسارت تأخیر تأدیه را هم مجاز دانست یا خیر، و اگر پاسخ مثبت است چه سقفی را می توان برای این توافق قرار داد؟ به نظر می رسد پاسخ این سؤال مثبت باشد و مستند آن نیز ماده ۵۲۲ همین قانون است. براساس این ماده در دعای مطالبه وجه، داینی که متمکن باشد و از پرداخت امتناع نماید می باید علاوه بر اصل دین، خسارتی برای تأخیر در پرداخت بپردازد که همان خسارت تأخیر تأدیه است. البته قانون از تعیین نصاب و درصد معینی برای این خسارت اجتناب نموده و تعیین آن را در موارد غیر توافقی بر عهده دادگاه گذارده تا به روش بالا انجام دهد، اما همین ماده به طرفین نیز اختیار داده است که خودبه نحوی بر روی میزان این خسارت مصالحه نمایند. از اطلاق این جواز استنباط می شود که طرفین می توانند به هر روشی که مقتضی بدانند تعیین خسارت کنند؛ یا درصد معینی از اصل را برای تأخیر تعیین نمایند، و یا مبلغی معین و قطعی را به عنوان خسارت قرار دهند.

نتیجه گیری: در صورت توافق بر خسارت تأخیر تأدیه، دادگاه می تواند با مراجعه به شاخص قیمت های منتشره توسط بانک مرکزی میزان خسارت تأخیر تأدیه را محاسبه و خواننده را به پرداخت آن به همراه استرداد اصل محکوم نماید.

نتیجه

علی رغم کاستی هایی که مقررات کشور در زمینه توافق طرفین بر خسارات قراردادی دارد، هنوز مقررات موجود تا حد زیادی پاسخگوی این امر بوده و به طرفین قراردادها امکان آن را که با توافق یکدیگر میزان خسارت ناشی از تخلف قراردادی را تعیین کنند می دهد. در موضوع توافق بر خسارت در قراردادهایی که موضوع تعهد آن پرداخت وجه نقد است نیز تحولاتی ایجاد شده است.

۱. تا پیش از اصلاح ق.آ.د.م. دریافت خسارت تأخیر تأدیه (وجه نقد) در کلیه موارد ممنوع و متوقف گردیده بود مگر در قراردادهای اعطاء تسهیلات اعتباری توسط بانک ها. خوشبختانه قانون آئین دادرسی مدنی جدید به روش قبل پایان داده و پرداخت

خسارت تأخیر را در مواردی مجاز نموده است که به طور قطع گامی مثبت در برقراری عدالت و جلوگیری از سوءاستفاده می باشد.

اصولاً ربا وقتی است که فرد در زمان تسلیم پول به عنوان قرض و یا هر عنوان دیگری مبلغی اضافه مقرر کند تا مقرض یا مدیون پس از اتمام موعد اصل را به همراه آن مبلغ اضافه که مصداق بارز ربا است مسترد دارد، در حالی که در خسارت تأخیر تأدیه فقط اگر مقرض یا مدیون اصل مبلغ را در موعد مقرر باز نگرداند (عَنْصَر تَقْصِیر) بایستی خسارت را بپردازد. در این حالت در واقع او اختیار انتخاب دارد: پرداخت در سر موعد و نپرداختن خسارت، و یا نپرداختن در سر موعد و ارتکاب تخلف و در نتیجه پرداخت خسارت ناشی از آن.

به علاوه، از دید رعایت مصالح جامعه و نظم عمومی باید گفت اگر بخواهیم برای تخلف فردی که دینی را نمی پردازد مجازات و جریمه‌ای در نظر بگیریم و میان او و متخلف دیگری در قرارداد غیرموضوع پرداخت وجه نقد تفاوت قائل شویم، آیا این اشاعه و ترویج بی‌نظمی و بی‌عدالتی در جامعه و دادن امکان سوءاستفاده به دیگران نیست؟ آیا این دادن امکان انتفاع به فردی بدون داشتن مجوز شرعی و قانونی و تحمیل ضرر بر کسی که چیزی جز مال خود را نمی خواهد نیست؟ آیا این نوع سیاست‌ها به انضباط جامعه و گسترش وفای به عهد و عدالت کمک می کند یا به آن لطمه می زند؟ اگر پاسخ آن است که به ضرر عدالت است پس باید راه‌حلی برای آن اندیشید.

۲. نکته دیگر مربوط به اصلاح قانون مدنی به منظور ایجاد امکان مداخله دادگاه در مواردی است که شرط خسارت توافقی را اجحاف‌آمیز می داند. همان‌طور که در قبل گفته شد پیشنهادهایی که برای این اصلاح مطرح شده براساس حاکمیت اصل عدالت و انصاف بیان گردیده و تشخیص عادلانه بودن را برعهده دادگاه گذارده است. به نظر می رسد این نه تنها کمکی به حذف شروط خسارت توافقی اجحاف‌آمیز نمی نماید، بلکه خود سبب اجحاف بر مشروطه می گردد. همان‌طور که در متن آمد مناسب‌ترین کار آن است که مصادیق شروط خلاف عدالت و انصاف را، همچنان‌که در قانون انگلستان و فرانسه آمده، ذکر کرده و در بقیه موارد به توافق طرفین احترام گذارد و در غیر موارد خاص مانند اجبار، اکراه، تدلیس و حرج به تنفیذ شرط پرداخت.

۳. مناسب است که در اصلاح مقررات به پیش‌بینی ضوابطی برای دیگر نهادهای مشابه خسارت توافقی از قبیل بیعانه، هزینه عدول و وثیقه بشود و با استفاده از عرف حاکم و قواعد و ضوابط حقوقی، این پدیده‌ها نیز قانونمند شوند تا در کنار پای‌بندی به توافق طرفین، از مقررات مشخص و قابل قبولی نیز پیروی نمایند.

۴. سید حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، جلد ۳، چاپ دوم، چاپ مکتب صدر، ۱۳۵۲، تهران، ص ۲۲۵.

۵. ق.م. ماده ۲۱۹.

۶. کلمه عقد در معنای فعلی یعنی بستن، گره زدن، عهد بستن، به هم وصل کردن، به هم گیر دادن است. (فرهنگ فارسی معین، جلد ۲، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۳، تهران).

۷. کلمه قرارداد به معنی عهد و پیمان است. (معین، بالا).

۸. معین، شماره ۱، جلد ۲.

۹. آیت‌الله روح‌الله امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۱، چاپ سوم، چاپ اسماعیلیان، قم، ص ۵۸؛

سید حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، جلد ۳، چاپ دوم، چاپ مکتب صدر، ۱۳۵۲، تهران، ص ۲۲۵.

۱۰. ق.م. ماده ۲۱۹.

۱۱. ق.م. ماده ۲۱۹.

۱۲. ق.م. ماده ۲۲۱.

۱۳. ق.م. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹.

۱۴. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، چاپ بهنشر، ۱۳۶۸، تهران، ص ۲۴۶.

۱۵. ق.م. ماده ۲۳۰.

۱۶. ق.م. ماده ۷۵۲.

۱۷. ق.م. ماده ۲۲۱.

۱۸. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در اسلام، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۷۰، تهران، ص ۶۵.

۱۹. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ چهارم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران، ص ۱۴۵.

۲۰. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، ۱۳۲۳، تبریز، ص ۲۷۷ به بعد؛ جعفری لنگرودی، شماره ۱۳، ص ۲۳.

۲۱. سوره مبارکه البقره، آیه ۱۸۵.

۱۷. سوره مبارکه الحج، آیه ۷۸.
۱۸. سوره مبارکه النساء، آیه ۲۸.
۱۹. کاتوزیان، شماره ۱۴، ص ۱۵۷.
۲۰. کاتوزیان، شماره ۹، ص ۱۸۸.
۲۱. ق.م. ماده ۲۱۹.
۲۲. مانند ثبت در دفاتر اسناد رسمی.
23. "Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre."
24. "Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine" "qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."
۲۵. سید محمد کاظم یزدی، سؤال و جواب، مرکز نشر علوم اسلام، ۱۳۷۶، تهران، ص ۱۶۷، سؤال ۲۷۸.
۲۶. استفتائات از شورای عالی قضایی، جلد ۱، انتشارات وزارت دادگستری، تهران، سؤال شماره ۸، ص ۱۸.
۲۷. ق.م. مواد ۳۰ و ۳۱.
۲۸. سوره مبارکه المائده، آیه ۱.
۲۹. المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً.
۳۰. ق.م. ماده ۲۲۱.
۳۱. انصاری، شماره ۱۵.
۳۲. بجنوردی، شماره ۴، ص ۱۸۲.
۳۳. مشابه این اصل را، اگرچه در عمل و نه نتیجه، می توان در واژه حقوقی Fiction در حقوق انگلیس یافت.
۳۴. کاتوزیان، شماره ۱۴، ص ۱۵۵.
۳۵. تمهیدات مربوط به پرداخت وجه نقد با توجه به نظرات شورای نگهبان از قواعد خاصی پیروی می کند که در صفحات بعد خواهد آمد.
۳۶. موضوع ماده ۷۲۹ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و تا حدی ماده ۵۱۸ قانون آئین دادرسی مدنی فعلی.
۳۷. ق.م. مواد ۵۰۹ و ۵۱۷.

۳۸. کاتوزیان، ش ۹، ص ۵-۲۴۴: *سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۱۱.
۳۹. مواد ۲۰۳ و ۴۳۹.
۴۰. کاتوزیان، ش ۹، ص ۲۴۱.
۴۱. کاتوزیان، ش ۹، ص ۲۴۴.
۴۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *حقوق تمهیدات*، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳، تهران، ص ۳۱۲.
۴۳. حسین لطفیان، *قولنامه، ماهیت حقوقی و آثار آن*، چاپ دوم، روزنامه رسمی، ۱۳۷۱، تهران، ص ۱۰۱-۱۰۹.
۴۴. رجوع شود به مبحث «عدم انجام تعهد».
۴۵. آئین دادرسی مدنی، ۱۳۱۸ ماده ۷۲۸، *And the rest of the law*.
۴۶. ق.م. مواد ۲۲۱ و ۴۰۲.
۴۷. ق.م. ماده ۲۳۹.
۴۸. جعفری لنگرودی، شماره ۴۲، ص ۳۱۳.
۴۹. بجنوردی، شماره ۴، ص ۲۶۷.
۵۰. لطفیان، شماره ۴۳، ص ۱۱۵.
۵۱. بجنوردی، شماره ۴، ص ۲۶۷.
۵۲. رأی شماره ۱۹۷۷ مورخ ۱۳۳۰/۱/۲۶.
۵۳. کاتوزیان، ش ۹، ص ۲۳۶؛ جعفری لنگرودی، شماره ۴۲، ص ۳۱۳.
۵۴. کاتوزیان، ش ۹، ص ۲۴۵؛ جعفری لنگرودی، ش ۴۲.
۵۵. احمد متین دفتری، *آیین دادرسی مدنی و تجاری*، جلد ۲، چاپ دوم، ص ۳۹۰.
۵۶. لطفیان، ش ۴۳، ص ۱۱۶؛ ربیعا اسکینی، *خسارات توافقی قراردادی در قراردادهای تجاری بین المللی*، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۹، ص ۷۰.
۵۷. کاتوزیان، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، چاپ دوم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران، ص ۵۵.
۵۸. جعفری لنگرودی، ش ۱۳، ص ۷۸؛ بجنوردی، ش ۵، ص ۱۷۷.
۵۹. کاتوزیان، ش ۵۷، ص ۸۱.
۶۰. کاتوزیان، ش ۵۷، ص ۳۱.
۶۱. ق.م. مواد ۲۷۷ و ۶۵۲.
۶۲. ق.م. ماده ۳۷۰.
۶۳. کاتوزیان، ش ۵۷، ص ۱۷۱.

۶۴. بجنوردی، شماره ۴، ص ۲۲۵؛ امام خمینی، رساله توضیح المسائل، سؤالات جدید، ص ۲۴، مسئله ۴.
۶۵. ق.م. مواد ۲۷۷ و ۶۵۲.
۶۶. بجنوردی، ش ۴، ج ۱، ص ۲۱۱.
۶۷. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۴۷؛ تهران، ص ۴۵۶.
۶۸. به عنوان مثال، در حقوق فرانسه درج شرط خسارت توافقی به عنوان شرط ظالمانه (Clause Abusive) در قراردادهای معینی مثل مصرف‌کننده و استخدام ممنوع است. (Code de la Consommation, Art. L 132-1 para. e) در حقوق انگلستان نیز تنفیذ شروط قراردادی منوط به معقول بودن آنها است.
۶۹. *Dunlop Pneumatic tyre Co Ltd. v. New Gavage and Motor Co Ltd.* [1915] AC 791.
۷۰. جعفری لنگرودی، ش ۴۲، ص ۳۱۶-۷.
۷۱. ملغی در سال ۱۳۷۹ و پس از تصویب قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب - در امور مدنی ۱۳۷۹/۱/۲۱.
۷۲. ماده ۷۱۹.
۷۳. قرآن مجید، سوره البقره، آیات ۲۷۶ و ۲۷۸.
۷۴. ق.آ.د.م.، ماده ۵۱۵.
۷۵. ...
۷۶. ...
۷۷. ...
۷۸. ...
۷۹. ...
۸۰. ...
۸۱. ...
۸۲. ...
۸۳. ...
۸۴. ...
۸۵. ...
۸۶. ...
۸۷. ...
۸۸. ...
۸۹. ...
۹۰. ...